

JUICIO AL LIBRE COMERCIO

Aspectos jurídicos de los TLC



Esta publicación es posible gracias al apoyo de Diakonía

CONTENIDO

Presentación	7
Los tratados bilaterales de libre comercio El ALCA está entre nosotros	15
ALEJANDRO TEITELBAUM	
Una perspectiva desde los derechos humanos y el <i>ius cogens</i> : el acceso a medicamentos	59
JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE	
Constitucionalidad, derechos humanos y supremacía de la ley	90
STEVEN SHRYBMAN	
Activación de los mecanismos del sistema interamericano de justicia	105
IRASEMA Y. ZAVALA VILLALPANDO	

© ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia
Tels.: 2455955, 2884772, 2884437
Fax: 2884854
Correo electrónico: ilsa@etb.net.co
Página web: www.ilsa.org.co

Edición: Margarita Flórez- Héctor Moncayo, Libardo Herreño
Ilustración de cubierta: Karlos Bakka R. de *La maja desnucada*, Taller de ilustración
Corrección de textos: María José Díaz Granados
Preparación editorial: Marta Rojas
Impresión: Ediciones Antropos
Bogotá, diciembre de 2005

PRESENTACIÓN

La irrupción desde hace una década en el escenario regional de una oleada de nuevos tratados de libre comercio y, sobre todo, los desafíos que han significado para la vigencia de los órdenes constitucionales de los países de América Latina y el Caribe han intensificado el debate acerca de su naturaleza jurídica.

Este número de la revista *El otro derecho* está dedicado fundamentalmente a hacer un balance de las discusiones legales y constitucionales que se vienen adelantando respecto de los tratados de libre comercio (TLC). La revista reconstruye una cartografía jurídica respecto de las principales controversias que se han adelantado o están en curso en diferentes tribunales nacionales e instancias internacionales. El conocimiento de los argumentos jurídicos con los cuales se viene contravirtiendo la legalidad de los TLC es de suma importancia para su estudio y adecuación en las demandas futuras que puedan instaurarse ante los estrados judiciales, bien sea por parte de organizaciones sociales, ONG, partidos políticos o centros de investigación jurídica, y respecto de los debates de control político en los parlamentos.

Los trabajos son resultado del análisis de la dimensión legal de los TLC realizado durante el seminario "Impacto de los TLC sobre los DESC: Estrategias jurídicas para su defensa en el ámbito regional", evento organizado en Bogotá por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), entre los días 29 y 30 marzo del año 2005, que contó con la presencia de destacados juristas y analistas de los TLC, como Alejandro Teitelbaum (Asociación Americana de Juristas), Steve Shirbman (The Council of Canadians, the Canadian Union of Postal Workers y otros), de Irasema Zabaleta (Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez"), de Jorge Acosta (Centro de Derechos Económicos y Sociales -CDES) y de los abogados y abogadas colombianas

Martha Isabel Gómez, Catalina Toro, Margarita Flórez, José Manuel Álvarez, Héctor Suárez, Javier Rincón, entre otros.

Las ponencias que incluimos en este número hacen dos énfasis: de un lado, un conjunto de ponencias se mueve en el plano analítico conceptual del debate jurídico de los TLC; de ellas se destacan los trabajos de los juristas Alejandro Teitelbaum y de José Manuel Álvarez. De otro lado, otros trabajos incluidos en la revista, además de su tono analítico, son el resultado de experiencias concretas de litigios interpuestos frente a diversos aspectos de los TLC o resultado de la movilización de acciones político jurídicas ante instancias internacionales, tipo Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como es el caso de las ponencias escritas por el Steven Shrybman e Irasema Zavaleta.

En las primeras, los autores interpretan la tensión que implica la confrontación entre las cláusulas comerciales y no comerciales contenidas en los TLC y las normas de las Constituciones políticas, en particular aquellas que se refieren a principios estructurales de los órdenes constitucionales, como la soberanía del poder judicial o la potestad legislativa, la prevalencia de las normas de derechos fundamentales o *ius cogens*, el principio de acceso a la información y transparencia en los procedimientos democráticos, como condición previa y necesaria para la participación política de los ciudadanos, o los principios de reciprocidad, equidad y conveniencia nacional que deben regir las relaciones entre los Estados. En el fondo de estos análisis se encuentra el debate de mayor calado en la teoría jurídica y política: el tema de la soberanía y de la permanencia de los Estados nacionales para regular sus propios asuntos y llevar a cabo de forma autónoma políticas orientadas al desarrollo interno y a brindar garantías sociales para la superación de las desigualdades.

No por nada la mayoría de los analistas de los tratados de libre comercio arguyen que estos solo expresan la declinación de la soberanía nacional y la aceptación de una supraconstitucionalidad impuesta por los intereses del capital transnacional, que se encuentra en una etapa de acumulación en la cual cuenta tanto su expansión como la desnacionalización de los patrimonios públicos y la titularización de nichos de mercado, hasta ahora impensable, como las formas de vida, el agua, el aire, etc.

En este marco, el trabajo del doctor Alejandro Teitelbaum profundiza en las consecuencias derivadas de las garantías exorbitantes que otorgan los tratados de libre comercio a los inversionistas privados y que afectan el mantenimiento del principio de soberanía de la administración de justicia. Según el autor, los tratados para la promoción y protección de las inversiones permiten a todo agente comercial someter

las controversias con un Estado parte en un tratado, y que ocasionan detrimentos en las ganancias esperadas, a paneles o tribunales de arbitramento en los cuales –al emitirse laudos fundamentados únicamente en criterios de derecho comercial o financiero–, los Estados por lo general resultan condenados y los intereses relativos a la defensa de las garantías constitucionales o de los intereses colectivos de las naciones terminan siendo prácticamente anulados. Un ejemplo claro de esto se encuentra en el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA, en inglés), en el cual el demandante es siempre el inversor y al Estado le corresponde invariablemente el banquillo del acusado.

La aceptación de la jurisdicción arbitral en los tratados bilaterales y regionales implica la renuncia incondicional a un atributo esencial de la soberanía: la competencia territorial de los tribunales nacionales, con lo que se rompe la llamada doctrina Calvo, o principio del derecho internacional público, que postuló desde finales del siglo XIX que las controversias ocurridas en territorio de un Estado determinado primero serían conocidas por sus tribunales. La lógica dicta ahora que el inversor privado no está obligado a agotar los recursos internos de carácter administrativo o judicial y que está facultado para acudir directamente a tribunales comerciales internacionales.

Asistimos, a juicio del autor, a la conformación de un verdadero sistema mundial del librecomercio constituido a partir de la introducción en todos los tratados comerciales de una serie de cláusulas comunes (trato más favorable, trato nacional, nación más favorecida, arbitraje, eliminación de los requisitos de desempeño, etc.), que funcionan como vasos comunicantes por los que circulan las políticas neoliberales a escala planetaria y les permiten penetrar en los Estados más disímiles, disciplinando las economías, desintegrando las soberanías nacionales y ocasionando además graves daños sociales.

Para Teitelbaum, los mecanismos jurídicos introducidos para la protección de las inversiones y de los inversionistas, en especial los tribunales de arbitramento, han conducido a una verdadera feudalización del derecho, pues asistimos a la emergencia de un derecho corporativo opuesto al derecho público nacional e internacional, que funciona en el interés exclusivo del gran capital transnacional y de las grandes potencias industrializadas y en detrimento de los derechos de los Estados periféricos.

Respecto de estas preocupantes transformaciones, nos advierte que existen diferentes vías de acción legal, entre otras, la denuncia de los tratados, la invocación de la preeminencia de una norma jerárquicamente superior, el control de constitucionalidad, la recupera-

ción de la soberanía jurisdiccional y la invocación de causales de vicios de nulidad.

Un aporte significativo del artículo que comentamos son sus respuestas para desatar las colisiones normativas entre los tratados comerciales y los tratados de derechos humanos. Estos últimos tratados son instrumentos jurídicos creados, ratificados y reconocidos por los Estados, que otorgan derechos a sujetos que no concurren a su elaboración, es decir, son tratados que se formalizan a nombre de terceros, lo que impide que los Estados unilateralmente puedan disponer de ellos o desvincularse de las obligaciones que han contraído al celebrarlos, para hacer posibles otros convenios interestatales o con organismos de derecho privado. Se advierte, en consecuencia, que el principio *pacta sunt servanda*, según el cual los tratados deben ser cumplidos en la forma como fueron convenidos, tiene un límite esencial y es que su aplicación no puede hacerse en detrimento de los instrumentos de derechos humanos consagrados internacionalmente.

Con la misma preocupación latente por las tensiones entre los TLC y la Constitución, el artículo del doctor José Manuel Álvarez razona sobre los límites que tienen los representantes del Estado cuando enfrentan procesos de negociación de tratados de libre comercio. En el caso colombiano, el gobierno ha insistido en que el ejecutivo, por mandato constitucional, tiene autonomía suficiente para manejar las relaciones internacionales y celebrar pactos y tratados con otros sujetos de derecho internacional; con esto ha soslayado el debate democrático acerca de las condiciones en que deben efectuarse tales convenios, que, al tenor del artículo 226 de la Constitución Política, solo tienen validez cuando se perfeccionan sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

Al mismo tiempo, señala el profesor Álvarez que estos principios, así como muchos otros que irrigan la estructura del sistema jurídico –como el de soberanía; el de los fines del Estado social de derecho; el de autonomía, coordinación y concertación entre los poderes públicos y con las entidades descentralizadas; el de prevalencia del interés social y de soberanía jurisdiccional–, por estar en la Constitución son vinculantes y deben ser respetados en todo el proceso de negociación, ratificación y control constitucional del TLC.

El artículo hace especial énfasis en los límites que encuentran los TLC en las normas *ius cogens* aceptadas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. Estas normas imperativas sirven para identificar los derechos respecto de los cuales los Estados no pueden tomar decisiones en contrario. Aunque algunos de estos derechos son de origen consuetudinario, en general están recogidos en los

tratados de derechos humanos que, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, prevalecen en el orden interno.

En otro argumento, este artículo precisa en qué posición jurídica queda la normatividad de la Comunidad Andina de Naciones respecto del TLC que firman los países andinos con los Estados Unidos. Explica José Manuel Álvarez que tanto en el preámbulo como en el artículo 9 de la Constitución colombiana se acoge la idea de la integración latinoamericana y con el Caribe como principio del orden jurídico interno. Así que, por estar las negociaciones del TLC atadas a los preceptos de la Carta, no pueden contravenir este fin constitucional y, en este orden de ideas, el derecho andino tiene prevalencia frente al derecho que emerja del TLC. Ningún tratado que se pretenda negociar con países diferentes a los de la región, como es el caso del TLC con EE.UU., puede pactar compromisos que vayan en detrimento de la integración andina, lo que supone que tampoco se podrán pactar obligaciones que otorguen mayores beneficios a países no latinoamericanos que los otorgados a uno latinoamericano.

Se concluye entonces que los tratados comerciales que firme Colombia se subordinan a las obligaciones que dimanen de la condición que tiene como miembro activo de la Comunidad Andina de Naciones. De esta manera, en el TLC que firma con Estados Unidos, el gobierno debe incorporar disposiciones que salvaguarden las obligaciones de nación más favorecida entre los países andinos y no hacer extensivos los beneficios mutuos al país del norte. Lo mismo, teniendo en cuenta que el derecho andino es un derecho autónomo que pertenece al orden interno de cada miembro, las normas andinas deben ser aplicadas de manera preferente respecto de las normas nacionales, en caso de conflicto de aplicación o de interpretación. De suerte que si una norma interna contraría una comunitaria, aquella queda desplazada por esta, resultando inaplicable la norma nacional.

El segundo bloque de ponencias que incluimos en esta publicación presenta la construcción argumental que se ha utilizado en experiencias de litigio contra los tratados de libre comercio, o en la activación de mecanismos del Sistema Interamericano para denunciar las consecuencias que tienen dichos tratados en la vigencia de los derechos humanos.

El artículo del abogado canadiense Steven Shrybman hace una descripción de los argumentos con base en los cuales se demandó en Canadá la inconstitucionalidad el Capítulo 11 del NAFTA sobre protección de inversiones, particularmente en lo atinente a los paneles arbitrales de solución de controversias. Señala Shrybman que el principio de soberanía judicial previsto en el Capítulo 3 de la Constitución de los

Estados Unidos y en la sección 96 de la Constitución de Canadá es violado por el Capítulo 11 del NAFTA, entre otras razones, porque menoscaba el rol de las autoridades judiciales canadienses al delegar, de manera inapropiada, competencia en los arbitros *ad hoc* para resolver disputas en materia regulatoria, administrativa y en otros aspectos que son potestad de las autoridades soberanas y democráticas. Afirma que el gobierno de Canadá, al aceptar el NAFTA, excedió su *treaty making power* (poder para concertar tratados), pues renunció a la soberanía jurisdiccional cuando ratificó el mencionado Capítulo 11.

Los conflictos que se ventilan ante los tribunales de arbitramento son complejos y por lo general desbordan el ámbito meramente comercial tocando esferas de interés ambiental, social, de salud pública, etc., por lo cual debe mantenerse la competencia y autonomía de la jurisdicción ordinaria para conocerlos. Los laudos que profieren los árbitros están viciados de inconstitucionalidad al preferir los intereses privados a los públicos. Por lo regular, se centran en asuntos comerciales y resuelven los litigios conforme a estos asuntos, a pesar de que con ello sacrifican fines públicos esenciales para el régimen constitucional. El nivel de imparcialidad de los árbitros también es cuestionado. Es común encontrar en los litados internacionales de árbitros personas que han actuado como abogados de empresas multinacionales en procesos arbitrales.

El procedimiento arbitral de solución de diferencias desconoce los principios de transparencia y publicidad que rigen en los procesos judiciales, principios que aseguran su legitimidad. Desde los primeros conflictos en desarrollo del Capítulo 11 del NAFTA, se ha visto cómo los procedimientos arbitrales se han mantenido en secreto desde su inicio hasta su culminación.

Por su parte, la colega mexicana Irasema Zavaleta presenta una descripción de la audiencia temática sobre tratados de integración comercial y derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, durante el 121 período de sesiones en el año 2004. El propósito central de esta audiencia para las organizaciones no gubernamentales que consiguieron activar este mecanismo del sistema regional de protección de los derechos humanos fue argumentar la necesidad de que la Comisión, de acuerdo con sus facultades, vaya abocando el conocimiento de diversas situaciones derivadas de la aplicación de los tratados de libre comercio en boga, en las cuales se encuentran seriamente comprometidos los derechos humanos.

El mayor esfuerzo en esta iniciativa se concentró en demostrar que en los casos denunciados (entre ellos, *Metalclad Corporation vs. México*, *Aguas del Tunari-Bechtel US vs. Bolivia*, y la limitación del ac-

ceso a medicamentos genéricos en Ecuador) no se ha hecho efectivo el principio de primacía de los derechos humanos, que deben respetar los Estados aun en presencia de los procesos de integración económica. También se buscó explorar posibles acciones para elaborar un diagnóstico de la protección de los derechos humanos en este contexto y para la adopción de medidas de protección de los derechos humanos.

Finalmente, somos conscientes de que es difícil que la sola invocación del derecho pueda revertir la tendencia hegemónica del libre comercio, que, como queda dicho, mina las bases sobre las que se han edificado los regímenes constitucionales en nuestra región, pero tenemos la convicción que una estrategia jurídica, pensada dentro de un marco de exigibilidad política y social más amplio de los derechos y garantías legales, sí puede coadyuvar a la defensa de los derechos sociales e intereses colectivos y a sensibilizar a la opinión pública sobre los impactos profundos de los TLC en la vida diaria de la ciudadanía. Esperamos con este número de la revista *El Otro Derecho* contribuir a la interpretación jurídica de los tratados de libre comercio y, sobre todo, a encontrar rutas legales para la defensa de la democracia constitucional y de los derechos humanos.

El ALCA está entre nosotros

ALEJANDRO TEITELBAUM*

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

Pedro Albizú Campos



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 tendientes a mitigar las desigualdades y la exclusión.

Esta trama, como consecuencia de la aplicación de las cláusulas de trato más favorable, trato nacional y 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 para América del Norte (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 que están negociando Colombia, Perú y Ecuador con Estados Unidos y la proyectada Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA).

Los tratados bilaterales comprenden los 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 el 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 de la ONU, 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 Estados Unidos, para celebrar tratados comerciales que el Congreso puede aprobar o desechar, pero no modificar. En los puntos 1 y 2 (b - “Recomendaciones”) de la sección 2101 del título XXI, la ley dice:

La expansión del comercio internacional es vital para la seguridad nacional de los Estados Unidos. El comercio exterior es un elemento crítico para el crecimiento económico, el poderío y el liderazgo de los Estados Unidos en el mundo (...). La seguridad nacional de los Estados Unidos depende de su seguridad económica que, a su vez, está cimentada en una vibrante y creciente base industrial. Los acuerdos comerciales deben maximizar las oportunidades de los sectores más importantes de la economía. La expansión del comercio ha sido el motor del crecimiento económico. Los acuerdos comerciales maximizan las oportunidades para sectores críticos y componentes esenciales de la economía de los Estados Unidos, tales como la tecnología de la información, las telecomunicaciones y otras tecnologías de vanguardia, industrias básicas, bienes de capital, equipos médicos, servicios, agricultura, tecnología ambiental y propiedad intelectual. El comercio creará nuevas oportunidades para los Estados Unidos y preservará la fuerza incomparable de los Estados Unidos en los asuntos económicos, políticos y militares.

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. Solo 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, todos creados 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 acarrear su nulidad; f) invocar la nulidad de un tratado celebrado por autoridades de un Estado que, al hacerlo, han excedido su mandato, y 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.



Bilateral Free Trade Agreements

THE FTAA IS AMONG US

“The great ones aren’t that great; it’s just that we’re on our knees.”

Pedro Albizú Campos

The planet is enveloped in a dense conspiracy of international economic and financial, regional and bilateral agreements and treaties which have subordinated or supplanted the basic instruments of international and regional human rights law (including the right to a healthy environment), the national constitutions, economic legislation aimed at national development, and labor and social laws aimed at mitigating inequality and exclusion.

As a result of the application of most favorable treatment, national treatment and most favored nation clauses which figure in almost all of the treaties, this conspiracy operates like a system of communicating vessels, which allows neoliberal policies to freely circulate the planet and penetrate the states, where they disintegrate national economies and generate grave social damage.

The American continent currently touts the North American Free Trade Agreement (NAFTA), the Central American Free Trade Agreement (CAFTA), which is a free trade agreement between Central America and the United States and which incorporates the Dominican Republic; the Free Trade Agreement (TLC in Spanish) which Colombia, Peru and Ecuador are negotiating with the United States, and the projected Free Trade Area of the Americas (FTAA).

The bilateral treaties are comprised by the promotion and protection of investments, by free trade, the rights of intellectual property, of cooperation, science and technology. And in order to solve controversies among the par-

ties, the formation of case by case international arbitration tribunals is foreseen, which would operate outside the scope of the judicial system of state and international public law.

This is the feudalization of law, of corporate law opposed to national and international public law, which functions exclusively on behalf of great transnational capital and of the rich states, and in detriment of the basic rights of the states of the so-called periphery and of their peoples. This is only aggravated by the fact that corporate law is accompanied by a strong coercive system to ensure its application: fines, sanctions, and economic, diplomatic and military pressure, among others.

This process of economic and political neo-colonization cannot be untied from the growing and threatening American presence and military activity in the American continent: bases whose number and significance do not cease to increase, joint military maneuvers, military "advisers," Plan Colombia, Plan Puebla-Panama; the Franco-American coup d'état in Haiti with the *ex post facto* blessing of the UN Security Council, etc. This is the consecration of a system in which military aggression and economic aggression are the two watersheds of the same policy of world domination.

This is clearly expressed in the Trade Act promulgated by President Bush in August 2002, which established the Bipartisan Trade Promotion Authority, known also as the "fast track" to celebrate trade agreements. The "fast track" conferred the President with ample powers in the name of national security, freedom and US interests, to celebrate trade agreements which Congress may approve or discard, but not modify.

In points 1 and 2 (b- "Recommendations") of section 2101 of title XXI, the law states:

The expansion of international trade is vital for the national security of the United States. Foreign trade is a critical element for the economic growth, power and leadership of the United States in the world. (...) The national security of the United States depends on its economic security which, in turn, is cemented upon a vibrant and growing industrial base. The trade agreements must maximize the opportunities for the most important sectors of the economy. Commercial expansion has been the motor of economic growth. Trade agreements maximize the opportunities for critical sectors and essential components of the US economy, such as information technology, telecommunications and other state-of-the-art technologies; basic industries, capital goods, medical equipment, services, agriculture, environmental technology and intellectual property. Commerce will create new opportunities for the United States and will preserve the incomparable strength of the United States in economic, political and military matters.

Given the economic aggression, the governments of the region capitulate, in some cases following a few skirmishes; they lack the authentic political will to resist. Only the organization and mobilization of the peoples of the continent may change this state of affairs. However, it is the duty of the lawyers

who are committed to grassroots interests to explain the reality of the facts and the dominant tendencies, and to provide clues from their sphere of competence on how to get out of the rut, and in this manner aid in the process of building awareness among the vast majorities.

In this situation there are several resources that may be utilized to cut the ties of subordination of many states to transnational economic power, all of which have been created by the web of treaties:

denounce the treaties;

invoke the preeminence of a hierarchically superior norm;

control the constitutionality of the treaties;

recover the undecidable territorial competence of the national tribunals;

detect and invoke the existence of irreparable vices in the celebration and approval of a treaty, in order to declare it null;

invoke the nullity of a treaty celebrated by the authorities of a state which have, in such a manner, overstepped their mandate, and

promote legislative grassroots initiatives, referendums to revoke or approve a treaty that is already standing or under negotiation, and which contravenes national sovereignty and interests.

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 tendientes a mitigar las desigualdades y la exclusión.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 tal 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 (ni) 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 profesio

Esta trama, como consecuencia de la aplicación de las cláusulas de trato más favorable, trato nacional y 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 de 2004 entre el Mercado Común del Sur (Mercosur) y la Comunidad Andina de Naciones (CAN). 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 como el de los servicios de salud, el derecho a fabricar medicamentos genéricos,² etc., si se concreta el Tratado 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 tendrá directamente sobre los pueblos de esos países andinos. Dicho en otros términos, un país periférico o una subregión pueden funcionar como caballos 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 firmaron a fines de 2003 el CAFTA (Central American Free Trade Agreement) con Estados Unidos se desempeñarían como caballos de Troya en el Mercosur.

Para evitar siquiera en pequeña parte el efecto caballo de Troya, los Estados parte del Mercosur firmaron en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994 el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Prove-

nales liberales, pues abrirán las fronteras sin restricciones a las empresas estadounidenses pres-tatarias.

² Véase más adelante, el título "Tratados bilaterales en materia de propiedad intelectual", y en este número de la revista, el artículo de J. M. Álvarez Zárate, "Límites constitucionales internacionales a las negociaciones comerciales".

nientes de Estados no Partes del Mercosur. En su artículo 1, 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 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 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,

...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 estas, ha sido particularmente significativo el progresivo desplazamiento de Naciones Unidas y organizaciones asociadas llevado a cabo 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 se-

Acuerdo celebrado entre un grupo de países andinos el 26 de mayo de 1969. La Decisión 24 se refería al régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

parar 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 (énfasis agregado).⁴

Se trata, entonces, de una feudalización del derecho, de un derecho corporativo opuesto al derecho público nacional e internacional, que funciona en el interés exclusivo del gran capital transnacional y de los Estados ricos y en detrimento de los derechos fundamentales de los Estados llamados periféricos y de sus pueblos. Con el agravante de que este derecho corporativo está acompañado de un fuerte sistema coercitivo para asegurar su aplicación: multas, sanciones económicas, presiones económicas, diplomáticas y militares, etc. Y para 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, los Acuerdos sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, o TRIPS, en inglés), el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio de Bienes (TRIM, en inglés) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS, GATS en inglés). Regionalmente, cabe destacar el NAFTA, el CAFTA⁵, el TLC Países Andinos-Estados Unidos, que están negociando a marchas

Edgardo Lander, "El ALCA y los derechos humanos", en: www.ceim.uquam.ca/textes/construire_landier.pdf

Firmado por El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Honduras. Costa Rica pospuso la firma, ante la necesidad en la última ronda de negociación, de realizar nuevas consultas. El 5 de agosto de 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", en 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%, 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).

forzadas Colombia, Ecuador y Perú con Estados Unidos y bajo la intensa presión de este último, y la proyectada Área de Libre Comercio para 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 Asociación de Naciones del Este de Asia (ASEAN), el Asian Free Trade Area (AFTA) ni a la Asia Pacific Economic Cooperation (APEC). Podemos, sin embargo, señalar que Chile, Perú, México, Canadá y Estados Unidos forman parte de la APEC 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 ellos están en vigor en todo el planeta, son poco visibles para la opinión pública, muchos de ellos han sido celebrados a hurtadillas *y son aún 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.

Todos 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: los Estados Unidos han 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 tratado *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 de Naciones Unidas, 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*⁶ 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.

TRATADOS BILATERALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS (TPPI)

Las recetas del Consenso de Washington –dice Mariana Herz– 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 su sustitución por una política de atracción casi siempre indiscriminada de capitales extranjeros. Siguiendo las recetas institucionales internacionales, el término “inversión extranjera” se transformó en sinónimo de crecimiento económico y desarrollo y para conseguirlo los Estados recurrieron a soluciones unilaterales y bilaterales, ora modificando la legislación nacional, ora suscribiendo Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (TPPI).

Estos tratados son suscritos por Estados pero los derechos que acuerdan se confieren a los particulares y, para asegurarse de que esto sea así, en los mismos se incluyen disposiciones relativas al mecanismo de solución de las controversias que puedan surgir con motivo de la inversión, entre el inversor nacional de un Estado parte y el Estado receptor de la inversión distinto del Estado de nacionalidad del inversor. El incumplimiento de cualquiera 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 doctrinas Calvo, esto solo puede suceder una vez que el particular afectado ha agotado los recursos administrativos y judiciales establecidos por 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* (énfasis agregado).⁷

Como veremos más adelante, se desprende del texto de algunos tratados no solo que el inversor privado tiene acceso directo al tribunal arbitral internacional sin agotar los recursos internos en el Estado receptor de la inversión, sin que este 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.⁸

1. Las inversiones extranjeras gozan siempre del trato más favorable, aunque 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 él 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 Uru-

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

Véase ibíd. 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

Persona que ayuda al ejército enemigo a apoderarse de su territorio; traidor (N. del E.).

guay. También están prohibidos, con algunas excepciones, que no cambian lo esencial de la prohibición, en el Tratado de Libre Comercio (TLC) Chile-Estados Unidos (art. 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 prohíbe los requisitos de desempeño solo 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, 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 vs. México*, en el marco del NAFTA. 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. Con 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.⁹
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 señaló en el punto anterior.

El laudo arbitral en *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, caso 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 NAFTA 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. 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.

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 los ratificó todos o casi todos; Brasil firmó 14, pero no ratificó ninguno; Chile firmó 45; Costa Rica y México firmaron 11, Perú 22, Uruguay 24 y Venezuela 22; Colombia firmó con Francia, España, Perú, Chile y Cuba.¹⁰

Los TPPI firmados por Argentina cumplen escrupulosamente con las exigencias del poder económico transnacional. El acuerdo celebrado con los Estados Unidos el 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994, es un modelo en ese sentido.¹¹ 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.¹²

¹⁰ 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”, en: http://www.inversiones.gov.ar/documentos/legislacion_ied_esp.pdf

¹¹ 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.

¹² 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”, en: http://www.cubaindustria.cu/webs/acuerdos_protec_inv.htm

LEYES DE INVERSIONES EXTRANJERAS

Las leyes sobre inversiones extranjeras actualmente vigentes en el continente americano abren las puertas casi sin limitación alguna a los inversores extranjeros, a quienes ofrecen el trato nacional y solo 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 1970.¹³

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 24 del 31 de diciembre de 1970 y 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”.

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 los 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 presentan los Estados Unidos, y la negociación consiste en tratar de introducir algunos retoques formales.¹⁴

¹³ 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) en: Agencia de Desarrollo de Inversiones del Ministerio de Economía de la República Argentina: “Inversión extranjera: comparación del marco jurídico en América Latina”.

¹⁴ El tratado bilateral tipo estadounidense está basado en la Trade Act promulgada por el presidente Bush en agosto de 2002, que estableció la Bipartisan Trade Promotion Authority (Autoridad bipartidaria para la promoción del comercio), conocida también como “Vía rápida para celebrar tratados comerciales” (*fast track*) que confirió amplias facultades al presidente, en nombre de la seguridad nacional, de la libertad y de los intereses de los Estados Unidos, para celebrar tratados comerciales que el Congreso puede aprobar o desechar, pero no modificar. En los puntos 1. y 2. b) Recomendaciones, de la sección 2101 del título XXI, la ley dice: “La expansión del comercio internacional es vital para la seguridad nacional de los Estados Unidos. El comercio exterior es un elemento crítico para el crecimiento económico, el poderío y el liderazgo de los Estados Unidos en el mundo (...) La seguridad nacional de los Estados Unidos depende de su seguridad económica

Chile es el primer país del continente cuyo gobierno firmó y cuyo Parlamento aprobó, en octubre de 2003, un tratado bilateral de libre comercio con los Estados Unidos, que entró en vigor en enero de 2004. También, ya ratificaron el TCL centroamericano con los 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. Para ello, 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 tres secciones. La sección A, que comprende los artículos 10.1 a 10.13, se refiere a la inversión; la sección B, que comprende los artículos 10.14 a 10.26, se refiere a la solución de controversias inversionista-Estado, y la sección C, cuyo único artículo, el 10.27, contiene las definiciones de algunos de sus términos y finaliza con los anexos 10-A a 10-H.

Respecto de Chile, el artículo 10.1 a) se aplica a los inversionistas de EE.UU., el artículo 10.1 b), a las inversiones cubiertas, es decir, las de EE.UU. que ya existen en Chile, y el artículo 10.1 c), a las inversiones en Chile provenientes de cualquier país del mundo, pero solo 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 imponen 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,

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.

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 sería 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. Solo 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 EE.UU., 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 considerar las 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”, y agrega: “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 solo frente a los inversores de los Estados Unidos, el cocontratante, sino a los de Estados indeterminados, que no son parte en el tratado.¹⁵

Los demás artículos de este capítulo conciernen solamente a los inversionistas de EE.UU. 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 EE.UU. 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 artículo 23.3.6 del Capítulo 23 sobre “Excepciones”, establece que: “Los artículos 10.9 (Expropiación e indemnización) y 10.15 (Sometimiento de una reclamación a arbitraje) se apli-

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

carán 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 EE.UU., 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 artículo 10.9, el aumento de las regalías también puede ser considerado como una medida equivalente a la expropiación. Además, el 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 17 transitoria de la Constitución de 1925, que en el inciso 5 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*” (énfasis agregado), disposición que está vigente por mandato de la disposición 3 transitoria de la Constitución de 1980, que establece: “La gran minería del cobre y las empresas consideradas como tales, nacionalizadas en virtud de lo prescrito en la disposición 17 transitoria de la Constitución Política de 1925, continuarán rigiéndose por las normas constitucionales vigentes a la fecha de promulgación de esta Constitución”. La no indemnización por la nacionalización o expropiación de concesiones mineras es absolutamente lógica y concordante con el inciso 6 del No. 24 del artículo 19 de la Constitución, que establece que “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 solo había entregado en concesión.

Con respecto a la solución de controversias, en la sección B del Capítulo 10, 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 únicamente 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 precisa que demandado es la parte en una controversia, y parte solo se les llama a los Estados firmantes de un tratado.

En toda controversia que se produzca por este tratado, los tribunales chilenos no tendrán competencia: solo la tendrán tribunales arbitrales internacionales, compuestos de tres 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 que “Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile”. En este caso, de acuerdo con los artículos 10.5 y 10.12, los bienes situados en Chile que corresponden a inversiones de EE.UU. y las inversiones de cualquier país del mundo no se registrarán por leyes chilenas, pese a lo que dice el artículo 16 del Código Civil.

El Tribunal Constitucional chileno ya ha fallado al respecto de la delegación de facultades jurisdiccionales a tribunales internacionales. El último dictamen en esta materia fue el Rol 312 del 3 de octubre de 2000; en él, 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 solo 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 los Estados Unidos plantea numerosos problemas constitucionales. Y la Constitución de Chile, en el artículo 82, inciso 2, establece que corresponde al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Es decir, establece una especie de *control preventivo* de los tratados, antes de que sean ratificados 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, este no se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del tratado celebrado por Chile con los Estados Unidos, alegada por el economista Alcayaga y por otras personas e instituciones.

TRATADOS BILATERALES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El Acuerdo de la OMC sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, TRIPS, en inglés) ha sido 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 *breve*s (derechos de exclusividad otorgados al titular), mediante un sistema *sui generis* eficaz o por una combinación de ambos”. Como no especifica qué quiere decir un “sistema *sui generis* eficaz”, 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 Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (UPOV, en inglés), que no es mencionada en el ADPIC. El UPOV es un tratado celebrado en 1961, del que eran miembros hasta 1994 solo países del Norte y Sudáfrica. Pero, desde esta última fecha, países del Sur comenzaron a adherir al mismo. 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 y piratería genéticas.

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, 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,¹⁶ con las reformas intro-

¹⁶ Véase, de Jeremy Rifkin, *Le siècle biotech*, Paris, La Découverte, 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

ducidas 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.¹⁷ Esta es la situación en que ya se hallan muchos países del Sur y que se generalizará en América Latina y el Caribe si los Estados Unidos logran imponer el ALCA.¹⁸

En informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2003¹⁹ 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. En su visita a Perú en junio de 2004,²⁰ 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 los Estados Unidos. En efecto, si en los tratados bilaterales se introducen disposiciones relativas a la propiedad intelectual, el resultado va a ser que se restrinja 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

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.

¹⁷ 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

¹⁸ 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; en: <http://www.biodiversidadla.org/filemanager/download/155/TRIPS%20plus.doc>

¹⁹ E/CN.4/2003/58.

²⁰ E/CN.4/2005/51/Add.3, párrafos 47 a 51.

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 ADPIC de la OMC, que fueron reforzados con una declaración en su IV reunión ministerial 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. Los Estados Unidos se opusieron a esta salvaguarda de la salud pública y pretenden 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.

TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES

Este derecho corporativo o neofeudal al servicio de las sociedades transnacionales se completa, como hemos señalado más arriba, con jurisdicciones específicas para 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 del mismo Banco Mundial, como establece el Reglamento del CIADI.²¹ Este centro, con la falta de objetividad y de imparcialidad que

²¹ En la nota 13 nos hemos referido a Paul Wolfowitz, secretario adjunto de Defensa de los 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 financiera. 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 septiembre 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.

es inherente al Banco Mundial, ayuda a constituir tribunales arbitrales internacionales que dirimen las controversias entre las sociedades transnacionales y los Estados que aceptan someterse a ese procedimiento (136 de estos forman parte del CIADI). 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 (énfasis agregado).*²²

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 (sic), en cuya biografía sucinta²³ se aprecia que dicho señor no constituye precisamente una garantía de imparcialidad y de sensibilidad por los derechos de los pueblos.

²² <http://www.worldbank.org/icsid>

²³ Véase nota 20.

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 Calvo²⁴, se opusieron *unánimemente* a la creación de un tribunal arbitral internacional para dirimir conflictos entre los Estados e inversores extranjeros.²⁵

Después soplaron otros vientos neoliberales, y hoy forman parte del CIADI una quincena de Estados latinoamericanos, la mayoría de los cuales adhirió en el decenio de 1990. También muchos han adherido a la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA, en inglés).²⁶ 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. Solo son parte de la MIGA Bolivia, Brasil y Haití.

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

²⁴ Véase más abajo, al respecto de la doctrina Calvo, el título "Cómo salir del atolladero...".

²⁵ El delegado chileno Félix Ruiz expresó la oposición en nombre de todos los países latinoamericanos. Boletín de prensa del Banco Mundial del 9 de septiembre de 1964. Dato extraído de Gonzalo Biggs, *La crisis de la deuda latinoamericana frente a los precedentes históricos*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano. Colección Estudios Internacionales, EMECE, 1987, p. 77.

²⁶ La 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 y 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 y 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 la agencia en estos casos es solucionar las controversias antes de que necesiten de un arbitraje formal. Tiene un reglamento de arbitraje para controversias en los contratos de garantía de la Agencia, 1990, en: <http://www.miga.org/>

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 son:

- 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, el reglamento facultativo de la CPA para el arbitraje de controversias entre dos partes, de las que solo 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.
- El Órgano de Solución de Controversias de la OMC, 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 NAFTA, celebrado entre Canadá, Estados Unidos y México, establece tres mecanismos arbitrales para la solución de controversias: 1. en el capítulo XX, un mecanismo general entre Estados, sobre la interpretación y aplicación del NAFTA; 2. 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 3. en la sección B del capítulo XI, se establece el 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 se ocuparon exclusivamente 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; 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 los Estados Unidos, en el artículo 10.15 se establece que el demandante podrá someter a arbitraje una reclamación, si el demandado ha violado una autorización o un acuerdo de inversión. Se desprende de este artículo que *el Estado chileno sólo puede ser demandado, pero nunca podrá ser demandante*, aunque considere que un inversionista no respeta las disposiciones del tratado. Más explícito respecto de esta unilateralidad ante la ley, el artículo 10.27, llamado "Definiciones", define como demandado a la parte que es parte en una controversia, y parte solo se les llama a los Estados firmantes de un tratado. De acuerdo con el Capítulo 11 del NAFTA, *el demandante es siempre el inversor y el Estado siempre le corresponde el banquillo del acusado*.

El inversor posee además otro privilegio: es él quien elige la jurisdicción. Según el artículo VII, incisos 2 y 3 a-i) del TPPI entre Argentina y Estados Unidos, en caso de una controversia entre un inversor y el Estado, si no hay arreglo amigable, *es la sociedad o el nacional involucrados, y no el Estado, el que elige la jurisdicción*.

La misma disposición figura en el artículo VIII, incisos 2 y 3 del TPPI entre Argentina y Francia.

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

cionales: comités de los pactos internacionales de derechos humanos, Corte Interamericana, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc.²⁷

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. En el caso Haas y Calmark Comercial, este, invocando el artículo 11 del NAFTA, pide la formación de un tribunal arbitral porque perdió un juicio con sus socios locales ante los tribunales mexicanos²⁸.

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 (...) adquieran 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.²⁹

Así sucedió en el caso Bechtel contra Bolivia. Esta es una gigantesca empresa transnacional con sede 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 ex-

²⁷ 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).

²⁸ Citado por Rodrigo Pizarro, en “Tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos. Un análisis del capítulo de inversiones: las restricciones a las políticas públicas”, en: 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.

²⁹ Jorge Hernán Gil Echeverry, “El arbitraje en las relaciones del Estado”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, DATOS.

pulsada 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. Esta 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 los Estados Unidos, y Edison, de Italia.

Aguas del Tunari transfirió su domicilio a Holanda solo para poder iniciar el proceso contra Bolivia invocando el tratado entre Bolivia y Holanda, si bien 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 1999.³⁰

Esta 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.

CÓMO 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. Solo la

³⁰ En: *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.

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)³¹ 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.

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 Tra-

³¹ 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 "governabilidad" 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 Beatriz Stolowicz, "América Latina: estrategias dominantes ante la crisis", en Naúm Minsburg (coord.), *Los guardianes del dinero, las políticas del FMI en la Argentina*, Buenos Aires, Grupo Editorial Norma, junio de 2003 (lectura indispensable). Para un resultado final similar, el camino del gobierno de Lula, en Brasil, fue exactamente el inverso al de Kirchner. Este, 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 estos 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.

tado entre el gobierno de la República de Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones regía 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 denunciarlo antes de esta fecha.³² 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; en ese caso, el momento en que se lo pueda dar por terminado al finalizar su vigencia estaría 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 de tiempo. 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.

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 estas 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 solo puede ser modifica-

³² 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.

da por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, y otros tratados y convenciones internacionales de derechos humanos y ambientales revisten el carácter de normas imperativas de derecho internacional general que no pueden ser vulneradas por otros tratados o acuerdos internacionales, so pena de nulidad de estos últimos.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, en el resumen de uno de los debates sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, dice al respecto:

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.³³

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”.³⁴ 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:

³³ Asamblea General de la ONU, Comisión de Derecho Internacional, “Informe sobre los trabajos de su 51 período de sesiones”, 3 de mayo a 23 de julio de 1999, Suplemento 10 (A/54/10), párr. 96.

³⁴ Asamblea General, A/CN.4/L. 600, 11 de agosto de 2000.

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.³⁵

Por su parte, en su resolución 2000/7 del 17 de agosto de 2000, la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU ha dicho:

...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 dado 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 (énfasis agregado).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC/2/82, del 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 los 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

³⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual”, declaración del comité (E/C.12/2001/15) 14/12/2001, párr. 6.

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.³⁶

Y dice Bruni Celli:

De todo esto se concluye 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 con 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".³⁷

Dicho de otra manera, el principio *pacta sunt servanda* tiene un límite esencial: los tratados deben ser cumplidos siempre que su aplicación no viole los derechos humanos consagrados internacionalmente.

³⁶ 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

³⁷ *Ibid.*

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, particularmente con las normas internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía de *ius 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. En este país, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución 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 inferior 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*.³⁸ Estas disposiciones dan precisión, estableciendo una jerarquía de las normas, al párrafo del artículo 31 de la misma Constitución, que dice que "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 prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno"; y el artículo 241 reza:

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 interna-

³⁸ 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", en: Revista *La Ley*, 1994 - E - 1036. Véase también nota 35.

cionales 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 inexecutable 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 2, establece que corresponde al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Es decir, establece una especie de *control preventivo* de los tratados, antes de que sean ratificados 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."³⁹

Las Constituciones de Bolivia (art. 120, inc. 9), Colombia (art. 241, inc. 10) y Perú (art. 200, inc. 4) establecen el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y la de Ecuador (art. 276, inc. 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.

Recuperar la indeclinable competencia territorial de los tribunales nacionales

En muchos tratados bilaterales de comercio y de inversiones, en el NAFTA y en el proyectado ALCA, se incluye una cláusula de renun-

³⁹ Prof. Emilio Pfeffer Urquiaga, *Constitución política de la República y tratados internacionales*, Ius et Praxis, año 2, No. 2, Chile, Universidad de Talca, 1997.

cia 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 la competencia del 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 obra *Derecho internacional teórico y práctico*.⁴⁰ 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 tienen 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, expresada 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, con 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 obligarla 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 ser 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 estos 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

⁴⁰ Primera edición publicada en París en 1868 por Amyot, Libraire Diplomatique y Durand et Pedone-Lauriel.

de los Estados Americanos (OEA), 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 expedidos 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, ya mencionado, y figura en varias constituciones latinoamericanas. Así, 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”.⁴¹ La Constitución boliviana, en el artículo 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, artículo 29, reza: “Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia”. La Constitución salvadoreña, artículo 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. Solo podrán hacerlo contra los funcionarios o particulares culpables”, y, en el artículo 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, artículo 14, afirma: “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, artículo 63, 2 c): “En

⁴¹ 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 el Mercosur) ni en ellos figura compromiso alguno de respetar el orden democrático ni los derechos humanos.

todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos 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, artículo 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* (énfasis agregado)”, 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:

...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* (énfasis agregado).

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 que estos tienen 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”, y 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” (énfasis agregado). 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.⁴²

Detectar e invocar la existencia de vicios insanables en la celebración y aprobación de un tratado que acarreen su nulidad

En la aprobación de un tratado puede haber vicios de procedimiento que acarreen su nulidad. Por ejemplo, cuando está previsto en

⁴² 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 este trabajo. Los gobiernos, sin embargo, no han objetado su legitimidad. El 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 que invocan los derechos humanos pero centran la argumentación en la transparencia del procedimiento ante el tribunal arbitral, y dicen: “La *legitimidad* tanto del laudo como del arbitraje se encuentra comprometida por el secreto que afecta al procedimiento” (énfasis agregado). 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 carece de efecto, pues ni el Convenio de Washington de 1965, que creó el CIADI, ni los reglamentos de este 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 (The Council of Canadians), la Unión de Trabajadores Postales del Canadá (The Canadian Union of Postal Workers -CUPW) y el Comité sobre los Problemas de la Pobreza (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 conocer de las demandas de inversores extranjeros contra el Estado. Véase http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/cupw_archive-en.asp y, en este número de la revista, el artículo de Steven Shrybman, “Litigios entre inversionistas y Estados”, presentado en el taller internacional organizado por ILSA en Bogotá los días 29 y 30 de marzo de 2005.

la ley ò en la Constitución nacional el control constitucional previo y este no se efectúa. Otra causa de nulidad proviene de los vicios de fondo. A ellos se refiere la Sección 2 (art. 46 a 53) que lleva el título “Nulidad de los tratados” de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Ya nos hemos referido al artículo 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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Según el artículo 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. Combinando los artículos 46 y 53, sería causa de nulidad de un tratado su celebración en violación de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución del Estado y en las principales normas del derecho internacional de los derechos humanos, como los derechos a la salud, a la alimentación, a una vivienda adecuada, a la educación, etc. También, 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 disposiciones manifiestamente violatorias de la soberanía del Estado y contrarias a los derechos fundamentales de la población, si las autoridades que lo suscribieron 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 los prohíbe, 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, esta es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, enunciados en los artículos 1, incisos 3 y 55, y se opone 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. El inciso 4 dice “fuerza”, sin distinguir entre fuerza armada y no armada. Cuando la Carta se quiere referir a la fuerza armada, lo hace expresamente (art. 41 y 46). El principio de interpretación dogmática, según el cual “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), 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.⁴³

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, del 26 de octubre de 1970 (AG 2625 XXV), relativa a los principios de derecho internacional sobre las relaciones de amistad y la cooperación en-

⁴³ Comisión de Derecho Internacional, “Informe sobre la labor realizada en el 44 período de sesiones”, 4 de mayo a 24 de julio de 1992, AG, suplemento No. 10 (A/47/10), párrafo 246.

tre 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, 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, aprobó por consenso la Resolución 46/43 sobre la protección y seguridad de los pequeños Estados, en la que reconocía su vulnerabilidad a las amenazas exteriores y a las injerencias en sus asuntos internos 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 (*ius 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 1 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 este ventajas de cualquier naturaleza”. Y el artículo 18 prohíbe la injerencia –armada o no– 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 mismo.

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 sobrepasado 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.

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.⁴⁴ También el artículo 88 de la Constitución colombiana dice, en artículo reglamentado por la Ley 472 de 1998:

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.

En resumen, en los puntos precedentes se han examinado diferentes recursos destinados a 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.

⁴⁴ Véase el informe sobre la mesa de trabajo “Las reformas sociales que Colombia necesita”, realizada por numerosas organizaciones populares: CUT, CGTD, CPC, Plataforma DESC, ILSA, ANUC, etc., Bogotá, EDIT?, noviembre 2004.

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 solo con su propia acción lograrán recuperarlos.

CONCLUSIÓN

La lucha contra el proyecto de Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) es de fundamental importancia por 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 reconstruir 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 solo es posible, sino necesario.

Una perspectiva desde los derechos humanos y el *ius cogens*: el acceso a medicamentos

JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE*



Se sostiene que al ejecutivo le corresponde la iniciativa y la responsabilidad sobre las relaciones internacionales, y con frecuencia los funcionarios aducen esta potestad para mantener las restricciones a la injerencia de otro poder, y de la ciudadanía en la fase de negociación de los tratados de libre comercio. Pero no debemos apartarnos de que también el mismo orden jurídico establece parámetros muy claros a los representantes del Estado cuando se abordan dichos procesos, y dentro de ellos se encuentran los principios vinculantes de soberanía, de los fines del Estado social de derecho, de autonomía, coordinación y concertación entre los poderes públicos y las entidades descentralizadas, el de prevalencia del interés social y de soberanía jurisdiccional, entre otros.

Se hace un especial énfasis respecto al artículo 53, normas *ius cogens* de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. Éstas son normas imperativas frente a las cuales los Estados no pueden tomar decisiones en contrario, pues prevalecen en el orden interno, y se recogen en el artículo 93 de la Constitución Política. Asimismo, en el caso colombiano habría que ser muy cuidadoso en relación con la normatividad andina vigente ya que se trata de una norma supranacional que prevalecería frente a los mandatos derivados de un tratado de libre comercio.



**The international constitutional limits to trade deals.
THE ACCESS TO MEDICINE FROM THE PERSPECTIVE
OF HUMAN RIGHTS AND CUSTOMARY LAW**

The executive branch is said to hold the initiative and responsibility vis-à-vis international relations. And frequently, the functionaries refer to this faculty to maintain restrictions on the influence of another branch of government,

* Abogado, profesor de la Universidad Externado de Colombia.

and of the citizenry, during the negotiation phase of the free trade deals. But we mustn't ignore that the same legal order sets very clear parameters for when the state's representatives address such processes, and among them are found the binding principles of sovereignty and of the aims of a social state of law; of the autonomy, coordination and agreement among the public powers and the decentralized entities; of the predominance of social interests and jurisdictional sovereignty, among others.

Special emphasis is placed on article 53, customary law of the Vienna Convention on treaty law. These norms must be respected by the states because they have predominance inside each country, as is noted in article 93 of Colombia's political constitution. Similarly, in the case of Colombia, great care must be taken with respect to the current Andean norms, since article 53 is a supranational norm which would prevail over the mandates derived from a free trade agreement.

IUS COGENS

En la preparación de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, se discutió si existían en el derecho internacional ciertas reglas fundamentales y de tal importancia universal que un Estado no estuviera en capacidad de derogarlas por medio de un tratado, inclusive por acuerdo con otro (Hillier, 1994: 83). A partir ahí –convenciones de Viena de derecho de los tratados entre Estados (1969) y de derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales (1986)–, el derecho internacional positivo reconoce un derecho imperativo. El artículo 53 de la convención de 1969 establece que:

...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 una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por otra norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

En la práctica, se hace referencia al *ius cogens* como un conjunto de derechos reconocidos por la comunidad internacional que operan a favor de terceros y de la misma sociedad internacional y no pueden ser desconocidos o derogados por Estado o persona alguna; son por ello normas fundamentales internacionales que se constituyen en referentes de conducta, aplicación o interpretación y que imponen límites a la voluntad del Estado, que en últimas es representado por el jefe de Estado, sus agentes consulares, diplomáticos o negociadores internacionales, por lo que se constituyen en referentes de negociación para la suscripción y aprobación de tratados internacionales. El *ius cogens* es

un conjunto de normas imperativas del derecho internacional y uno de los elementos de validez de todo tratado internacional.

El *ius cogens* no es necesariamente una noción propia del derecho internacional. Sin lugar a dudas, puede pertenecer en común al orden jurídico interno y al internacional (Virally, 1997: 167), al mismo tiempo que presenta caracteres diferentes, complementarios hasta cierto grado, según se lo considere en uno u otro de estos órdenes. Un análisis del *ius cogens* en el derecho internacional debe partir del derecho internacional mismo, y, si se quiere otorgarle una consecuencia en el orden interno, habrá que estudiar las vinculaciones y aceptación del *ius cogens* en ese orden interno.

El hecho de que el *ius cogens* esté conformado por normas de derecho internacional general significa que tiene una índole de carácter universal de extrema importancia para la sociedad internacional en su conjunto.

Saber si existen las normas del *ius cogens* y determinar cuáles son implica un proceso de búsqueda y reconocimiento de las fuentes internacionales donde se encuentran, lo cual, hoy en día, es un poco más fácil por la cantidad de normas internacionales de esta naturaleza que se han venido pactando y que reconocen derechos de alto valor social y humano que no pueden derogarse por pacto posterior.

En el orden internacional, el reconocimiento de las normas de esta naturaleza que harían parte de las obligaciones del Estado pactadas a favor de terceros lleva a buscar en las convenciones, declaraciones aprobadas y costumbres internacionales, generalmente aceptadas como garantes de altos valores, como la protección del medio ambiente y de los derechos humanos, culturales, económicos y sociales; en el orden interno, sus vinculaciones básicamente se encuentran en los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, lo cual no excluye que en muchos casos estén reconocidos al mismo tiempo en tratados o convenciones internacionales.

Se vincula el *ius cogens* con nociones similares a las del derecho público, o derecho constitucional,¹ pero su fuente más clara, hoy en día, es positiva. En efecto, el proceso de positivización del derecho internacional durante los últimos 50 años es una fuente directa que permite reconocer con mayor claridad más normas imperativas de carácter internacional. Así, las convenciones y tratados sobre derechos humanos formarían un primer grupo, junto con las declaraciones unánimes sobre reconocimientos de derechos a favor de terceros, como el acceso a

¹ En este sentido puede verse la posición de Schwarzenberger, *International Ius Cogens*, en *Texas Law Review*, No. 43, 1965, citado por Michel Virally (1997: 164).

medicamentos realizado en el ámbito de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Las características esenciales del *ius cogens* son: que es imperativo, que pertenece al derecho internacional general y que tiene la vocación de anular tratados que violan sus disposiciones y, en un planteamiento más realista, se constituyen en causal de exoneración de responsabilidad internacional, ya sea para no aplicar o para no cumplir la obligación internacional que los vulnera en un caso en concreto.

Norma imperativa no es sinónimo de norma obligatoria. Todo el derecho internacional es obligatorio, pero no es imperativo; las normas obligatorias pueden ser excusadas de cumplimiento mediante el acuerdo de voluntades, no así las imperativas, como el *ius cogens*. En efecto, el derecho internacional, en general, se aplica a los Estados que lo aceptan, y puede ser derogado por ellos mismos, o que acepten que ciertas obligaciones generales no se cumplan respecto de sus relaciones bilaterales. El *ius cogens* se caracteriza justamente por lo contrario, presenta un carácter prohibitivo, pero en un sentido muy particular, ya que el alcance de esa prohibición es inhabilitar cualquier derogación de sus disposiciones en las relaciones mutuas de los Estados. Desde este ángulo, se considera además como una limitante a la soberanía de los Estados.

Esto significa que un Estado no puede liberarse de las obligaciones que le impone la comunidad internacional que reconoció la norma imperativa, ni siquiera mediante su consentimiento expreso mediante un tratado, *pues este Estado no puede renunciar por sí mismo a sus derechos y menos aún puede pactar sobre derechos reconocidos a favor de terceros*. Este derecho imperativo no puede ser desconocido por el Estado, porque su sentido involutivo se produciría a expensas de los más débiles. De esta forma, como lo indica el profesor Remiro Brotons (1997: 23), se concluye que la voluntad de los Estados no es libérrima al fijar el contenido de sus obligaciones jurídicas, donde, además, no solo impone un límite, sino que escapa a la voluntad de cada Estado en singular la calificación de una norma como imperativa.

Lo anterior nos lleva a observar que se manifiesta entonces un lazo muy estrecho entre el *ius cogens* y la facultad negociadora de los Estados, que surge cuando se acusa el poder de negociación. En el proceso de negociación de un tratado, la referencia a la norma internacional sirve de sustento para que, por las vías del derecho interno, se incorpore la noción; una vez pactado el tratado, la noción servirá para anular o no cumplir la obligación que vulnera la norma imperativa internacional.

¿Qué justifica la prohibición de pactar en contrario?

La pregunta se la hace Michel Virally (1997: 170-172) desde 1966, quien brinda dos hipótesis que es importante resaltar: una justificación es que se trata de reglas destinadas a proteger intereses que superan los intereses individuales de los Estados y, por consiguiente, de los que es normal que estos no puedan disponer en sus relaciones mutuas. En este sentido, una derogación no sería simplemente una renuncia individual de un Estado a sus propios derechos, sino que constituiría una renuncia a intereses superiores que debe respetar en toda circunstancia, pues la norma en cuestión posee un valor ético que haría moralmente inaceptable que se la descarte. Sucede así, por ejemplo, con las normas relativas al respeto de los derechos del hombre.

“La segunda hipótesis es la de una prohibición que garantice la protección del Estado en contra de sus propias debilidades o en contra de la excesiva fuerza de sus eventuales socios. En otras palabras, se trata de una protección en contra de las desigualdades en el poder de negociación (*bargaining power*)”, pues, agrega el profesor Virally, “la sociedad internacional se caracteriza por una excesiva desigualdad *de facto* entre los Estados, que amenaza con obligar a aquellos dotados de los medios más limitados a aceptar, a cambio de las ventajas que necesitan, concesiones excesivas o desproporcionadas”.

El derecho interviene para proteger a un sujeto de otro y para evitar el abuso de situaciones de poder que provocan desórdenes perjudiciales al equilibrio y la paz de la sociedad internacional. En este caso, no se limita la soberanía, sino que se la protege del abuso de poder de otro Estado. Sin el derecho, la soberanía no es más que un simple poder de hecho, cuya eficacia depende de la fuerza que se posea, que para los Estados pequeños no pasa de ser mero contenido sin posibilidades de protegerlos eficazmente.

Una tercera hipótesis, que ya mencionamos, es que, tratándose de derechos humanos, sociales, económicos y culturales, estamos frente a una categoría especial de derechos reconocidos a favor de terceros –sobre los que ningún Estado tiene poder de disposición, pues no es su titular– que, por lo tanto, tampoco son negociables.

El hecho de que el *ius cogens* conste de normas de derecho internacional general recalca su carácter universal. Existe acuerdo unánime en la doctrina para definir el derecho internacional general como el conjunto de normas aplicables a todos los Estados miembros de la sociedad internacional, por oposición a las normas aplicables solo a algunos de ellos y que constituyen el derecho internacional particular.

En cuanto a la formación e identificación de una norma imperativa internacional, la percepción general se aprecia en función de un

juicio de valor ampliamente compartido, aunque no necesariamente unánime, por los miembros de la sociedad internacional, que puede expresarse a través de procesos ordinarios de formación de normas generales, como un tratado de vocación internacional, una declaración de la Asamblea de Naciones Unidas o una declaración ministerial de la Organización Mundial de Comercio (1997: 24).

La Corte Internacional de Justicia de La Haya, en el caso Barcelona Traction, de 1970, mencionó como obligaciones *erga omnes* (para todos) del derecho internacional la proscripción del genocidio y además reconoció como de esta naturaleza los principios concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, por lo que el Estado que infringe una de esas obligaciones compromete su responsabilidad internacional, no solo frente al Estado que sufre el perjuicio directamente, sino también frente a otros miembros de la comunidad internacional; y como se trata de derechos reconocidos a favor de terceros, en el orden interno supone también reconocer una acción pública (constitucional, tal vez), es decir, el título o derecho de cualquier sujeto a interponer una acción en defensa de un interés público general, colectivo o individual.

La característica de universalidad subraya que el *ius cogens* se distingue de otras obligaciones internacionales por la importancia que adquiere para la sociedad internacional. Si el *ius cogens* está al servicio de intereses generales, comunes a toda la sociedad internacional, también debe aplicarse a toda esa sociedad.² No obstante su universalidad, puede existir y reconocerse un *ius cogens* regional, que de todas formas podrá estar subordinado al *ius cogens* mundial.

La característica de no inmutabilidad implica que puede ser modificada, pero únicamente por una regla de la misma naturaleza, con lo que se reconoce que puede evolucionar a través del derecho consuetudinario gracias a las variaciones recogidas por cada nuevo antecedente respecto de la norma ya establecida.

Efectos en la interpretación

La concurrencia de dos o más obligaciones internacionales y de otras normas internas en la regulación de derechos estatales o de las personas plantea problemas para los negociadores internacionales, los órganos de aplicación e interpretación del Estado y el orden internacional.

Hacen parte de la sociedad internacional los Estados, las comunidades étnicas y la persona humana, por lo tanto, cada una podrá reclamar los derechos imperativos que se le han reconocido.

El *ius cogens*, sea cual sea su forma de producción, prevalece sobre las demás disposiciones convencionales internacionales que no disfrutaran de esa condición, y, en el caso de que no sea posible encontrarles una interpretación compatible con aquel, las normas *imperativas* o *cogentes* de derecho internacional general actuarán como causal de nulidad (Brotóns, 1987: 326) en el ámbito internacional y como causal de no aplicación o rechazo por los órganos internos del Estado.

El *ius cogens* internacional, como el orden público, ha de apreciarse en un caso concreto, en un momento dado, por un juez determinado, internacional o local. Será inevitable en ese momento que ciertos principios abstractos choquen con la realidad a partir del momento en que se quiera sacar de ellos consecuencias concretas. El juez tendrá que enseñar y concretar.

Los derechos humanos y el *ius cogens*

La incorporación de la materia de los derechos humanos al derecho internacional mediante la Declaración de Derechos Humanos de 1948 tuvo efectos en el ámbito interno y el global, al crear obligaciones a los Estados para su respeto. Las obligaciones que asumieron son de carácter negativo, es decir, que los Estados deben abstenerse de realizar todo acto violatorio de los derechos y libertades fundamentales.

Hay un núcleo determinado dentro de los derechos humanos que indudablemente es *ius cogens*. Las normas de derechos humanos que constituyen *ius cogens* son: el derecho a la vida y la integridad física; el derecho a no ser condenado por actos que en su momento no eran delitos ni a una pena más severa; así como los conexos, como el derecho a la salud y el acceso a los medicamentos.

Se puntualiza que estos derechos humanos que señalamos son *ius cogens* por cuanto en ningún caso se puede suspender su aplicación por estado de excepción, que –de conformidad con el artículo 27(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, es un estado que amenaza la independencia y seguridad del Estado parte. El hecho de que no se puedan derogar en estados de excepción, que además estén contenidos en un tratado internacional, lleva a que los mismos hagan parte del bloque de constitucionalidad.

El *ius cogens* en la jurisprudencia interna

La Corte Constitucional (CC) se ha ocupado del concepto desde el año 1992; a través de varios fallos, ha reconocido su fuerza vinculante y los alcances dentro del ordenamiento jurídico interno. En efecto, la sentencia C-574 de octubre 28 de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón,

da inicio a esta etapa de reconocimiento, donde acepta que “Luego de la entrada en vigencia de la Carta de Naciones Unidas, son obligatorias todas las normas relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales y a la prohibición del uso de la fuerza (arts. 2-4)”.

En este fallo, la Corte (CC) recoge los argumentos expuestos en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el fallo sobre el estrecho de Corfú y en el fallo del 27 de junio de 1986 relativo al caso de las actividades militares y paramilitares emprendidas por los Estados Unidos contra Nicaragua. “En este último caso, la Corte (Internacional de Justicia) se refirió al *ius cogens* en vista de la reserva presentada por el gobierno de los Estados Unidos en relación con los tratados multilaterales. Teniendo presente esta reserva, la Corte fundó su decisión en el derecho consuetudinario y no en los convenios pertinentes”. Es decir, aceptó un derecho internacional general no escrito. Dice el tribunal internacional: “El hecho de que los principios de derecho consuetudinario estén codificados o incorporados en convenios multilaterales no significa que dejen de existir y de aplicarse como principios de derecho consuetudinario”.

La Corte (CIJ) aceptó que los actos que vulneran principios generales del derecho humanitario, entendidos como consideraciones elementales de humanidad, son un mínimo aplicable en todas las circunstancias, independientemente de las normas convencionales existentes, lo que lleva también a aceptar que en tratados de comercio no se puede poner en peligro o desmejorar esos derechos elementales.

En cuanto a la fuerza vinculante del *ius cogens*, dijo la Corte (CIJ):

...proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adhe esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.

Este razonamiento de la Corte (CIJ) debe ayudar a comprender el alcance de declaraciones como las de Doha en materia de acceso a medicamentos. En fallo de febrero 5 de 1993, M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, sobre los valores y principios internacionales en la Constitución, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

2. La Constitución de 1991, en concordancia con las nuevas exigencias de comunicación relación interestatales adoptó una serie de normas encaminadas a fortalecer la participación colombiana en el proceso de internacionalización económica, cultural y axiológica liderada por

el derecho internacional. En este sentido el constituyente no solo dedicó un capítulo específico (el número VIII) al tema de las relaciones internacionales dentro del marco de acciones propias del ejecutivo, sino que también consagró normas relativas al derecho internacional convencional, dentro de las cuales se destacan las relativas a la celebración de los tratados (arts. 150-16, 189-2), al reconocimiento general del valor del derecho internacional, al reconocimiento específico de ciertas áreas de la normatividad internacional de especial importancia normativa, por el hecho de estar vinculadas directamente con los principios del *ius cogens*, tales como el derecho internacional humanitario (art. 93) y el derecho internacional de los derechos humanos (214-2), etc.

4. Las normas constitucionales relativas a los valores y principios, así como las normas internacionales pertenecientes al llamado *ius cogens*, no son proclamações programáticas o meras aspiraciones que solo poseen valor jurídico en la medida en que sean asumidas legalmente. Tales normas deben ser respetadas en toda aplicación del derecho; ninguna decisión jurídica puede desconocerlas. De esta manera, indirectamente, ellas invaden toda la aplicación jurídica hasta sus más específicos planos.³

Este fallo indica que la Carta de 1991 contiene una serie de dispositivos amplificadores de contenido tutelar en materia de derechos humanos, en la cual el constituyente, al contemplar los mecanismos de protección, plasmó la idea de prevalencia de los valores y principios por sobre su consagración positiva, y establece, en el artículo 93, que el *ius cogens* o derecho imperativo sobre derechos humanos es criterio interpretativo esencial de la Carta de derechos, y que, además, la Carta política incorpora al derecho interno, sin necesidad de ratificación, el *ius cogens* en materia de derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte asimila el *ius cogens* al orden público internacional, “significándose con ello que, a semejanza de las disposiciones de orden público interno de un Estado que están por encima de la voluntad de los miembros del mismo, las del *ius cogens* se imponen por encima de la voluntad de los Estados”.⁴

La misma Corte reconoce en el fallo que surge una ...integración jurídica entre el derecho interno de los países, en cuya cúpula se halla la Constitución Política, y el derecho internacional, cuando está de presente su *ius cogens*, dado que este, por representar valores superiores, inalienables e inenajenables del individuo, como son los derechos humanos, se coloca por encima de la misma normación internacional que pudiera desconocerlos y al mismo *ius cogens* habrá de acomodarse la legislación interna de los países (Constitución Nacional, art. 93).

Sentencia C-027/93.

⁴ Sentencia C-027/93.

En este aspecto, la jurisprudencia ha evolucionado al punto de reconocer como parte integral del bloque de constitucionalidad las normas del *ius cogens*. En efecto, en sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se dijo que, dentro de la jerarquía normativa, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ocupan una especial preponderancia, ya que “son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son, pues, normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana”.

En relación con la comparación de normas del *ius cogens* al momento de estudiar la constitucionalidad de un tratado internacional, vale la pena mencionar la aclaración del voto de Eduardo Montealegre L., en la sentencia C-915 de 2001, donde se estudiaba la exequibilidad del “Protocolo adicional entre la República de Colombia y el Reino de España modificando el convenio de nacionalidad del veintisiete (27) de junio de mil novecientos setenta y nueve (1979)”, firmado en Santafé de Bogotá, D.C., el 14 de septiembre de 1998, y del “Canje de notas entre los dos gobiernos que corrige el título y el primer párrafo del preámbulo del protocolo”, del 27 de septiembre de 1999, así como de la Ley 638 de 2001, que aprueba ambos instrumentos.

La pregunta que nos interesa es si eran inexecutable los convenios bajo revisión, por vulnerar normas de *ius cogens*. El magistrado disidente señala que “la Corte debió examinar ese interrogante, lo cual suponía que la corporación se interrogara, en primer término, si para analizar la constitucionalidad de un tratado puede o no acudir a normas de *ius cogens* o si, por el contrario, ello escapa a la órbita de su competencia”.

De esta forma, queda claro que el *ius cogens* ha sido recogido por el derecho colombiano y que puede ser integrado al bloque de constitucionalidad para la revisión de las leyes internas y de los tratados internacionales que suscriba Colombia.⁵

Pueden verse también las siguientes sentencias de constitucionalidad: C-179/94, M. P. Carlos Gaviria D.; C- 225/95, M. P. Alejandro Martínez C.; C-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes M.; SU-195/98, M. P. Vladimiro Naranjo; C-991/00, M. P. Álvaro Tafur G.; C-915/01, M. P. Eduardo Montealegre L.; C- 578/02, M. P. Manuel José Cepeda E.; C-695/02, M. P. y C-802/02, M. P. Jaime Córdoba T., entre otras. En tutela, la T-1635/00, M. P. José Gregorio Hernández G.

COMPETENCIAS Y LÍMITES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN Y RATIFICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

En materia de negociación y ratificación de acuerdos internacionales, como el que en la actualidad está negociando Colombia, junto con Ecuador y Perú, con los Estados Unidos (Tratado de Libre Comercio entre Andinos-EE.UU.), el presidente –como director de las relaciones internacionales–, con su equipo negociador⁶ y el Congreso deben orientar sus actuaciones bajo el marco previsto en la Constitución, la ley y el ordenamiento internacional libremente aceptado. De este amplio marco legal se desprenden todo tipo de obligaciones que se mueven entre las positivas y las negativas. Por ejemplo, es deber positivo que el tratado sea equitativo, recíproco y convenga al interés nacional; es un deber negativo que no se puedan vulnerar derechos fundamentales o del *ius cogens*.

Así, en el proceso de definición, promoción y defensa de los intereses nacionales, los negociadores de acuerdos de comercio tienen además el deber de actuar según las competencias internas fijadas en primer lugar por la Constitución y en segundo lugar por unos parámetros derivados de compromisos, derechos y deberes emanados de acuerdos internacionales.

En el caso del derecho a la vida y su conexo a la salud, por tratarse de un derecho de rango superior, un tratado internacional debe tener en cuenta que sus obligaciones no lo vulneren o pongan en peligro y mucho menos que impliquen un retroceso en el nivel de bienestar de los mismos o inclusive de los derechos sociales, por lo tanto, todas aquellas obligaciones que tengan que ver con la salud pública y que pudieran limitar el acceso a los medicamentos deben ser estudiadas con cuidado, pues este acceso también ha sido reconocido como un derecho derivado de la vida en la Carta constitucional y en los acuerdos sobre derechos humanos, derechos económicos y sociales.

Desde ahora se podría afirmar que toda obligación internacional que limite, ponga en peligro o agrave el derecho al acceso a medicamentos sería ilegal desde el punto de vista interno, porque vulnera la Constitución, pero también desde el internacional, porque vulnera normas *ius cogens*. Lo anterior se explica porque los tratados de comercio contienen obligaciones que pueden ser derogadas por mutuo acuerdo sin que nada suceda en el orden internacional, no así las que contienen derechos superiores, como el de la vida, que no admite pacto en contrario. Aceptar que una norma comercial prima sobre el derecho a la vida resquebrajaría todo el sistema de valores reconocido por la sociedad internacional.

⁶ Creado mediante el Decreto 2314/04.

Competencias constitucionales del presidente como director de las relaciones internacionales

El presidente de la República es el encargado de celebrar tratados internacionales, pues tiene capacidad internacional para obligar al Estado, pero *ad referendum*, es decir, sujeto a ciertas formalidades. Lo anterior significa que el Estado colombiano, entendido como las ramas del poder público, es el que se relaciona internacionalmente y que esa relación está sujeta a las normas constitucionales, donde participan, además del presidente, el Congreso y la Corte Constitucional. La Constitución impone unos límites a las competencias de cada rama del poder público, pero también a la materia que se puede pactar y aprobar.

Es así como el consentimiento del presidente para ligar al Estado colombiano en un acuerdo internacional es *ad referendum*, por lo tanto, no puede obligar al Estado inmediatamente a lo pactado en el mismo, sino que debe contar con la aprobación del Congreso y el estudio de lo pactado por la Corte Constitucional. Adicionalmente, este consentimiento internacional no podrá darse más allá de lo que la Constitución le autoriza, ni contra las normas imperativas internacionales, hagan parte o no del bloque de constitucionalidad. En este sentido, ha dicho la Corte:

Así, corresponde al presidente de la República, como director de las relaciones internacionales, tomar la iniciativa en la celebración de tratados, su negociación de manera directa o a través de sus delegados, y suscribirlos *ad referendum*, ya que debe someterlos a la aprobación del Congreso (CP, art. 150, num. 16). Por su parte, este cuerpo representativo debe aprobar o improbar esos proyectos de tratado, que pasan entonces a la revisión automática, previa e integral de la Corte Constitucional, quien debe decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de tratados y de las leyes que los aprueban.⁷

Una vez aprobado el tratado, pasará a ser ley de la República y le corresponderá a la Corte Constitucional hacer el estudio de constitucionalidad tanto de la ley como del contenido material del mismo tratado, que no puede ser contrario a la Constitución ni a las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En cuanto a la ratificación o a la adhesión, su régimen jurídico se inspira en un principio fundamental: la autoridad competente se determina por el derecho público interno del Estado interesado. La práctica internacional contemporánea es muy clara a este respecto, y los propios tratados multilaterales, con leves diferencias de forma, afirman el principio de que la ratificación se realizará de acuerdo con los procedimientos constitucionales vigentes en cada uno de los Estados signatarios.⁸

Sobre este trámite, véase, entre otras, la sentencia C-563/92.

Corte Constitucional, sentencia C-276/93, M. P. Vladimiro Naranjo M.

Hasta este punto, es evidente que existe una competencia compartida del Ejecutivo y el Legislativo; sin embargo, las funciones de uno y otro son independientes y claramente diferenciables. “Ni el Congreso puede asumir funciones de negociador desplazando al poder Ejecutivo del papel que le atribuye la Constitución y la teoría política, ni el gobierno arrogarse la facultad de decidir si aprueba o rechaza un pacto que él mismo ha celebrado”.⁹ Lo anterior no obsta para que el Congreso le señale pautas y objetivos de negociación, pues la facultad es residual, por tratarse de asuntos que comprometen la soberanía del Estado, como mandatarios de quien es depositario de la soberanía.

En este orden de ideas, se entiende que el presidente tiene la facultad para celebrar los tratados internacionales –guiado siempre por los lineamientos constitucionales definidos por la igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional–, y también límites –que impone el respeto de los derechos fundamentales definidos en la Carta–, entre otros, “para la etapa preliminar de adopción, firma del texto y confirmación presidencial y para la etapa final de ratificación seguida del depósito o canje de ratificaciones y de la promulgación de la ley aprobatoria y del tratado en el derecho interno” (Cavelier, 2000).

El perfeccionamiento de cualquier tratado o convenio internacional está sometido a una condición suspensiva que supone, en una primera instancia, la aprobación o improbación del Congreso y, en una segunda instancia, el control de constitucionalidad que debe hacer la Corte Constitucional. Solo en el evento en que el tratado sea aprobado por el Legislativo y pase el control de la Corte, el presidente podrá ratificarlo.

Competencia del Congreso en materia de tratados internacionales

Por mandato constitucional, una de las funciones que ejerce el Congreso de la República es la de “aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional”.¹⁰ Al respecto, la Corte ha dicho lo siguiente:

...el Congreso debe aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional, con fundamento en las cuales el Estado debe promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y sociales

Ponencia para la Asamblea Nacional Constituyente sobre la función legislativa, elaborada por los constituyentes: Álvaro Echeverri, Antonio Galán S., Arturo Mejía B., Luis Guillermo Nieto R., Rosemberg Pabón P., Alfonso Palacios R., Hernando Yepes A.

¹⁰ Constitución Política, art. 150, num. 16.

sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, así como la integración económica, social y política con las demás naciones.¹¹

Adicionalmente, el Congreso podrá estudiar si las obligaciones adquiridas en el tratado internacional son compatibles con las demás disposiciones de la Carta y, en ese sentido, podrá improbar algunas de sus cláusulas y realizar reservas o declaraciones interpretativas sobre las mismas. En el ejercicio de su función de aprobar o improbar el tratado, el Congreso puede presentar reservas y declaraciones a ciertas cláusulas contenidas en los textos, lo que supedita la aplicación de aquellas obligaciones sobre las que se hizo las reservas y el canje de ratificaciones del presidente. Las reservas pueden darse por motivos constitucionales o de conveniencia nacional, a elección del Congreso.

Al respecto, dentro de los planteamientos de la doctrina internacional, han surgido varias posiciones, unas asimilando las nociones de reservas y declaraciones y otras diferenciándolas. La Corte, en sentencia C-176 de 1994, lo expresó así: “que para el derecho constitucional colombiano y para determinar las facultades del Congreso al aprobar los tratados es más adecuada la tesis que confiere una naturaleza jurídica similar a las reservas y a las declaraciones”.

Esto es así en razón de que la Convención de Viena de 1969, aprobada por Colombia por la Ley 32 de 1985, define una reserva como la “declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (énfasis de la Corte).¹² En este orden de ideas, afirma la Corte:

...es obvio que una declaración, en la medida en que precisa cual es el sentido de una disposición según el Estado colombiano, tiene como objeto señalar que Colombia no se obliga a respetar esas cláusulas si se les atribuye otro sentido; por eso la declaración potencialmente modifica los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, por lo cual es asimilable a una reserva, conforme a la definición de la Convención de Viena. La diferencia es entonces de grado: en la reserva propiamente dicha o de exclusión de cláusulas, Colombia explícitamente señala que ciertas disposiciones no le son aplicables; en la declaración o reserva interpretativa, Colombia indica que se obliga a respetar el tratado o ciertos artículos solo si son interpretados de determinada

¹¹ Sentencia C-246/99, M. P. Antonio Barrera C. y José Gregorio Hernández G., que revisó la Ley 463 del 4 de agosto de 1998, por medio de la cual se aprueba el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984, y el reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes.

¹² Sentencia C-176/94, art. 2, lit. d.

manera, que es la que Colombia considera correcta. Pero la Corte considera que desde el punto de vista del derecho constitucional colombiano ambas caben dentro de la denominación genérica de reservas prevista por el ordinal 10 del artículo 241 de la Constitución y por el artículo 217 del reglamento del Congreso, puesto que son declaraciones que condicionan la aceptación del tratado por nuestro país y delimitan así el compromiso del Estado colombiano (énfasis agregado).

En relación con la competencia del Congreso para introducir reservas, la Corte Constitucional, en la mencionada sentencia, sentó la siguiente regla:

La Corte Constitucional considera que también el Congreso puede hacer declaraciones interpretativas al aprobar un tratado, puesto que es obvio que si puede excluir ciertas disposiciones (reserva propiamente dicha) puede también aceptar ciertas cláusulas pero condicionadas a una determinada interpretación (declaraciones o reservas interpretativas). Sin embargo, la Corte precisa que el Congreso puede ejercer esa facultad siempre y cuando esas declaraciones no equivalgan a una verdadera modificación del texto del tratado, puesto que en tal evento el Legislativo estaría invadiendo la órbita de acción del Ejecutivo. El Congreso puede efectuar reservas y declaraciones tanto por motivos de conveniencia como de constitucionalidad (énfasis agregado).

En materia de protección del derecho a la vida y al acceso a medicamentos, el Congreso puede recurrir a las dos figuras: puede improbar aquellas obligaciones o cláusulas del capítulo de propiedad intelectual que afecten el acceso a medicamentos o incluir reservas sobre las obligaciones que pacte el gobierno, en particular sobre *linkage*, patentes y datos de prueba, en el sentido de que se apliquen o interpreten conforme a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, e inclusive en otros tratados, sobre derechos humanos. Acerca de la reserva así efectuada, el presidente tendrá que hacer la ratificación, si es que desea comprometer al Estado. Si la consecuencia es que debe renegociar el tratado, pues así debe ser, pero lo que no puede permitirse es que, so pretexto de aprobar un tratado comercial, se vulneren derechos fundamentales y normas imperativas del derecho internacional *ius cogens*.

Por último, es importante hacer una distinción, como ha hecho la Corte, respecto de las competencias del presidente y el Congreso en materia de reservas. En el ámbito internacional, sólo el presidente de la República puede formular reservas a los tratados, precisamente en cumplimiento de su función constitucional de director de las relaciones internacionales o como consecuencia de las declaradas por el Congreso al ratificar el tratado. En efecto, en el ámbito interno, bien puede el Congreso introducir reservas¹³ relativas a la aplicación de los tratados sus-

¹³ Entendidas como la no aprobación de alguna o algunas de las cláusulas de un tratado.

critos por el Ejecutivo, las cuales quedarán plasmadas en la ley y serán de obligatorio cumplimiento para el gobierno,¹⁴ quien no podrá otorgar el consentimiento del Estado sin incluirlas.

LÍMITES EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA Y DERECHO AL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS FRENTE A LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES

En materia de negociaciones comerciales y, en particular, en el marco del Tratado de Libre Comercio (TLC) a punto de concluirse con los Estados Unidos, los límites y competencias del presidente adquieren mayor relevancia cuando se vislumbra que efectivamente algunas disposiciones del tratado pueden afectar derechos imperativos reconocidos internacionalmente y, al mismo tiempo, derechos fundamentales de naturaleza constitucional, dentro de los que se encuentra el que se tiene a la vida y, como extensión de este, a la salud, y su correlativo, el derecho al acceso a medicamentos.

Adicional a las amenazas en materia de salud pública existentes, de aceptar las propuestas de los Estados Unidos en el tema de propiedad intelectual, es indudable que en la actualidad Colombia enfrenta un grave problema en materia de acceso a medicamentos, que podría verse agravado con un TLC ajeno a los intereses de la población, el bienestar y las necesidades sociales existentes.

Partiendo de que una mala negociación del capítulo de propiedad intelectual dentro del TLC podría elevar los precios de los medicamentos y que esto tiene serias implicaciones en el acceso a ellos y a la salud de los colombianos, que gastan más del 50% de sus ingresos en productos farmacéuticos, se puede afirmar que el derecho a la vida, en conexión con el de la salud, se verá gravemente afectado. Pactar normas internacionales que tengan como efecto limitar el acceso a medicamentos, sea por un alza en los precios o por el mantenimiento de precios de monopolio de unos pocos, violaría a todos los colombianos ese derecho y pondría en riesgo su derecho a la vida y la salud.

El acceso a los medicamentos no es un derecho patrimonial susceptible de ser negociado, es un derecho fundamental derivado del derecho a la vida en el orden nacional e internacional, por lo que las normas internas o internacionales que lo limiten o desconozcan serían nulas en el campo internacional o inconstitucionales en el interno, lo que debería implicar, por parte de la Corte Constitucional, una declaratoria de inexecutable del tratado.

El derecho al acceso a los medicamentos en el ordenamiento interno

Cualquier negociación internacional debe tener en cuenta los límites previstos en la Carta Política, más aún si se trata de derechos fundamentales. La Constitución de 1991 consagra en su capítulo de derechos fundamentales (art. 11, cap. 1) el derecho a la vida, calificándolo como inviolable. Como tal, este derecho es susceptible de ser tutelado para hacerlo efectivo. Se trata de un derecho de aplicación inmediata que no requiere de regulación alguna para hacerlo efectivo.

Por su parte, el derecho a la salud se encuentra clasificado en la Carta Política en el capítulo de derechos económicos, sociales y culturales. En el artículo 44 se consagra el derecho de los niños a la salud. Adicionalmente, dice el artículo 49, “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de *promoción, protección y recuperación de la salud*” (énfasis agregado).

Así, la Constitución establece en varios apartes la obligación general del Estado colombiano de garantizar la vida, el acceso a la protección y recuperación de la salud, derechos que están ligados entre sí, como se verá más adelante. Lo anterior, siguiendo un pensamiento lógico, implica la garantía del acceso a los medios para mantener un bienestar físico o mejorar las condiciones de existencia, es decir, el derecho a la vida, donde se incluye un elemento intrínseco al mantenimiento de un buen estado de la salud, el cual se logra, entre otros medios, con el acceso a los medicamentos. Una valoración que debe hacer el gobierno es cuántas vidas se perdieron en el país por falta de acceso a los medicamentos.

La obligación del Estado también aparece clara como *ius cogens*, pues, por esta naturaleza de la obligación, tal derecho a los medicamentos caería en el bloque de constitucionalidad.

Como se puede apreciar, la Carta Política no le atribuyó a tal derecho un carácter fundamental, sino que lo consagró como un derecho social cuya titularidad se ejerce de una forma muy distinta a los derechos fundamentales, pero que, en otros casos, sí es susceptible de ser reclamado como derecho fundamental, por la vía de la tutela, pues haría parte del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales.

Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan por su falta de aplicación inmediata, debido a que necesitan normas que los regulen para ser efectivos. Se trata de derechos que no son susceptibles de hacerse efectivos por medio de la acción de tutela, reservada para los derechos fundamentales, en especial debido a la carga prestacional que implica para el Estado hacer posible su realización. En

¹⁴ Sentencia C-227/93.

el caso del derecho en cuestión, el punto de partida para su realización consiste en

...el sistema que organice el Estado para responder a la demanda de servicios de la comunidad. Por esta razón, la doctrina le asigna el carácter de derecho prestacional, lo cual significa que requiere de un desarrollo político, legislativo, económico y técnico para garantizar su expansión y cobertura. La prestación que involucra el derecho a la salud es de carácter programático porque requiere de un proceso en el que se diseñan y planifican las instituciones y el sistema que lo hace posible. Ello exige tiempo y la apropiación de recursos (...) Su realización, en este sentido, es progresiva (Parra, 2003: 39-40).

Sin embargo, en ciertas situaciones especiales, este derecho prestacional se transforma en derecho subjetivo, por lo cual la Corte Constitucional estableció ciertos supuestos bajo los cuales el derecho a la salud se considera como derecho fundamental. En efecto, en múltiples pronunciamientos, esta corporación le atribuye el carácter fundamental al derecho a la salud por su evidente conexidad con el derecho a la vida, y ha establecido las condiciones bajo las cuales la acción de tutela procede para su protección. Para la Corte, los derechos fundamentales por conexidad

...son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esa calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría una amenaza o vulneración de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.¹⁵

Así, muchas personas han hecho efectivo su derecho a la salud y, a través del mismo, el derecho al acceso a medicamentos a través de acciones de tutela por medio de las cuales se le exige al Estado la protección del derecho a la vida. Esta protección individual, entonces, puede extenderse a la sociedad en general, al momento de aprobar un tratado de libre comercio que ponga en peligro el acceso a los medicamentos, y será responsabilidad del negociador (presidente), el Congreso y la Corte Constitucional asegurarse de que esto no pase.

Para el derecho individual a la salud, "la procedencia de la tutela en estos casos depende de que la omisión del demandado vulnere efectivamente o ponga en peligro no solamente la salud del peticionario, pues no es este un derecho fundamental en sí mismo considerado, sino su vida o su integridad física".¹⁶ El hecho de que una persona no pueda

¹⁵ Sentencia T-491/92.

¹⁶ Sentencia T-282/99, M. P. Eduardo Cifuentes M.

acceder a los medicamentos hace que se ponga en peligro su integridad física, la que se ve disminuida por no contar con los tratamientos adecuados o suficientes de parte del Estado. En palabras de la Corte: "cuando la ausencia de la droga altera condiciones de existencia digna", donde la protección constitucional del derecho fundamental a la vida se traduce en proporcionar condiciones mínimas de existencia, no significa entonces "la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales".¹⁷

La conexidad entre el derecho a la vida y el derecho a la salud ha tenido desarrollo jurisprudencial con base en lo que la corporación ha llamado el suministro de medicamentos o, en otras palabras, el acceso a los medicamentos, según la doctrina internacional. Este tema ha sido objeto de estudio por parte de la Corte en casos en los cuales el paciente requiere de una medicina que no se encuentra incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS). Dice la jurisprudencia que las normas del POS no se aplican cuando

...la falta del medicamento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no solo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de la droga altera condiciones de existencia digna. En efecto, la protección constitucional del derecho fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales.¹⁸

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha dispuesto que en aquellos eventos en los cuales la salud y la vida de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas, a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., bajo pretextos puramente económicos, aún contemplados en normas legales o reglamentarias, el juez de tutela deberá amparar los mencionados derechos teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos constitucionales superiores.¹⁹

Todo lo anterior justifica el fallo en favor del paciente demandante y obliga a la entidad correspondiente a hacer el respectivo desembolso para el suministro medicinal. Por este medio, medicamentos que

¹⁷ Sentencia T-1027/00, M. P. Alejandro Martínez C.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Sentencia T-113/02, M. P. Jaime Araújo R.

por su precio se encuentran fuera de las posibilidades económicas de muchos enfermos han logrado estar al alcance de cientos de pacientes que padecen, por ejemplo, el virus del VIH, y les han permitido beneficiarse de un tratamiento a la enfermedad del sida acorde con el respeto de la dignidad humana y el derecho a la vida.

De igual forma, la Corte Constitucional ha obligado a varias entidades promotoras de salud (EPS) a suministrar medicamentos excluidos del POS, siempre y cuando en el listado del plan obligatorio no exista un reemplazo que ofrezca similar idoneidad y efectividad.²⁰ Así, la corporación ha decretado el suministro de medicamentos como vía exclusiva para hacer efectivo el derecho a la salud y así prevenir la vulneración o amenaza del derecho a la vida.

De esta manera, del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se infiere que no solamente la salud es un derecho fundamental por su estrecha relación con el derecho a la vida, sino que, además, el acceso a los medicamentos es una de las formas más importantes mediante las cuales es posible proteger este derecho fundamental por conexidad. El acceso a los medicamentos se convierte en un derecho derivado del derecho a la salud, igualmente fundamental. Sin la realización del primero, la existencia del segundo no tiene sentido. Poco importa que el enfermo tenga derecho a la salud si no tiene los medios para protegerla.

Lo anterior, adicionalmente, tiene importantes repercusiones a la hora de celebrar tratados internacionales, pues si dentro de los límites de negociación del presidente se encuentran los constitucionales, sobre los cuales no se puede pactar en contrario, es de concluir que el capítulo de propiedad intelectual de un tratado de comercio no puede afectar o poner en peligro los derechos fundamentales o los derechos sociales reconocidos en la Constitución relacionados con el acceso a medicamentos, pues el Congreso podrá improbar tal obligación por motivos de constitucionalidad o inclusive, si lo considera, por motivos de conveniencia. De la misma forma, la Corte Constitucional podrá declarar inexequibles dichas obligaciones internacionales.

El derecho al acceso a los medicamentos en el orden internacional: *ius cogens* positivo

La aparición del *ius cogens* depende de un nivel de desarrollo histórico de la sociedad internacional que le confiere cohesión, unidad y homogeneidad suficientes para que se lleve a cabo un acuerdo general entre todos los miembros acerca de algunas concepciones éticas comu-

nes y para que la conciencia acerca de los intereses comunes se vuelva lo bastante fuerte para ser apremiante (Virally, 1997: 181). La aparición del *ius cogens* en el ámbito del derecho a la vida tiene un largo recorrido desde el reconocimiento de los derechos humanos.

El derecho internacional general ha previsto límites a la facultad de celebración de tratados entre los Estados cuando tocan derechos humanos. Estos límites están marcados por el respeto a normas internacionales generales de derechos humanos que son de carácter imperativo, sobre las cuales los países no pueden disponer libremente ni se admite pacto en contrario; en nuestro caso, los Estados no pueden por medio de tratados comerciales derogar o disponer de un derecho reconocido a favor de terceros por una norma internacional de carácter imperativo general. En el caso de conflicto de dos normas internacionales, en el proceso de interpretación o aplicación de las mismas, tampoco se podrá sobreponer normas de carácter particular económico a las fundamentales imperativas generales.

El derecho a la salud y a la vida representa la protección de un valor absoluto y fundamental que, además, está al servicio de intereses generales y particulares, comunes a la sociedad internacional, que debe ser igualmente aplicado a toda la sociedad internacional y por toda la sociedad internacional, incluidos los Estados individualmente considerados. Se trata, entonces, de una sociedad internacional en la cual los Estados no son absolutamente libres de actuar o de negarse a hacerlo conforme esas normas imperativas generales. En el caso de la protección de la vida y la salud a través del acceso a medicamentos, no pueden negarse a protegerlos o actuar de manera contraria a su protección, es decir, limitando o poniendo en peligro los derechos a través de pactos internacionales comerciales o normas internas.

La aparición del *ius cogens* en el ámbito del acceso a los medicamentos tiene múltiples expresiones y reconocimiento en varias normas generales de derecho internacional que consagran y reconocen el derecho a la vida y a la salud; por ejemplo, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (énfasis agregado).

En efecto, la sociedad internacional ha sido reiterativa en su afán de otorgarle protección a este derecho imperativo. Así, la OMS, de la cual los Estados Unidos y Colombia forman parte, estipula en su artículo 1 lo siguiente: “La finalidad de la Organización Mundial de la Salud (...) será alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud”. Y para los países en vías de desarrollo no será posible alcanzar

²⁰ Sentencia T-202/03.

ese fin, si se limita el acceso a medicamentos por medio de tratados comerciales donde se fortalecen los derechos de propiedad intelectual de particulares en relación con ellos.

La comunidad internacional en general, a través de diversos instrumentos previstos en el ámbito de la OMS y los tratados y las declaraciones de derechos humanos, entre otros, acepta que la salud es el mejor instrumento para el desarrollo y, más aún, la mejor plataforma para la paz. La protección y promoción de la salud del pueblo es indispensable para un desarrollo económico y social duradero y contribuye a mejorar la calidad de vida y alcanzar la paz mundial. Es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, dice la OMS.

Debido a la importancia que revisten para la sociedad internacional la vida, la salud y, de contera, el derecho al acceso a los medicamentos, las ha privilegiado elevándolas a normas internacionales imperativas de carácter general. De esta manera, las normas que protegen la salud, la vida de las personas y otorgan el derecho de acceso a los medicamentos son normas internacionales de carácter general que no pueden ser desconocidas, y de cuyos derechos no se puede disponer por ser *ius cogens*, expresión de un interés común universalmente aceptado, al punto que la evolución ha llevado a que en los acuerdos de comercio ya ha sido reconocido, como se verá más adelante.²¹

El acceso a los medicamentos es reconocido a favor de terceros. Al respecto, un estudio de la Universidad de Minnesota sobre la aplicación del artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, dice:

...si bien solo los Estados son partes en el pacto y, por consiguiente, son los que, en definitiva, tienen la obligación de rendir cuentas por el cumplimiento de este, *todos los integrantes de la sociedad* –particulares (...), las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el *sector de la empresa privada* tienen responsabilidades en cuanto a la realización del derecho a la salud (énfasis agregado).²²

La consecuencia de la violación de una de estas normas imperativas en la suscripción de un acuerdo internacional es su nulidad o la inaplicación de la cláusula del acuerdo que pretende violarla.

Es preciso tener en cuenta que el derecho al acceso a medicamentos requiere de otros derechos para que su titular pueda hacerlo

efectivo; esto es algo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales confirma. En su preámbulo, el convenio declara que reconoce que “con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Por ello, se configura como obligación no hacer frente a tratados de libre comercio que impliquen una desmejora de las condiciones de acceso a medicamentos.

El artículo 12 del Pacto, al referirse a un reconocimiento del derecho de todas las personas en términos de “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, se obliga a los Estados a crear las condiciones para que ello suceda. En el caso práctico, estas no pueden ser solo de mayor destinación de recursos de los presupuestos nacionales, sino también condiciones legislativas sobre los derechos privados derivados de la propiedad intelectual y que afectan el acceso a los medicamentos. En efecto, el pacto deja claro que una de las formas de hacer efectivo este derecho es obligando a los Estados parte (entre ellos Colombia y Estados Unidos) a “adoptar medidas para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (énfasis agregado)” (art. 12, lit. c), de donde se deriva la obligación de no disminuir las condiciones de acceso a medicamentos de la población y, por el contrario, de promover este acceso.

El protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) se refiere también al reconocimiento del derecho a la salud y además impone a los Estados parte (entre ellos Colombia y Estados Unidos) el compromiso de reconocer la salud como un bien público y adoptar medidas específicas con el fin de hacerlo efectivo. Entre las que nos interesan se encuentran las de garantizar la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; igualmente, impone el deber de estos Estados de prevenir y tratar las enfermedades endémicas, profesionales, etc. (art. 10, num. 1 y 2, lit. a y d).

Adicionalmente, la observación general 14 de 2000 realizada por las Naciones Unidas sobre la aplicación del ya mencionado artículo 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace una clara y expresa referencia al acceso a los medicamentos como “elemento esencial” del derecho a la salud. Dicho elemento

²¹ Véanse los artículos 7 y 8 del ADPIC y la Declaración de Doha, en el ámbito de la OMC.

²² Véase, University of Minnesota, Human Rights Library.

abarca la accesibilidad en términos de no discriminación, accesibilidad física y *accesibilidad económica*. Esta consiste en que los establecimientos, *bienes* y servicios de salud deben estar al alcance de todos, lo cual conlleva la aplicación del principio de equidad. Este principio exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga adicional desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.²³

El estudio establece también las obligaciones básicas a cargo de los Estados parte para asegurar su obligación fundamental de garantizar como mínimo la atención básica de la salud, entre ellas, “el derecho de acceso a los centros, *bienes* y servicios de salud sobre una base no discriminatoria” y la de “*facilitar medicamentos esenciales*”. Inclusive, según la observación, es obligación de los Estados partes “abstenerse en todo momento de imponer embargos o medidas análogas que restrinjan el suministro a otro Estado de medicamentos” (énfasis agregados). Con esto las Naciones Unidas no solamente evidencian que el acceso a los medicamentos es parte intrínseca de la realización del derecho a la salud, sino que le otorgan una protección especial al acceso imponiéndole límites a las actuaciones de los Estados partes en el manejo del suministro o sanciones internacionales, como las que se impusieron a Irak desde el año 1991, que no incluyeron la limitación de acceso a medicamentos.

En consecuencia, todos estos instrumentos internacionales dejan claro el siguiente planteamiento: no sirve de nada tener derecho a un grado máximo de goce de bienestar físico y mental si no se tienen los medios para alcanzarlo o si, por alguna circunstancia, se limita el derecho por la vía de la imposición de obligaciones internacionales en tratados comerciales. Y esto se refiere específicamente al derecho de cada persona al acceso a los medicamentos. La comunidad internacional no ha pasado desapercibida frente a este tema.

Desde el punto de vista de los tratados de comercio, y para seguir afianzando la idea de que la salud y la vida son derechos imperativos fundamentales internacionales, también se ha reconocido estos valores en varias disposiciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y la Declaración de Doha en materia de salud pública. Aunque el ADPIC impone a los países miembros la obligación de conceder patentes para productos farmacéuticos o

²³ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (art. 12), 22 período de sesiones, 2000, Naciones Unidas, doc E/C 12/2000/4.

invenciones de procedimientos por un período de duración mínimo de 20 años, el acuerdo hace una salvedad, que se puede aplicar a los países en vía de desarrollo (como Colombia), para quienes estas normas no son necesariamente las adecuadas para conseguir los beneficios sociales que pretende el acuerdo, y permite recurrir a políticas que limiten los derechos económicos particulares derivados de la propiedad intelectual para alcanzar políticas que tiendan a proteger derechos generales, como los de la salud o la alimentación. Al respecto, el artículo 7 del ADPIC señala que debe existir un equilibrio entre los productores de la tecnología y los usuarios, y en su artículo 8, sobre principios, se afirma lo siguiente:

1. Los miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, *podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población*, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.
2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, *para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología* (énfasis agregado).

La Declaración de Doha, realizada por los ministros de Comercio de los Estados miembros de la OMC, el 20 de noviembre de 2001, reafirma estos objetivos y principios, dejando claro que los países pueden quebrar una patente cuando se deba proteger la salud pública, es decir, cuando sea necesario mejorar el acceso a los medicamentos. Allí, los ministros recalcan la importancia de que el acuerdo sobre los ADPIC se aplique e interprete de manera que apoye la salud pública, promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la creación de nuevos medicamentos. Esta declaración resulta de gran importancia, pues reafirma el carácter de *ius cogens*, al subordinar la aplicación del acuerdo sobre los ADPIC a la salud pública, especialmente en lo que concierne al derecho al acceso a los medicamentos, y se constituye en un referente obligado a la hora de firmar tratados de libre comercio entre sus miembros.

Adicionalmente, el estudio realizado por la OMS sobre las implicaciones del ADPIC con respecto al acceso a los medicamentos señala la importancia para los dispensadores y gestores en materia de atención sanitaria de los intereses de la salud pública en la aplicación de dicho acuerdo (Velásquez y otros, 2001: 5).

El estudio resalta también el importante papel social que juegan los medicamentos, “en la medida en que son parte integral del logro

de un derecho humano fundamental, el derecho a la salud. De ahí que se clasifiquen como bienes esenciales, *para subrayar que deben ser accesibles para todas las personas*” (énfasis agregado) (Velásquez y otros, 2001: 20). Por eso también el ADPIC consagra ciertas excepciones de patentabilidad, fundadas en el orden público o la moralidad, especialmente en lo que se refiere a la protección de la vida humana.

Las normas comerciales no pueden ser desligadas del *ius cogens*, pero, ya referido al campo de los convenios en salud, la OMS impone a sus Estados miembros la obligación de promoverla (Constitución de la OMS, art. 2, lit. I). Con respecto a esta obligación, vale la pena hacer referencia a lo que la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud dice: “La promoción de la salud consiste en *proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar la salud y ejercer un mayor control sobre la misma*” (énfasis agregado). Es evidente que entre los medios necesarios para mejorar la salud se encuentra el acceso a los medicamentos. La OMS también menciona las obligaciones para los Estados de proporcionar la ayuda técnica adecuada (art. 2, lit. d) y la obligación de adelantar labores destinadas a suprimir ciertas enfermedades (art. 2, lit. g). Así, analizando en conjunto las disposiciones de dicho convenio, se infiere que es del espíritu de la OMS el garantizar a la población del mundo el acceso a todo aquello que le permita gozar del máximo grado de salud. La promoción de la salud y la supresión de ciertas enfermedades resultan imposibles si la humanidad no tiene a su alcance aquello que le permita curarse en caso de enfermedades, es decir, los medicamentos.

De todo lo anterior se deduce que existe una conciencia internacional clara en que el derecho al acceso a los medicamentos es un valor universal fundamental en la comunidad de Estados. Tan es así, que se supeditan los efectos de un acuerdo internacional, como lo es aquel sobre los ADPIC, al buen estado de la salud pública y la vida, en especial en lo que tiene que ver con el acceso a los medicamentos. Se trata de un derecho que está en íntima conexión con la salud pública y la vida de todos los miembros de la sociedad internacional, así como con otro, ya internacionalmente reconocido en una norma imperativa, el derecho a la salud. Resulta imposible desligar tales derechos en la medida en que el acceso en mención es uno de los medios indispensables para que las personas puedan gozar del derecho a la salud y, de paso, de su derecho a la vida.

En consecuencia, dada la conexidad entre el derecho a la salud y el derecho de todas las personas de acceder a los medicamentos, y partiendo de la base de que el derecho a la salud es *ius cogens*, el derecho al acceso a los medicamentos es así mismo una norma imperativa

de derecho internacional, que, en el caso colombiano, además hace parte del bloque de constitucionalidad. Este último se presenta ante la comunidad internacional como un valor de interés general. La humanidad entera es titular de este derecho para hacer efectivo el de la salud, que, a su vez, permite la realización del derecho a la vida. Lo anterior quiere decir que ningún país puede celebrar un tratado o un acuerdo internacional que vaya en contravía del derecho al acceso a los medicamentos. De hacerlo, la norma que pretenda violarlo sería nula o inaplicable, como se explicó anteriormente.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que algunos de los instrumentos internacionales que aquí se han mencionado, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo de San Salvador, tienen por objeto el reconocimiento de derechos humanos y, por lo tanto, estos hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad. En materia de derechos humanos y acceso a medicamentos, dicho bloque tiene su fuente en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991 y ha sido definido por la jurisprudencia en estas palabras: se trata de un conjunto de

...normas y principios que, sin aparecer en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normalmente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas a nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional.²⁴

El bloque de constitucionalidad le otorga una prevalencia en el orden interno a los tratados “que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción”. Así, estos tratados, en los cuales se encuentra consagrado el derecho a la salud y por conexidad el derecho al acceso a los medicamentos, tendrían un rango supraconstitucional. Esto quiere decir que, considerando la naturaleza de los tratados recién mencionados, en los cuales tanto Colombia como los Estados Unidos son parte, celebrar un pacto entre estas dos naciones en contravención del derecho al acceso a los medicamentos implicaría la declaración de inexecutable del tratado por parte de la Corte Constitucional y su consecuente inaplicación en Colombia.

En resumen, bien sea por la vía del *ius cogens* o por la vía convencional, el derecho al acceso a los medicamentos está revestido de un carácter trascendental, pues consiste en un medio fundamental para la efectividad del derecho humano a la salud. Para Colombia, ratificar un

²⁴ Sentencia C-225/95, M. P. Alejandro Martínez C.

tratado en el cual se establezcan estipulaciones que pretendan violar tal derecho representa o bien la violación de una norma imperativa de orden internacional o bien la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional por violación de los tratados sobre derechos humanos.

De esta forma, tanto en el ámbito internacional como en el orden interno, el derecho al acceso a los medicamentos goza de una trascendental importancia debido a la conexidad que guarda con el derecho a la salud, el cual a su vez se encuentra en íntima relación con el derecho a la vida.

En el orden internacional, el acceso a los medicamentos hace parte de los valores universales que la sociedad internacional tiene interés en hacer prevalecer, debido a la necesidad que tiene la humanidad entera de tal acceso para hacer de la salud un derecho efectivo. Adicionalmente, los tratados internacionales ratificados por Colombia la obligan a respetar y garantizar el derecho humano a la salud, lo cual es imposible si no se respeta el derecho de las personas al acceso a los medicamentos. Así, pactar en contra del derecho al acceso a los medicamentos en el marco del TLC significaría no solamente ir en contra de una norma de *ius cogens*, sino incumplir una obligación internacional derivada de otros tratados, cual es la garantía del derecho a la salud, que abarca el derecho al acceso a los medicamentos.

En el ámbito interno, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en reafirmar el carácter fundamental del derecho a la salud, debido a su conexidad con el derecho a la vida. Además, la Corte ha sido clara en que la protección del derecho a la salud implica la protección del derecho al acceso a los medicamentos por parte de los colombianos. Esta ha sido la forma de proteger la salud como derecho fundamental: dando vía libre al acceso a los medicamentos, de lo cual se puede deducir que este también es un derecho fundamental. En consecuencia, si el TLC fuera en contra de este derecho, la Corte no tendría otra opción que declarar su inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BROTÓNS, Antonio Remiro (1997), *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, p. 23.
- (1987), *Derecho internacional público*, vol. 2. Derecho de los tratados, Madrid, Tecnos, p. 326.
- CAVELIER, Germán (2000), *Régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia*, Bogotá, Legis,
- HILLIER, Timothy (1994), *Lecture notes... Public International Law*, Cavendish Publishing, Londres, p. 83.

- PARRA VEGA, Óscar (2003), *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, p. 39-40.
- VELÁSQUEZ, Germán y otros (2001), *Globalización y acceso a los medicamentos- Implicaciones del Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC*, OMS, Ginebra, Suiza, p. 5.
- VIRALLY, Michel (1997), *El devenir del derecho internacional. Reflexiones sobre el Jus Cogens*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 167 (Annuaire français de droit international, vol. XII, París, 1966).

Constitucionalidad, derechos humanos y supremacía de la ley*

STEVEN SHRYBMAN**



Los esfuerzos para consolidar completamente los derechos de inversión como parte de la Organización Mundial del Comercio han sido derrotados repetidamente. En contraste, durante la pasada década, se negociaron calladamente más de dos mil tratados de inversión, la mayoría de los cuales fueron tratados bilaterales de inversión (TBI) entre naciones desarrolladas y no desarrolladas. El ítem más destacable de estos regímenes es el derecho a hacer cumplir de manera acomodada los acuerdos por las corporaciones extranjeras. Con el Capítulo 11 del North American Free Trade Area (Tratado de Libre Comercio para América del Norte, o NAFTA, en inglés), que ha servido como prototipo para muchos TBI, los inversionistas extranjeros se garantizan el derecho a descalificar la aplicación de las reglas de inversión que impongan las políticas gubernamentales y la regulación vigente por medio del reclamo de daños ocasionados por interferencia en sus derechos. Al permitir, en incontables ocasiones, que los inversionistas extranjeros invoquen el arbitraje para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos expansivos de inversión, el TLC y otros tratados de inversión representan un dramático alejamiento de las normas de la ley internacional.

Los inversionistas, normalmente grandes corporaciones transnacionales, han invocado estos derechos extraordinarios para hacerle frente a las leyes medioambientales, los controles sobre el uso de la tierra e incluso las decisiones de las cortes. Compañías internacionales de servicios, como Bechtel y Vivendi, se han basado incluso en estos regímenes de inversión para reclamar perjuicios en contra de los gobiernos de Argentina y Bolivia en el momento en el que han incumplido contratos de concesión relacionados con agua y otros servicios.

Traducción del inglés de Ernesto Daza.

** Abogado, Sack Goldblatt Mitchell, Canadá.

En enero de 2005, el Consejo de Canadienses, la Unión de Trabajadores Postales de Canadá (UTPC) y el Comité Estatutario sobre Asuntos de la Pobreza (CEAP) pusieron en duda la validez constitucional de las reglas sobre inversión del Tratado del Libre Comercio para América del Norte ante la Corte Suprema de Canadá. Los grupos buscan declaraciones de la Corte sobre la inconstitucionalidad de los procedimientos entre inversores y Estado, y sobre las leyes canadienses que los implementan, alegando que son nulas y no tienen fuerza y efecto jurídico. Argumentan que el gobierno federal ha actuado por encima del orden legal al establecer procedimientos entre los inversionistas y el Estado: 1. privando a las cortes canadienses de la autoridad de adjudicar materias reservadas a ellas por la Constitución, incluyendo reclamos que surgen en contra del Estado por parte de los privados y las entidades corporativas por alegatos de mala praxis por parte del gobierno; 2. infringiendo y negando los derechos y las libertades garantizadas por la carta de derechos y libertades y las leyes canadienses sobre derechos, incluyendo aquellas que conciernen a la justicia fundamental, a la equidad y a la igualdad, y 3. excediendo los poderes en la redacción y negociación de un tratado incompatible con las más básicas normas y los valores canadienses, que incluyen la democracia, el constitucionalismo y la legalidad.¹

Litigation between Investors and States:

CONSTITUTIONALITY, HUMAN RIGHTS AND LEGAL SUPREMACY

The efforts to completely consolidate investment rights as a part of the World Trade Organization have been repeatedly defeated. By contrast, over the past decade, more than 2000 investment deals were quietly negotiated, most of which were bilateral investment treaties between developed and undeveloped nations.

The most notable item of these regimes is the right to conveniently ensure the compliance of agreements with foreign corporations. Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) has served as a prototype for many bilateral investment treaties. With it, foreign investors are guaranteed the right to dismiss the application of the rules of investment imposed by government policies and current regulations, through a claim of damages caused by interference with the corporation's rights. By allowing foreign investors on innumerable occasions to invoke arbitration in order to ensure compliance with the expansive rights of investment, NAFTA and other investment treaties represent a dramatic distancing from international law.

Los argumentos de los aplicantes y la evidencia pueden encontrarse en: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/cupw_archive-en.asp

The investors are usually big transnational corporations which have invoked these extraordinary rights to face up to environmental law, controls over the use of land, and even the decisions of the courts. International service companies such as Bechtel and Vivendi have even used these investment regimes to claim damages against the governments of Argentina and Bolivia over concession contracts regarding water and other services that were not being upheld.

In January 2005, the Canadian Council, the Union of Canadian Postal Workers and the Statutory Committee on Issues of Poverty doubted the constitutional validity of the rules of investment of NAFTA before the Canadian Supreme Court. The groups seek a statement from the Court on the procedures between investors and the state, and the Canadian laws they are based upon; they want the Court to show these procedures to be null and void. The organizations argue that the federal government has gone beyond the scope of its legal authority by establishing procedures between investors and the state that:

1. deprive the Canadian courts of the authority to adjudicate matters under its constitutional prerogative, including claims against the state raised by private individuals and corporations over government misconduct;
2. infringe upon and deny the rights and freedoms guaranteed in the Canadian bill of rights and law, including those which concern basic justice, fairness and equality, and
3. exceed the government's powers to draft and negotiate a treaty that is incompatible with the most basic Canadian laws and values, which include democracy, constitutionality and legality.

LITIGACIÓN ENTRE ESTADO E INVERSIONISTAS

El NAFTA, negociado en 1993, amplió el régimen de libre comercio establecido entre Estados Unidos y Canadá cuatro años antes de incluir a México y ayudó a expandir el espectro de las reglas de libre comercio en muchas vías. Contradictoriamente, la adición más sobresaliente del más joven de los tratados está contenida en el Capítulo 11 del NAFTA, que avala el derecho de los inversionistas extranjeros y las corporaciones de invocar arbitraje internacional para reclamar daños generados por mala praxis por parte del gobierno, agencias públicas o corporaciones de la Corona, que incluyen acciones que son alegadas como expropiaciones de la propiedad del inversionista (reclamación inversionista-Estado).

Estos derechos inversionista-Estado surgieron del modelo desarrollado y promovido por Estados Unidos durante varios años (Schneiderman, 2000; Grieder, 2001). De muchas formas, el NAFTA re-

presenta un nuevo punto de referencia para aquellos esfuerzos por desalojar este tipo de derechos de los acuerdos multilaterales. El Capítulo 11 ha servido como prototipo para, literalmente, cientos de TBI negociados después y también como modelo para el régimen de inversión que ha venido siendo promovido por Estados Unidos y Canadá bajo la iniciativa del Tratado de Libre Comercio para las Américas (ALCA).

Al permitir que innumerables inversionistas foráneos invoquen procesos de arbitraje para hacer cumplir de manera integral los derechos de inversión, el NAFTA y otros tratados de inversión representan una ruptura dramática de las normas de la ley internacional en dos importantes vías (Gill, 1995: 399-423; Schneiderman, 2000: 757-787; Sornarajah, 2002). Primero, estos regímenes dan al inversionista extranjero el derecho a hacer cumplir directamente un tratado internacional y pueden escoger cuándo hacen parte y cuándo no tienen obligaciones.

Anteriormente, solo las Naciones-Estado tenían acceso acordado a los poderosos procedimientos de las leyes de comercio internacional y seguían las directrices trazadas, aún reacias a cumplir con las disciplinas de comercio.

En contraste, a diferencia de las disputas de comercio entre Estados, aquí no hay reciprocidad entre las partes, porque el inversionista extranjero que reclama amparado en los tratados de inversión no tiene obligaciones reales. Como resultado, los poderosos mecanismos internacionales de cumplimiento se han desligado de las trabas diplomáticas, estratégicas y prácticas que normalmente limitan las resoluciones de las disputas entre Estados.

Segundo, estos regímenes conceden el derecho a los inversionistas extranjeros a invocar procesos internacionales de arbitraje comercial secretos y, a su manera, para juzgar sobre reclamos que involucran materias importantes de políticas públicas y leyes. Es decir, estos procesos de arbitraje están diseñados aparentemente para resolver disputas privadas, que típicamente surgen entre dos partes bajo un contrato comercial, pero terminan resolviendo disputas sobre políticas públicas y leyes que tienen amplias implicaciones sociales y económicas.

Antes de llegar a los procedimientos de inversionistas-Estado, un inversionista foráneo tenía que haber establecido la existencia de un acuerdo entre su país de origen y la nación-Estado para llevar una disputa a arbitraje. En ausencia de dicho acuerdo, el único recurso para el inversionista extranjero eran las cortes locales y, en últimas, en el caso de no haber satisfacción, la intervención diplomática de su país de origen. A diferencia del concepto usual de arbitraje, el NAFTA y los BIT establecen el derecho al arbitraje, así no exista obligación contractual

entre el inversionista y la nación, sobre la cual ha sido interpuesta la reclamación. Al no exigir el requerimiento de una obligación contractual, el Capítulo 11 le da poder a la parte privada de reclamar perjuicios surgidos de las acciones, políticas y leyes de los Estados soberanos que son llevados a la esfera de las relaciones comerciales de carácter privado, que son esencialmente públicas. Por el contrario, los tribunales del NAFTA tienen el poder para resolver disputas que de otra forma solo habrían llegado a esas instancias con la impugnación de las leyes de la nación ante sus propias cortes.

Sumando estos desarrollos, un comentarista informado en materias relacionadas con las leyes de inversión internacionales describe al NAFTA de la siguiente manera: "Al permitir recursos directos para las quejas privadas con respecto a un amplio campo de materias, estos tratados crean una dramática extensión de la jurisdicción arbitral en el dominio internacional" (Paulsson, 1995: 233).

DESPLIEGUE DE LOS DERECHOS INVERSIONISTA-ESTADO

No sorprende que las corporaciones y los inversionistas privados hayan tomado ventaja de los extraordinarios derechos que les fueron concedidos en los tratados de inversión para hacer frente a una amplia gama de políticas gubernamentales y leyes, y que las hayan invocado para enfrentar decisiones judiciales al más alto nivel. Tomemos, por ejemplo, un área importante de las políticas públicas y leyes: la que se relaciona con el agua.

La mayoría de los reclamos que han interpuesto en los últimos años los inversionistas, amparados en el NAFTA y varios TIB, se relacionan con los esfuerzos gubernamentales para proteger y conservar este recurso vital, o proveer el servicio de agua a sus electores; veamos algunos:

De la corporación de base canadiense Methanex en contra de Estados Unidos, por US\$970 millones en daños, a raíz de una prohibición de California y otros estados al aditivo que la compañía produce, debido a que se ha convertido en un gran contaminante de aguas subterráneas. Al lado de otras reclamaciones, Methanex arguye que la prohibición era innecesaria a las pocas restricciones de mercado disponibles.

De la Sun Belt Water Inc., de origen estadounidense, en contra de Canadá, por US\$10 billones, debido a que una provincia canadiense interfirió en sus planes de exportar agua a California. Aunque la compañía nunca exportó agua, reclama que la prohibición limita sus futuras ganancias.

De la Compañía de Aguas del Aconquija (CAA), filial de la Compagnie Générale des Eaux (subsidiaria de Vivendi) en con-

tra de Argentina, por US\$300 millones, surgida por que el trato de privatización de aguas y aguas negras se echó a perder.² La reclamación alega que estas órdenes de salud pública, mandatos de obligaciones de servicio y regulaciones de tasa van en contra de sus derechos de inversionista.

- De Aguas del Tunari, filial de la Bechtel, con base en Estados Unidos, en contra de Bolivia, por más de US\$25 millones, por incumplimiento de contrato al proveer el servicio de agua a la ciudad de Cochabamba. Cuando el malestar público fue incontrolable, Bolivia canceló el trato de privatización con la compañía.³
- De la corporación Metalclad, originaria de Estados Unidos, en contra de México, por más de US\$15 millones, debido a que una empobrecida municipalidad rural se rehusó a permitir la construcción de una locación de manejo de materiales tóxicos en tierra en vista de que las aguas subterráneas se podrían ver comprometidas.

Al proveer detalles acerca de dos de los casos expuestos podemos adentrarnos mejor en los problemas que han generado las reclamaciones.

Metalclad vs. México

En el caso de Metalclad corporation vs. México, el tribunal de arbitramento dictaminó que la municipalidad local no tenía el derecho de negar a la compañía de desperdicios, con sede en Estados Unidos, el permiso para construir una instalación de desechos peligrosos, con sustento en la preocupación local por el ambiente y el bienestar público, o en que la compañía había iniciado la construcción del proyecto antes de solicitar un permiso para ello.

El tribunal concluyó que, al negar la solicitud de permiso de Metalclad en consideración al interés público y con argumentos ambientales, el gobierno local había expropiado la inversión de la compañía en la instalación de desechos –desconociendo el hecho de que esta nunca había estado en funcionamiento-. A su vez, el tribunal objetó la decisión del gobierno central de establecer una reserva ecológica que abarcaba los predios de la compañía. Desde su punto de vista, esto representaba una apropiación ilegal de la propiedad de Metalclad.

² Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Claimants vs. Argentine Republic, Respondent, ICSID (caso ARB/97/3).

³ Este y muchos más casos surgidos en el NAFTA y otros tratados de inversión pueden encontrarse en: www.icsid.org, un *website* mantenido por the International Centre for the Settlement of Investment Disputes que opera bajo el auspicio del Banco Mundial.

Esto es lo que la Corte Suprema de British Columbia dijo con respecto de las decisiones del tribunal sobre la estipulación de expropiación incluida en el NAFTA:

El tribunal dio una definición de expropiación extremadamente amplia (...) Junto con la noción convencional de expropiación, que implica la apropiación de propiedad, el tribunal sostuvo que *la expropiación bajo el NAFTA, incluía la interferencia secreta o incidental del uso de la propiedad*, la cual tiene el efecto de segregar al propietario, en todo o en una parte significativa, del razonable aprovechamiento económico de la propiedad.

La definición es lo suficientemente dilatada para considerar una legítima zonificación por parte de la municipalidad u otra autoridad de planeación. De cualquier manera, la definición de expropiación es una cuestión de ley en la cual esta corte no tiene competencia para interferir, de acuerdo con lo reglado por el Acto de Arbitramento Comercial (énfasis agregado).⁴

El caso Metalclad es importante por varias razones. En primer lugar, devela la enorme amplitud de la norma de expropiación del NAFTA, la cual, en efecto, blinda los derechos a la propiedad privada desde un punto de vista que Canadá, y muchas otras naciones, han rechazado como parte de su marco constitucional. En segundo lugar, denota la permisividad que las cortes suelen conceder a los tribunales internacionales de arbitramento. Por último, en un punto ignorado por la corte, pero contemplado por Canadá en sus demandas como parte interviniente, el Estado inversionista estaba, según sus conclusiones, “ignorando las decisiones judiciales y decidiendo sobre asuntos legales domésticos, equiparándose con una corte de apelaciones mexicana”.⁵ Retomaré este punto más adelante.

Générale des Eaux vs. República de Argentina⁶

En un caso que involucró un convenio público-privado (contrato P 3) para servicios de acueducto y alcantarillado, Compagnie Générale des Eaux (CGE), afiliada o subsidiaria de Vivendi, y su afiliada argentina Compañía de Aguas de Aconquija (CAA), instauraron una demanda por más de US\$300 millones contra Argentina por cuenta de las estipu-

The United Mexican States vs. Metalclad Corporation, 2001 (BCSC 664), reasons for judgement of the Honourable ¿traducir? Mr. Justice Tsoe, publicado el 22 de mayo de 2001, par. 99.

La sentencia arbitral, proferida por la Corte Suprema de British Columbia, dejó sin resolver las preocupaciones de Canadá con respecto a los métodos del tribunal: *Ibid*.

Decisión de Yves Fortier, Q. C.; James R. Crawford y José Carlos Fernández, del 3 de julio de 2002: In the Matter of Annulment Proceeding in the Arbitration between Compañía de Aguas Aconquija S. A. and Vivendi Universal vs. Argentine Republic, ICSID (caso ARB/97/3).

laciones de un acuerdo de inversión bilateral, con sustentos similares a los enmarcados en el NAFTA. La disputa surgió de un contrato de concesión que CAA pactó con el gobierno provincial de Tucumán en 1995. El contrato se formó a partir de la decisión del gobierno local, en 1993, de privatizar sus instalaciones de acueducto y alcantarillado.

Los desacuerdos entre CGE y la provincia en torno al contrato de concesión no se hicieron esperar y se convirtieron en objeto de una muy publicitada controversia. La disímil naturaleza de estos desacuerdos, al final, conllevó a que Francia y Argentina se inmiscuyeran en la disputa.

Cuando los esfuerzos por dirimir esta discusión fallaron, el conglomerado empresarial con sede en Francia demandó con base en el pacto de inversión. La compañía citó una larga lista de agravios dirigidos en contra del gobierno provincial y sus funcionarios. Así mismo, enunció reclamaciones que pueden presentarse fácilmente en el contexto canadiense, como las siguientes:

- Que las autoridades de salud habían emitido ordenanzas e impuesto multas, con sustento en la supuesta falla de la compañía al instalar adecuados equipos de prueba de aguas, o conducir y suministrar pruebas de aguas apropiadas.
- Que un procurador había negado, de manera indebida, el derecho de CGE a cortar el servicio por falta de pago.
- Que la provincia había dejado de autorizar los debidos incrementos en los porcentajes.

El primer aspecto considerado por el tribunal arbitral fue el de su jurisdicción para estudiar la queja, a la luz de una cláusula explícita en el contrato de concesión que otorgaba jurisdicción exclusiva a los tribunales administrativos locales. El artículo 16(4) del contrato enunciaba que: “para efectos de interpretación o aplicación de este contrato, las partes se remitirán a los tribunales contencioso administrativos de Tucumán” (jurisdicción provincial).

Al negar esta objeción, el tribunal encontró que, a pesar de dicha estipulación, este tenía jurisdicción para atender la reclamación de CGE, la cual afirmó que Argentina había violado las obligaciones derivadas del contrato de inversión y sostuvo lo siguiente: “Ni la cláusula de selección de competencia del contrato de concesión, ni las estipulaciones de la Convención sobre Resolución de Disputas entre Estados y Ciudadanos de Otros Estados (Convención de Washington o Convención ICSID) y BIT, soportes argumentales de la República Argentina, precluyen el recurso de CGE ante este tribunal por razón de los hechos presentados”. Además, confirmó que bajo la reglamentación internacional: “Está

bien establecido que los actos de una subdivisión política o un estado federal, tal como la Provincia de Tucumán en el estado federal de la República Argentina, son atribuidos al gobierno central. Es igualmente claro que la estructura constitucional interna de un país no puede alterar estas obligaciones”.

Una vez resuelta la capacidad para conocer del caso, el tribunal también encontró que, dada la complejidad de las 111 páginas –a espacio sencillo– del contrato de concesión, le era imposible distinguir o separar las violaciones del pacto de inversión con las infracciones del contrato, sin antes interpretar y dar aplicación a las estipulaciones del último. También consideró que, dada la ausencia de una infracción clara e independiente del pacto de inversión por parte de Argentina, los reclamantes tenían el deber de perseguir su derecho ante los tribunales domésticos referidos en el contrato de concesión, antes de interponer recursos ante tribunales internacionales de arbitramento.

Descontenta, la compañía apeló con éxito ante el ICSID en pos de la anulación de la decisión del tribunal.⁷

Al sentenciar que Vivendi estaba legitimado para iniciar esta reclamación bajo los procedimientos del BIT, más allá de las estipulaciones del contrato de concesión, el tribunal concluyó:

Desde el punto de vista del Comité, no es permitido a un tribunal de ICSID el tener jurisdicción por debajo de un BIT, con respecto a una reclamación basada en una estipulación sustantiva de ese BIT, para desechar la reclamación con el fundamento de que debe o puede ser resuelto por una corte doméstica. En tal caso, la investigación que el tribunal ICSID es obligada a desestimar, está regida por la Convención de ICSID, el BIT y la normatividad internacional aplicable. Dicha clase de investigación no está destinada, en principio, para precluirse en favor de ley municipal alguna, o de un acuerdo municipal entre las partes (par. 102).

Con mayor razón, el Comité no entiende cómo, si hubo una infracción del BIT para el presente caso (asunto de legislación internacional), la existencia del artículo 16(4) del contrato de concesión, pudo haber impedido su caracterización como tal. Un estado no puede refugiarse en la cláusula de jurisdicción exclusiva dentro de un contrato, para eludir la adecuación de su conducta en el ámbito de ilegalidad internacional de un tratado (par. 103).

Para distinguir entre las reclamaciones derivadas de un contrato P 3 –en el contexto de un acuerdo internacional– y los derechos exclusivos permanentes y esporádicos del socio privado, el tribunal dijo lo siguiente:

La decisión está registrada en el sitio Web del ICSID: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.html>. Cabe anotar que el presidente de aquel tribunal era el señor L. Yves Fortier, natural de Canadá.

De acuerdo con el principio general (...) es diferente una violación del BIT a una violación del contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencia a sus características singulares y ley aplicable. En el caso del BIT, la ley internacional; en el caso del contrato de concesión, la legislación que rige dicho contrato... (par. 96).

El Tribunal citó un caso sin precedentes para explicar este punto: "La obediencia a la ley municipal y la obediencia a un pacto son cuestiones diferentes. Una violación al pacto puede ser lícita bajo la ley municipal, y lo que es ilícito para la ley municipal puede ser eximido de responsabilidad en una estipulación del pacto (par. 97)".

Si alguna vez se dudó de cuál era la posibilidad de una municipalidad para limitar los derechos de un inversionista extranjero, cobijado bajo tratados de inversión internacional, la anulación Vivendi responde definitivamente la pregunta: ninguna.

Revisión de las decisiones en cortes nacionales

Como ya se anotó, los tribunales de Estados inversionistas se han apoderado de la competencia de las cortes, al involucrarse en sus juicios sobre las conductas y decisiones nacionales. De hecho, muchas demandas de Estados inversionistas han desafiado las decisiones de cortes nacionales o han salido *avanti* cuando el recurso ante esas cortes ha fallado. Dos tribunales Capítulo 11 han llevado a cabo revisiones de procedimientos judiciales y juicios para determinar si representan la negación a la justicia de un inversionista en litigio.⁸

En el arbitramento *Mondev International*, la parte inversionista desafió el juicio proferido por la Corte Suprema de Justicia de Massachusetts, luego de que la Corte Suprema de los Estados Unidos negara la solicitud de su subsidiaria en este país (la inversionista). Al evaluar los méritos de la demanda, el tribunal de arbitraje revisó los fundamentos y conclusiones de esta Corte concernientes a la interpretación de la costumbre, la aplicación de antecedentes judiciales y la interpretación y aplicación de la Ley Estatal de Contratación, cuestiones que son, en su quintaesencia, de conocimiento doméstico, y no internacional. No obstante, el tribunal revisó las deliberaciones y conclusiones de la Corte en su examen de méritos.⁹ Además, al hacerlo, el tribunal entendió que la norma que utilizaría para reevaluar el dictamen de las cortes de apelación de los EE.UU. sería del siguiente tipo: "(es) una norma un poco abierta, aunque pueda ser que en la práctica

Mondev International Ltd. vs. The United States of America, and The Loewen Group Inc. vs. The United States of America.
Mondev, par. 126-138.

no se presente otra fórmula más precisa para cubrir el espectro de probabilidades".¹⁰

En el caso *Loewen Group*, el Tribunal rechazó el argumento de los EE.UU. que afirmaba que la definición de "medida" no era interpretada para incluir actos judiciales o la decisión de un jurado en juicio civil y sostuvo que era necesario interpretar "medidas" para incluir actos judiciales, para dar efecto a los objetivos del NAFTA. El tribunal, además, rechazó las proposiciones de EE.UU., en cuanto a que el NAFTA fuera interpretado de manera que se respetaran las decisiones en cortes nacionales.

El tribunal del *Loewen Group* rechazó, en últimas, la demanda del inversionista, con fundamentos de jurisdicción, y sostuvo que una acción judicial no puede sostenerse en las reclamaciones del Capítulo 11, a menos que el demandante haya agotado todos los recursos disponibles antes de interponer la revisión. Sin embargo, al hacerlo, el tribunal también señaló que, si estos obstáculos se impusieran, la sentencia del jurado en cuestión habría encontrado que constituiría una violación a los requerimientos del NAFTA el que las partes acordaran la norma mínima de tratamiento de las inversiones de la contraparte. En este rubro, el tribunal dictaminó que "el juicio y su veredicto fueron claramente inapropiados y deshonorosos y no pueden ser encuadrados en los estándares mínimos de la ley internacional y el trato igualitario".¹¹

Si esta es una limitada descripción del régimen inversionista-Estado, el siguiente es un extenso sumario de los argumentos claves proferidos recientemente en los procedimientos ante la Corte Superior de Ontario, en sustento de un desafío constitucional a las normas de inversión del NAFTA.

LITIGIO ESTADO-INVERSIONISTA, LA CONSTITUCIONALIDAD, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SUPREMACÍA DE LA LEY

En enero de 2005, el Concejo de Canadienses (el Concejo), la Unión de Trabajadores Postales de Canadá (CUPW, en inglés) y el Comité Estatutario sobre Asuntos de Pobreza (CCPI) atacaron la validez constitucional de las reglas para inversionistas del NAFTA ante una Corte superior. Los grupos persiguen que esta declare que los procedimientos Estado-inversionista de NAFTA y las leyes canadienses que los implementan son nulos, sin fuerza vinculante y sin efectos.

¹⁰ *Ibíd.*, par. 116 y 127.

¹¹ *The Loewen Group Inc. vs. The United States of America*, junio 26 de 2003, par. 137.

El caso esencialmente alega que el litigio Estado-inversionista es inconstitucional con base en tres fundamentos: 1. porque le quitó a las cortes la autoridad para adjudicar asuntos reservados a ellas en la Constitución, incluyendo demandas en contra del Estado por parte de entidades y corporaciones privadas, surgidas de una presunta falla gubernamental; 2. porque infringió y negó los derechos y libertades garantizadas por la Carta de Derechos y Libertades, incluyendo aquellas que tratan de la justicia, la equidad y la igualdad, y 3. porque excedió los poderes dados para hacer tratados gubernamentales al negociar un pacto incompatible con las normas básicas y valores canadienses, incluyendo la democracia, la constitucionalidad y la supremacía de la ley.

Independencia judicial

Según la sección 96 de la Constitución de Canadá, el poder para nombrar los jueces de las cortes superiores, distritales y del condado reside en el Parlamento federal. Esta estipulación ha sido constantemente interpretada por las cortes como un mecanismo para prevenir que el Parlamento y las legislaturas soslayan el estatus de las cortes superiores, de dos maneras: 1. al transferir su trabajo a otros tribunales o 2. al remover o derogar poderes del núcleo de las cortes superiores. El espíritu de la norma, en la sección 96 y las disposiciones afines del Constitutional Act de 1867, es conservar la supremacía de la ley a través de la protección de un poder judicial independiente que no pueda ser usurpado por actos legislativos o ejecutivos. La independencia judicial está reconocida como norma no escrita de la Constitución.¹²

De las más variadas formas, el Capítulo 11 usurpa las funciones inherentes a las cortes en la sección 96, y por ello subestima el mandato constitucional y el papel conferido a ellas por esa estructura legislativa. En primer lugar, las cortes de la sección 96 juegan necesariamente un papel crucial al vigilar los límites de aquellas acciones legales del ejecutivo y legislativo que regulan el interés público. A pesar de ello, las demandas inversionista-Estado otorgan *ad hoc* esta función a cuerpos de arbitramento presididos por funcionarios nombrados sin alguna de las salvaguardas constitucionales fundamentales establecidas en la misma sección 96.

En segundo lugar, las cortes han sostenido muchas veces que la capacidad de las superiores de revisar los actos administrativos es una función inherente de las cortes de la sección 96. Sin embargo, el

¹² Reference Re Residential Tenancies Act, 1980, 123 D.L.R. (3d superíndice) 554 (S.C.C.), pp. 566-567; Ref Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of P.E.I., 1997, 150 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.), par. 84, 88-89.

Capítulo 11 faculta a inversionistas extranjeros y al gobierno canadiense para evadir la reevaluación judicial, a través del inocuo mecanismo de escoger una locación para arbitramento por fuera de Canadá. De hecho, los mismos tribunales de NAFTA han decidido localizar el arbitramento por fuera de Canadá con el fin de eludir la revisión judicial por parte de las cortes canadienses.¹³ Más aún, dado que estas han sostenido que la interpretación del alcance de los derechos y obligaciones que están en la esfera de los tribunales del Capítulo 11 no debe ser revisable,¹⁴ la jurisdicción para revisar actos administrativos, implícita en las cortes de la sección 96, ha sido destruida, aun siendo Canadá el lugar de arbitramento.

En esencia, los tribunales NAFTA se han arrogado a sí mismos el poder de revisar determinaciones judiciales proferidas en cortes domésticas, asumiendo, en efecto, la atribución de las cortes de apelación, residiendo por fuera del aparato judicial de Canadá establecido por la Constitución y, en particular, por la sección 96. La investidura de tal autoridad por parte de los tribunales de NAFTA no solo interfiere la operación del poder judicial, sino que también coarta la independencia judicial, al establecer un superarmazón jurisdiccional de revisión en tribunales de arbitramento, que desplaza o relega la facultad de revisión, ejercida por cortes de apelaciones con respecto a la interpretación y aplicabilidad de la ley doméstica (incluida la norma constitucional).

El apoderamiento de los tribunales de NAFTA al revisar decisiones de cortes superiores restringe el poder de dichas cortes para controlar sus propios procesos y, fundamentalmente, mina su esencia e inherente jurisdicción como última instancia en asuntos de procedimiento judicial y en la interpretación de leyes constitucionales y estatutarias. Aunque los tribunales NAFTA no tienen la autoridad *de jure* para denegar una decisión proferida por una corte superior, sí la tienen para proferir órdenes vinculantes en contra de Canadá. Es más, dichas órdenes dictaminan a su vez alivios para los inversionistas que persiguieron la reparación de daños en los procedimientos legales domésticos. Es totalmente inconsistente con el principio de independencia judicial, garantizado para el Parlamento por la sección 96, conceder la creación de tribunales *ad hoc* abiertamente inconstitucionales, con el fin de supervisar y, potencialmente, castigar el ejercicio de autoridad en las cortes superiores.

¹³ Ver la sentencia del tribunal de UPS vs. Canadá en el lugar de jurisdicción.

¹⁴ Ver litigio Metalclad, ob. cit.

La supremacía de la ley

La Corte Suprema de Canadá ha sostenido que “con el objeto de preservar su vigor, una Constitución debe contener un amplio conjunto de reglas y principios capaces de proveer una exhaustiva estructura legal para nuestro sistema de gobierno”.¹⁵ En la *Quebec Secession Reference*, la Corte Suprema describió la Constitución como acogedoramente no escrita; pero que rige, aunque no esté escrita. Para el presente caso, es de particular importancia el principio de “constitucionalidad y supremacía de la ley”. La supremacía de la ley, “postulado fundamental para nuestra estructura constitucional”, conlleva “una noción de orden, de sujeción a las normas legales conocidas y de responsabilidad ejecutiva ante la autoridad legal”.

Como se indicó, los desafíos del Capítulo 11 impactan seriamente las relaciones entre los gobiernos canadienses y sus ciudadanos, quienes deben ser regidos por el principio de la supremacía de la ley y la constitucionalidad. Al aplicar un modelo privado de arbitramento comercial que opera por fuera del marco constitucional de Canadá con el fin de resolver conflictos del NAFTA, se infringe el principio de constitucionalidad y supremacía de la ley que soporta el sistema democrático de Canadá y la protección de los derechos humanos fundamentales.

Los procedimientos inversionista-Estado ofenden, por un lado, el principio de constitucionalidad y supremacía de la ley, por remitir el ejercicio de la acción legislativa y gubernamental, y, por otro, el ejercicio de la autoridad de supervisión, al revisar los litigios en tribunales de arbitramento sin precedente legal ni capacidad de apelación, por fuera del aparato constitucional. Es más, en este régimen, la responsabilidad ejecutiva no se dirige a la autoridad legal, sino a tribunales de arbitramento semiprivados, libres de supervisión por parte de las cortes canadienses, particularmente cuando el lugar de arbitramento se encuentra por fuera del país. Así, aparte de desplazar la autoridad de las cortes de la sección 96, los procedimientos del Capítulo 11 representan un ataque a los pilares fundamentales de nuestra estructura de gobierno, cuyo sistema judicial contempla a las cortes superiores como las instancias finales para arbitrar la legalidad de la acción gubernamental.

La carta de derechos y libertades

Un litigio entre inversionistas y Estado involucra con frecuencia leyes, regulaciones y políticas públicas en áreas críticas que afectan el bienestar individual y colectivo, la seguridad y el buen vivir, la protección de

¹⁵ *Re Secession of Quebec (1998)*, 161 D.L.R. (4th) 385 (S.C.C.), par. 32.

servicios públicos –como la salud, la educación y los servicios sociales–, la protección ambiental y las medidas especiales de empleo para comunidades locales y trabajadores vulnerables, entre otras. Los intereses individuales y colectivos de la Carta, relativos a la igualdad y la vida, la libertad y la seguridad del individuo, están implícitos en cada una de esas áreas.

No obstante, y a pesar de las graves implicaciones para las políticas públicas y fiscales que producen los procedimientos de adjudicación del NAFTA, los tribunales inversionista-Estado no están autorizados ni son competentes para considerar o aplicar la Carta, al interpretar las disposiciones del NAFTA; para ejercer funciones discrecionalmente o para asegurar que los residentes canadienses sean proveídos de información y los derechos de participación necesarios para garantizar que sus intereses constitucionales reciben la consideración apropiada. Por ende, delegar la adjudicación de tales litigios a tribunales de NAFTA que operan al margen del alcance de la Carta viola los derechos sustanciales a la igualdad y la vida, a la libertad y la seguridad del individuo que esta protege.

El principio que contempla que el Parlamento o el legislativo no deben eludir las obligaciones derivadas de la Carta al conferir funciones gubernamentales a entidades privadas ajenas al marco de la Carta ha sido establecido con claridad por la Corte Suprema de Canadá. Como ya se discutió, ella ha sostenido, además, que donde la ley confiera o delegue autoridad discrecional de decisión, dicha discreción debe ser ejercitada conforme a la Carta.¹⁶

La exigencia de adjudicación y ejercicio de discrecionalidad consistente con la Carta es, en sí misma, un componente crítico de protección a la Carta. En particular, el derecho a la vida, la libertad y la seguridad del individuo, así como el derecho a la igualdad, garantizan el respeto de los derechos humanos fundamentales en sustancia y aplicación de la ley.¹⁷ Estos derechos fundamentales inalienables protegen los intereses individuales involucrados en la resolución de conflictos inversionista-Estado, así como el alcance y extensión de leyes reguladoras o medidas especiales para poblaciones locales. De acuerdo con esto, como no integra la consideración de estos derechos en sus decisiones, la atribución del Capítulo 11 del NAFTA viola las garantías sustanciales y procedimentales de la Carta canadiense.

¹⁶ *Eldridge vs. British Columbia (A.G.)*, 1997, 151 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.), par. 40.

¹⁷ Véanse las secciones 7 y 15 del *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

CONCLUSIÓN

El advenimiento de derechos internacionales del inversionista ejercidos en la esfera de lo privado representa un desafío sin precedentes a la soberanía y supremacía de la ley, así como a las normas constitucionales, incluidas las que aseguran la independencia judicial y la aplicación de los derechos humanos. A la espera de ser registrados, estos radicales acontecimientos han sido ampliamente inadvertidos por la academia y las comunidades jurídicas.

El caso pendiente en la Corte Superior de Ontario es el primero en denunciar la inconstitucionalidad de estos regímenes inversionistas. Con suerte, la decisión de la Corte elevará esta problemática a un nivel de escrutinio mucho más alto del que, hasta hoy, han disfrutado.

BIBLIOGRAFÍA

- GILL, Stephen (1995), "Globalization, Market Civilization and Disciplinary NeoLiberalism", *Millenium: Journal of International Studies*, 24:399-423.
- GRIEDER, William (2001), "The Right and US Trade Law: Invalidating the 20th Century", *The Nation*.
- PAULSSON, Jan (1995), "Arbitration without Privity", *10 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2:232-233.
- SCHNEIDERMAN, David (2000), "Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism", *Law & Contemp.*, Autumn, 63, Probs. 83.
- _____ (2000), "Investment Rules and the New Constitutionalism", *Law and Social Inquiry, Journal of the American Bar Foundation*, 25(3):757-787.
- SORNARAJAH, M. (2002), "The Clash of Globalisations: The Impact on the International Law of Foreign Investment", *The Simon Reisman Lecture on International Trade Policy, Ottawa* (A ser publicado en el *Journal of Canadian Foreign Policy*).

Activación de los mecanismos del sistema interamericano de justicia

IRASEMA Y. ZAVALA VILLALPANDO*



La afectación de los derechos humanos de los diferentes pueblos de América dentro del contexto de los procesos de integración económica impulsó a siete organizaciones a solicitar una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2004. La audiencia fue llevada a cabo durante el 121 período de sesiones, siendo esta la primera vez en la historia de la Comisión que se aborda el tema. El propósito central fue argumentar la necesidad de que la Comisión, de acuerdo con sus facultades, se involucre en el impulso de acciones tendientes a hacer efectivo el principio de primacía de los derechos humanos que deben respetar los Estados frente a los compromisos asumidos durante los procesos de integración económica; especialmente cuando algunos aspectos de estos procesos pueden constituir violaciones de los derechos humanos de los pueblos en la región americana. Otro objetivo fue explorar posibles acciones a seguir para avanzar en la elaboración de un diagnóstico de la protección de los derechos humanos en este contexto y la adopción de medidas que aseguren su prioridad. Además, el documento informa de la postura de la Comisión sobre el tema y de las posibles acciones a realizar ante ella.



THE ACTIVATION OF THE MECHANISMS OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF JUSTICE

The effects of the economic integration processes on human rights in the Americas drove seven organizations to request a hearing before the Inter-American Commission on Human Rights in 2004. This is the first time the

M.A. in Latin American Studies (International Politics of Latin America, Human Rights Politics of Latin America, Indian and Peasant Politics of Latin America); licenciada en derecho por el Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez", AC, México D. F., correo electrónico: izavaleta@sjsocial.org

Commission has ever studied such an issue, which it did during its 121st period of sessions. The primary objective of the hearing was to explain the need for the Commission, in line with its authority, to become involved: to promote actions aimed at realizing the principle of the primacy of the human rights over the commitments agreed to by the states during the processes of economic integration, especially when some aspects of these processes may constitute violations to the human rights of the peoples of the region. Other objectives included exploring possible routes of action to advance in the elaboration of an assessment on the protection of human rights within this context and in the adoption of measures that would ensure the primacy of human rights. The document also notes the Commission's position on the issue and of the possible future actions to be taken before the Commission.

Este documento está basado en el texto presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) durante la audiencia temática "Integración económica y derechos humanos", en Washington D.C., el día 22 de octubre de 2004, durante el 121 período de sesiones. Primero, se da una justificación de la iniciativa de solicitar audiencia ante la Comisión; después, se habla de la audiencia y se da un resumen de los argumentos expuestos, incluyendo la explicación de tres situaciones ejemplares en diferentes países de la región; finalmente, se da una apreciación de las reacciones inmediatas de la Comisión, así como de las acciones de seguimiento de trabajo futuro ante ella, la cual está basada en el trabajo inmediato realizado por las organizaciones peticionarias en el seno de la misma.

JUSTIFICACIÓN DE LA INICIATIVA DE PETICIÓN DE AUDIENCIA

Los procesos de integración económica están avanzando en el continente y sus efectos, positivos y negativos, son cada vez más visibles en la vida de las personas. Estos procesos se están llevando a cabo ya sea por la vía de políticas de Estado adoptadas de manera unilateral, por acuerdos bilaterales o con base en compromisos multilaterales.

Diversos sectores de la sociedad civil organizada en la región americana hemos detectado aspectos preocupantes de estos procesos desde la perspectiva de los derechos humanos. Como ejemplo, citamos a redes como la Alianza Social Continental (ASC), espacio plural fundado en 1998 y conformado por las principales organizaciones sociales y civiles de todo el continente: sindicales, campesinas, indígenas, de mujeres, de derechos humanos y ambientalistas. Asimismo, debemos mencionar la Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PIDHDD), otra red regional de organizaciones que

también ha trabajado en la integración regional y su relación con los derechos humanos, buscando fortalecer procesos regionales que los garanticen junto con la democracia y el desarrollo.¹ Por otra parte, la Coalición Internacional de Organizaciones para los Derechos Humanos en las Américas, conformada por cientos de organizaciones usuarias del sistema interamericano de justicia, también está comenzando a involucrarse en el tema.

Para muchos de nosotros es evidente que la capacidad de los Estados para dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos humanos y para adoptar medidas impostergables para su realización está siendo paulatinamente vulnerada por los compromisos que han adquirido durante los procesos de integración económica, lo cual ocurre principalmente porque han ignorado el principio de primacía de los derechos humanos establecido por los instrumentos internacionales.

En el terreno de los sistemas de protección, diferentes organismos y mecanismos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han llevado a cabo estudios importantes sobre estas situaciones. Por su parte, como la Comisión no ha adelantado suficientes actividades enfocadas a atender estas preocupaciones, y considerando que ella representa desde hace varias décadas la última opción de justicia para muchos ciudadanos de la región, algunas organizaciones en diferentes países consideramos pertinente presentarle en 2004 una petición de audiencia en relación con estas preocupaciones.

Decidimos abordar el tema de integración económica y derechos humanos de una manera crítica, pero sin declararnos contra los tratados de libre comercio, contra el Acuerdo de Libre Comercio para las Américas (ALCA) ni contra el modelo económico, debido precisamente a que en muchos de nuestros países ya están implementándose. Por otra parte, el propósito de la audiencia fue enfatizar en los aspectos de los procesos de integración económica que encontramos contrarios al principio de primacía de los derechos humanos y que están generando o pueden generar graves violaciones en este campo.

AUDIENCIA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión otorgó la audiencia temática "Integración Económica y Derechos Humanos" para ser llevada a cabo en octubre de 2004, durante el 121 período de sesiones y en respuesta a la petición de las

Desde hace varios años, la PIDHDD ha puesto a discusión entre organizaciones del movimiento social continental una propuesta de Carta Social Americana.

siguientes organizaciones: el Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez” (Centro PRODH), México; el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), Colombia; la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos de Perú; Derechos y Democracia, Canadá; el Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos de Venezuela (Provea); el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Argentina.

Al otorgar esta audiencia, la Comisión –y, por ende, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos– dio por primera vez en su historia la oportunidad de que las organizaciones peticionarias presentáramos un análisis de la relación entre los procesos de integración económica y las obligaciones adoptadas por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en materia de derechos humanos.

Así, el propósito central fue argumentar la necesidad de que la Comisión, en cumplimiento del mandato que le han conferido los Estados miembros de la OEA y en uso de las facultades que le son propias, se involucre en el impulso de acciones tendientes a hacer efectivo el principio de primacía de los derechos humanos frente a los compromisos asumidos por los Estados en los tratados comerciales que tienen efectos sobre las personas y colectivos de los países de la región americana, con la finalidad de explorar posibles acciones que permitan avanzar en la construcción de un diagnóstico de la situación de los derechos humanos en este contexto y en la adopción de medidas que aseguren su vigencia.

Durante la audiencia estuvieron presentes: José Zalaquett (Chile, presidente de la Comisión), Florentín Meléndez (El Salvador, comisionado), Freddy Gutiérrez (Venezuela, comisionado) y Ariel Dulitzky (Argentina, especialista principal). También hicimos presencia la casi totalidad de las organizaciones peticionarias y, como expertas en el tema, asistieron Lucie Lamarche, de l'Université du Québec à Montréal (UQAM), Canadá, y Karen Hansen-Kuhn, de Alliance for Responsible Trade, EE.UU.

Situaciones de violaciones de los derechos humanos en tres países de la región

Iniciamos la audiencia con la presentación de tres situaciones enmarcadas en los procesos de integración económica en tres diferentes países de la región, en las que claramente se pueden identificar violaciones de derechos humanos cometidas en este contexto; fueron las siguientes:

- México: Metalclad Corporation

Metalclad Corporation, empresa pública estadounidense con sede en Los Ángeles, California, adquirió en 1993 el confinamiento de

desechos tóxicos denominado La Pedrera, ubicado en el municipio rural de Guadalcázar, en el estado de San Luis Potosí, México. En el contrato de venta se establecía claramente que la condición para la apertura del confinamiento era que la empresa contara con permiso del ayuntamiento para operar dicho confinamiento,² ya que este no cumplía con las condiciones para garantizar la protección de sus trabajadores, de los habitantes de los poblados vecinos, ni del medio ambiente. Desde el momento de la compra, los representantes de Metalclad trataron de llegar a un arreglo en privado con el gobierno municipal para conseguir el permiso local, pero sin distribuir información a la población local y mucho menos realizar una amplia consulta.³

- Historia de contaminación tóxica en La Pedrera: cuando Metalclad Corporation adquirió La Pedrera, ya existía una recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), dirigida a las autoridades de la localidad y al gobierno federal, debido a las consecuencias ocasionadas en la salud de los trabajadores, ya que estos no contaban con capacitación adecuada en el uso apropiado de los tóxicos, ni estaban dotados de equipo de protección.⁴ Asimismo, la CNDH habló de ausencia de información acerca de su probable impacto en la salud de la población de comunidades vecinas, además de la adecuada a las poblaciones aledañas, las cuales estaban permanentemente expuestas. De acuerdo con los efectos documentados en 1991, 22 trabajadores del confinamiento, que laboraron aproximadamente siete meses sin protección, presentaron un incremento significativo de aberraciones en sus cromosomas y un alto nivel de arsénico en orina y cabello. También se encontró que hasta esa fecha se habían presentado 38 casos de malformaciones congénitas y, contrario al promedio de años anteriores, de 1992 a 1995 hubo 20 defunciones por cáncer de distinta índole y tres casos más ya diagnosticados, además de una alta incidencia de abortos espontáneos y de nacimientos prematuros.

- Reapertura de La Pedrera, conflicto entre gobierno federal y estatal e inconformidad de la población: Con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA) en 1994. Metalclad se comprometió a hacer una limpieza ambiental y a presentar

Véase la página web de Defense of Canadian Liberty Committee www.canadianliberty.bc.ca/relatedinfo/report_31_january_2001.html, en este número de la revista, el artículo “Litigios entre inversionistas y Estados. Constitucionalidad, derechos humanos y supremacía de la ley” de Steven Shrybman.

Demanda de Metalclad (español) del 13 de octubre del 1997, p. 5, en:

http://www.economiasnci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/Metalclad.htm

Ibid.

una auditoría del tema. Según el estudio elaborado por la empresa en 1995, el confinamiento cumplía con las condiciones requeridas por la normatividad para funcionar, sin embargo, un dictamen ciudadano elaborado por la Escuela Regional de Ciencias de la Tierra de la Universidad Autónoma de Guadalajara, Greenpeace México y el grupo Pro San Luis Ecológico, refutó dicho estudio.⁵ A pesar de esto, las autoridades federales permitieron la reapertura del confinamiento. Durante la ceremonia de reapertura, aproximadamente 100 habitantes de poblados alejados realizaron un bloqueo del tráfico para manifestarse en contra.⁶ Asimismo, grupos ecologistas nacionales e internacionales presentaron informes e hicieron declaraciones públicas en contra del permiso para la reapertura del confinamiento.

En febrero de 1996, el Instituto Nacional de Ecología (órgano federal gubernamental) le otorga a Metalclad un permiso para ampliar la capacidad de almacenamiento de 36.000 a 360.000 toneladas al año. Esto, a pesar de no contar con el permiso del ayuntamiento y del gran descontento de la población y las organizaciones civiles. Poco después, el subdirector estatal de Salud anunció la existencia de casos de malformaciones, enfermedades respiratorias y abortos en las zonas cercanas al confinamiento de desechos tóxicos. Esta información comenzó a circular por los medios de comunicación en junio de 1996;⁷ como consecuencia, la oposición de sectores de las poblaciones vecinas y de los grupos ambientalistas incrementó⁸ al mismo tiempo que la presión para la apertura del confinamiento de parte del gobierno federal.⁹

Sin embargo, en virtud de que lo ofrecido por la empresa no garantizaba la protección de las personas ni del medio ambiente, las autoridades estatales y municipales rechazaron la reapertura y el 20 de septiembre de 1997 el gobierno del estado emitió un decreto declarando un área de 188,758 hectáreas de terreno dentro de la municipalidad de Guadalcázar como reserva natural protegida con características de Reserva de la Biosfera.¹⁰

- Demanda de Metalclad: Un mes después de emitido el decreto, Metalclad demandó una compensación al gobierno mexicano mediante

⁵ Public Citizen, "El ataque contra la democracia: el historial del Capítulo 11 del TLCAN sobre inversiones y las demandas judiciales de empresas contra gobiernos. Lecciones para el Área de Libre Comercio de las Américas", octubre de 2002, p. 10.

⁶ *Ibíd.*, pp. 9-10.

⁷ *Ibíd.*, p. 19.

⁸ *Ibíd.*, pp. 11-18.

⁹ *Ibíd.*, pp. 21-24.

¹⁰ Véase la página web de Defense Canadian Citizen Committee, ob. cit.

un mecanismo complementario del Centro Internacional para la Resolución de Disputas en Inversión (CIADI), afiliado al Banco Mundial, bajo el amparo del Capítulo 11 del NAFTA, acusándolo de haber violado lo estipulado por los artículos 1105 y 1110 del mismo tratado, de trato discriminatorio y de expropiación indirecta¹¹ de la inversión.¹² El gobierno mexicano basó su argumento de defensa en que los actos efectuados por la municipalidad de Guadalcázar no eran materia de disputa de acuerdo con el NAFTA.¹³ En agosto de 2000, el tribunal dictó laudo a favor de la empresa, determinando que México había violado sus obligaciones, contenidas en el Capítulo 11, en dos aspectos: el tribunal arbitral concluyó que "México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad", lo cual vulneraba el estándar de trato justo y equitativo requerido por el NAFTA.¹⁴

De acuerdo con el tribunal, la denegación del permiso municipal de construcción y la declaratoria del sitio como reserva ecológica constituían una expropiación indirecta. En definitiva, concluyó que el gobierno mexicano debía pagar a la empresa Metalclad más de 16 millones 685 mil dólares. Esta sanción fue acatada por el gobierno mexicano después de una reducción de un millón de dólares lograda con una impugnación promovida ante la Corte Suprema de la provincia de Columbia Británica de Canadá.¹⁵

- Reflexión: Claramente se evidencia en este caso que durante el procedimiento de resolución de disputas predominó, por un lado, el interés de la empresa para recuperar su inversión y conseguir una indemnización millonaria y, por el otro, el fallido intento del gobierno federal de México para no pagar la suma millonaria demandada. En contraste, cuando los órganos en materia de arbitraje dictaron sus sentencias, no solo se llevaron a cabo acciones incompatibles con el cumplimiento que

¹¹ El término utilizado en el artículo 1110(1) del TLCAN y sobre el cual se basa el tribunal para considerar el decreto ambiental como expropiación indirecta es "tantamount to expropriation".

¹² US Department of State, "Metalclad Corporation vs. The United Mexican States (ICSID Case No. ARB (AB)/97/1, Submission of the Government of the USA", 1999, en: <http://www.state.gov/documents/organization/4178.pdf>.

¹³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario) (CIADI), "Metalclad Corporation vs. United Mexican States", Laudo, Caso No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto 2000, en: http://www.economia-snci.gob.mx/sph_p/_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/laudo/laudo_español.pdf

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 99-100.

¹⁵ Supreme Court of British Columbia, "Judgment of May 2, The United Mexican States vs. Metalclad Corporation", 2001, BCSC 664 (PDF), en: http://www.worldbank.org/icsid/cases/metalclad_reasons_for_judgment.pdf

hicieran los gobiernos estatal y municipal de sus obligaciones de proteger los derechos humanos, incluido el medio ambiente sano, sino que además se generó una importante sanción económica para el gobierno mexicano, y los habitantes de comunidades cercanas han tenido que vivir con los desechos tóxicos sin recibir ningún tipo de ayuda ni indemnización por los daños causados.

- Bolivia: Privatización del agua en Cochabamba

Ante la amenaza de que el Banco Mundial ordenara remover las facilidades de alivio de la deuda externa y de otro tipo de apoyo para la asistencia al desarrollo, el gobierno de Bolivia se vio forzado, a finales de la década del 90, a privatizar el sistema público de agua de una de las ciudades más importantes del país: Cochabamba.¹⁶ En septiembre de 1999, se otorgó la concesión de la administración de los servicios de agua potable y alcantarillado de Cochabamba al consorcio Aguas del Tunari (subsidiaria de la transnacional Bechtel-US). Esta fue la única empresa participante en la licitación pública y, por lo tanto, la única autorizada a proporcionar este servicio, originando así un servicio monopolizado. Semanas después de haberse firmado el contrato de concesión, la compañía incrementó las tarifas de servicio entre 50% y 300%, debiendo los usuarios pagar tarifas dolarizadas para cubrir la tasa de retorno de la empresa concesionaria.

- La guerra del agua: Las alzas en las tarifas crearon descontento entre la población consumidora por la imposibilidad de pagar los inaccesibles precios que condicionaban el uso del agua. Las familias en la región tenían un salario mínimo de aproximadamente \$60 dólares por mes y recibieron cuentas que equivalían al 25% de sus ingresos.¹⁷ Las mujeres fueron las más afectadas por estos incrementos debido a las estructuras de discriminación de género y pobreza, ya que "ellas son quienes realizan normalmente el trabajo más pesado en la provisión y acceso a este recurso. Como parte de las labores domésticas y de reproducción social" (Peredo, 2004). Además, para los pueblos indígenas, el acceso al agua es una cuestión cultural, considerándola como un bien de la comunidad (Peredo, 2004). El descontento de la población se expresó en una movilización masiva el 9 de abril de 2000, identificada como la Guerra del Agua, cuya escalada de protestas culminó con enfrentamientos entre pobladores, fuerzas policiales y ejército, la decla-

¹⁶ Center for International Environmental Law (CIEL), "Carta enviada al Banco Mundial, CIADI y otros por representantes de 300 organizaciones e individuos de los 5 continentes informando de su petición formal de participación en proceso de arbitraje ante CIADI", 29 agosto de 2002, en: http://www.ciel.org/Publications/CIADI_CARTA_DEAPOYO.pdf

¹⁷ *Ibíd.*

ración de un estado de sitio, cientos de heridos y la muerte de un joven de 17 años. Al día siguiente, el gobierno anunció la anulación del contrato de concesión, así como cambios sustantivos en la ley que lo amparaba y que vulneraba los sistemas autogestionados y los usos y costumbres indígenas (Kruse, 2003).

- Demanda ante tribunales de arbitraje internacional: Meses antes de las movilizaciones, en noviembre de 1999, la empresa concesionaria había vendido parte de sus acciones a una empresa italiana y cambió su domicilio de las Islas Caimán a Holanda. Esto le sirvió para intentar ampararse en el Tratado Bilateral de Inversiones, suscrito en 1992 entre este país y Bolivia. Según él, las disputas entre inversionistas holandeses y el Estado boliviano deben resolverse en paneles de arbitraje internacional. En febrero de 2002, la empresa interpuso una demanda contra Bolivia argumentando violaciones a un tratado bilateral de comercio y reclamando daños por 25 millones de dólares. Esta cantidad demandada ha sido cuestionada, ya que hay información de que la inversión de Bechtel fue menor a lo demandado y que además utilizó fondos públicos para pagar sus gastos. Aparte de que Bechtel dejó una deuda de por lo menos \$90.000 dólares por concepto de adeudos de servicios de electricidad (Shultz, 2000). El procedimiento se está siguiendo con aceptación del gobierno boliviano ante el CIADI (Solón, 2002), frente al cual las personas y los pueblos afectados tienen pocas o ninguna posibilidad de acudir, como se verá más adelante.

- Sociedad civil ante CIADI: En esta situación, más de trescientos ciudadanos de diversos sectores de la sociedad civil, como sindicatos, grupos ambientalistas, organizaciones de consumidores, grupos de investigación, varias instituciones religiosas y autores notables¹⁸ presentaron una solicitud formal ante el CIADI, en agosto de 2002, en la que se pide la apertura del proceso a la intervención de representantes de los sectores afectados, no solo para asistir a las audiencias, sino también para poder entregar documentos relacionados con los procesos de arbitraje, la jurisdicción del tribunal, los derechos sustantivos de los hechos alegados por Aguas de Tunari, y para hacer presentaciones orales y tener acceso a los documentos que se presenten ante el tribunal.¹⁹ Los peticionarios alegaron que, ya que la decisión que tome el CIADI tendría repercusiones en el bien público, y para garantizar un juicio

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ "Petition of Coordinadora para la Defensa del Agua y la Vida, La Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes, SEMAPA Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Oscar Olivera, Omar Fernández, Father Luis Sánchez, and Congressman Jorge Alvarado, to the Tribunal", 29 de agosto de 2002, en: www.ciel.org

justo y legítimo, el panel del CIADI tiene la obligación de garantizar su intervención directa en el proceso.²⁰

El proceso de resolución de conflictos ante el CIADI no es claro en cuanto a la participación de otros actores, es decir, al respecto no existe una prohibición explícita en la convención del CIADI ni en sus reglas de arbitraje.²¹ Tanto la demanda interpuesta por Aguas de Tunari como la petición por parte de las organizaciones de tomar parte en el proceso están pendientes de resolución.²²

- Reflexión: En este caso prevalecen notablemente la vulneración de derechos humanos, como el derecho a la salud y al agua, y potencialmente el derecho a un proceso justo, sobre todo si no se concediera autorización a los afectados de participar durante el proceso. Si el tribunal resolviera sancionar al Estado boliviano por adoptar medidas para resguardar los derechos individuales y colectivos de su población y de sus pueblos indígenas, como en el caso de Metalclad en México, se estaría dando primacía a los derechos derivados de las obligaciones de derecho mercantil internacional sobre los del derecho internacional de derechos humanos. Asimismo, se enviaría un mensaje negativo a otros Estados para evitar la toma de medidas de protección y salvaguarda de los derechos humanos de sus ciudadanos y se estaría sancionando indirectamente al pueblo boliviano.

- Ecuador:

Riesgo de limitación del acceso a medicamentos genéricos

A fin de velar por la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos y de procurar que llegaran a la población a bajo costo, en abril de 2000, el Congreso Nacional del Ecuador aprobó la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos de uso Humano, en cuyo artículo 6 estableció que "Las entidades del sector público que tengan a su cargo prestaciones y programas de salud están obligadas a adquirir única y exclusivamente medicamentos genéricos, de acuerdo con el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos que será elaborado por el Consejo Nacional de Salud".²³ Gracias a esas negociaciones con compañías farmacéuticas, que concluyeron en junio de 2003, se lograron reducciones de precio de 30% a 92% para los tratamientos de terapia de primera línea y de 9% a 72% para los medicamentos de

²⁰ Ibíd, p. 8

²¹ Ibíd, p. 12.

²² Véase Banco Mundial, "Pending Cases", en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

²³ Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), "DESC para la Acción", Boletín 1, 4 septiembre de 2004.

segunda línea.²⁴ Más recientemente, el gobierno anunció el Plan Nacional de Medicamentos Genéricos, para dar accesibilidad a este tipo de medicamentos a 1.500 mil usuarios de las unidades del Ministerio de Salud.²⁵

- Decreto alarmante: Sin embargo, en junio del año 2004, en el marco de las negociaciones en curso del TLC entre la Región Andina y Estados Unidos, organizaciones civiles tuvieron conocimiento de un borrador de decreto ejecutivo que pretendía proteger las patentes de empresas farmacéuticas por 20 años en el Ecuador, que, de aprobarse, cambiaría la posibilidad de producir en ese país medicamentos genéricos, ya que modifica y endurece las condiciones para la obtención del registro sanitario de medicamentos genéricos en el país.²⁶

Los artículos que figuran en el borrador del decreto van mucho más allá de lo reflejado y exigido en los Acuerdos sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de lo acordado explícitamente en la Declaración de Doha²⁷ y de la propia Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones que regula el régimen común sobre propiedad intelectual.²⁸ Por ello, organizaciones nacionales, mediante comunicación enviada a la Presidencia de la República, expresaron su preocupación de que llegara a aprobarse el decreto ejecutivo. Las organizaciones obtuvieron una respuesta del jefe del equipo negociador del TLC, que señalaba que el propio equipo expresó a la Presidencia de la República su preocupación por el mencionado proyecto, por ser

...inconstitucional, ya que pretende reformar no solo la legislación ecuatoriana vigente, sino también la normativa regional andina y multilateral en materia de propiedad intelectual. También lo sería porque favorece los intereses privados y específicos frente a derechos eco-

²⁴ 3D-Trade-Human Rights-Equitable Economy, "Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, acceso a los medicamentos y derecho a la salud", Ecuador, abril de 2004.

²⁵ Ibíd.

²⁶ Ibíd.

²⁷ Firmada en noviembre de 2001 por todos los miembros de la OMC, incluyendo a los Estados Unidos. Esta declaración confirmó la supremacía de la salud frente las patentes sobre medicamentos y reafirmó los derechos de los Estados de usar todas las salvaguardias de interés público contenidas en los ADPIC. A esto le siguió una resolución de la OMC del 30 de agosto de 2003, mediante la cual se levantaban las restricciones del ADPIC acerca de la concesión obligatoria de licencias para la exportación de medicamentos genéricos a países que no contaban con la capacidad de fabricación de los mismos. Oxfam, "Oxfam Briefing Note. Socavando el acceso a medicinas: Comparación de cinco TLC de los Estados Unidos", nota técnica, junio de 2004, en: <http://www.choike.org/documentos/oxfamJulio2004.pdf>

²⁸ Médicos sin Fronteras, "Sin derechos a enfermarse. La salud ¿a qué precio?", julio 6 de 2004, en: http://www.censat.org/A_A_Documentos_020.htm

nómicos y sociales consagrados en la constitución, como el derecho de acceso a la salud y a los medicamentos.²⁹

Recientemente, el Comité en Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU exhortó al Estado “a que realice una evaluación de los efectos de las normas comerciales internacionales en el derecho de todos a la salud (...) a fin de dar acceso a los fármacos genéricos y, en forma más general, permitir el goce universal del derecho a la salud en el Ecuador”.³⁰

- Reflexión: El peligro de estas negociaciones bilaterales no solo radica en los efectos inmediatos de este tipo de condiciones para cuestiones de propiedad intelectual sobre los grupos vulnerables de la población de Ecuador, que serían los más afectados de aplicarse los artículos contenidos en el decreto, sino también en que, una vez que se ratifican acuerdos favorables para una nación, estos sirven como base para futuros acuerdos. Además, según la cláusula de “nación más favorecida” del ADPIC, una vez que los países acuerdan estándares más elevados para patentes en un TLC con EE.UU., dichos estándares deberán aplicarse automáticamente a los titulares de patentes de otros miembros de la OMC,³¹ que podría ser el caso de las negociaciones del ALCA. Aunque estas parecen haber perdido algo de impulso últimamente, todavía existe el riesgo de que, en caso de llegar a aprobarse, se multiplique el número de personas en la región a las que se les impediría el acceso a medicamentos a menor costo.

¿Qué entendemos por integración económica?

Ahora, para entender un poco más el fenómeno, debemos explicitar que la integración económica es entendida como el conjunto de procesos llevados a cabo entre Estados- nación, de manera bilateral, regional o multilateral, enfocados en la liberalización económica, es decir, en la eliminación de barreras a las transacciones comerciales a través de las fronteras. Todo bajo el supuesto de que la liberalización crea un incremento en la competencia, promueve una asignación de recursos más eficiente y alienta la innovación. La integración económica abarca varios sectores e incluye no solamente la liberalización del comercio de bienes, sino la del comercio de servicios, del mercado financiero, de

²⁹ Texto de la carta de fecha 23 de julio de 2004, dirigida al CDES, hecha pública por esta organización a través de su boletín.

³⁰ ONU, Comisión de Derechos Humanos, “La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos. Informe de la Alta Comisionada”, E/CN.4/Sub.2/2002/9; 25 de junio de 2002, par. 35, 55-56.

³¹ Oxfam “Oxfam Briefing Note”, ob. cit.

la inversión extranjera directa, de las reglas de propiedad intelectual, y reglamentos técnicos relacionados con el comercio, como son las licencias de importación, valoración en aduana, inspección previa a la expedición y reglas de origen.

Al mismo tiempo, existen varios grados de integración económica que incluyen: concesiones unilaterales o preferencias arancelarias; acuerdos de alcance parcial y acuerdos de complementación económica; tratados de libre comercio y de integración, que podrían incluir una unión aduanera, un mercado común o una unión económica y política. El ejemplo más concreto de lo anterior es la Unión Europea, la cual cuenta con un área de libre comercio, una unión aduanera y un mercado común, además de tener muy avanzado el proceso de unificar políticas macroeconómicas. Por otra parte, los procesos de integración económica tienen varios trayectos que incluyen lo multilateral, expresado en la OMC; lo plurilateral, que son tratados que involucran varios países; lo regional, como la Unión Europea en su aspecto económico, el Mercado Común del Sur (Mercosur) y el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA); y lo bilateral, como los acuerdos entre Estados Unidos y la región Andina o Centroamérica.

Aunque anteriormente muchos de los procesos de integración económica se enfocaron en el comercio internacional de bienes, la agenda se ha ampliado al comercio de servicios, las compras y contratos gubernamentales,³² la inversión y los derechos de propiedad intelectual (Prove, 2004).

Los principales procesos de integración económica en América, que denominamos subregionales son: Mercosur, NAFTA, la Comunidad Andina (CAN), el Mercado Común Centroamericano (MCCA), la Comunidad del Caribe (Caricom) y el proceso regional del ALCA. En los últimos años se han celebrado varios tratados bilaterales de libre comercio, entre los cuales los más importantes son los siguientes: EE.UU.-Chile (2003), EE.UU.-Panamá (en negociación), EE.UU.-Región Andina (en negociación), EE.UU.-Centroamérica (en ratificación), Canadá-Centroamérica (en negociación), Canadá-Chile (1997), Canadá-Costa Rica (2002), Canadá-EE.UU. (1989), Chile-América Central (1999), México-

³² Compras de gobierno: medios y mecanismos con los cuales las agencias oficiales del gobierno compran bienes y servicios. El Acuerdo de la OMC sobre Compras del Gobierno, un pacto plurilateral que solo obliga a los miembros de la OMC que lo han firmado, propone reglas de competencia que abarcan las compras de las entidades gubernamentales en esos países miembros. Además, se extiende más allá del alcance del Código sobre Compras del Gobierno del GATT, pues abarca los servicios (incluso los servicios de construcción) y abre a la competencia internacional las prácticas de compras de las autoridades de estados, provincias y departamentos, lo mismo que los servicios públicos, en: <http://usinfo.state.gov>

Costa Rica (1995), México-Bolivia (1995), México-Nicaragua (1998), México-Chile (1999), México-Uruguay (2004).

Características de los procesos de integración económica y sus implicaciones para los derechos humanos

En el ámbito internacional, el marco general en el que se desarrolla la mayoría de los intercambios comerciales lo proporcionan las reglas de la OMC. Sus orígenes se remontan a las negociaciones de los países miembros del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, en inglés), firmado en 1947. Entre 1986 y 1994, se llevó a cabo una amplia ronda de negociaciones entre los países miembros del GATT, llamada la Ronda Uruguay, con la finalidad de hacer una revisión completa del acuerdo. Entre los resultados más importantes se cuentan la sustitución del GATT por la OMC,³³ que entró en vigor el 1 de enero de 1995. En el establecimiento de las reglas de la OMC, se agregan temas como compras de gobierno, normalización de productos, subsidios y medidas *antidumping*.³⁴

Los principios que rigen a la OMC y a otros organismos comerciales se encuentran plasmados en los procesos de integración económica de la región. La manera en que estos principios se han aplicado ha puesto a los gobiernos de los países de la región en situaciones en las que deben optar entre priorizar los compromisos comerciales o cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. A continuación, intentaré explicar la manera en que la aplicación de algunos de estos principios tiene implicaciones en los derechos humanos.

- Principios de trato nacional, no discriminación y nación más favorecida

El apego a estos principios permea todo el espíritu y la letra de los nuevos acuerdos comerciales. El principio de *trato nacional* consiste en la obligación, por parte de los gobiernos, de otorgar a productos e inversiones extranjeras el mismo trato que el ofrecido a los productos e inversiones locales. De igual manera, el trato de la *nación más favorecida* obliga a los gobiernos a otorgar a todo producto o inversión proveniente de las contrapartes el mismo trato que el más beneficioso otorgado a los productos o inversiones de cualquier otra nación.³⁵ Todo esto para

³³ Actualmente, la OMC es una asociación de 147 países miembros y 31 observadores cuya sede se encuentra en Ginebra, Suiza; véase: www.wto.org

³⁴ *Dumping*: introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal.

³⁵ En: <http://usinfo.state.gov>

evitar un trato discriminatorio a productos, servicios y proveedores de servicios e inversiones e inversionistas.

Paradójicamente, la *no discriminación* "es tal vez el principio dominante y más poderoso de la legislación internacional de derechos humanos",³⁶ y también es un "principio importante de los tratados sobre comercio e inversiones y uno de los principios fundamentales de los acuerdos de la OMC".³⁷ Ambos justifican, en algunos casos, "un trato diferenciado, cuando con la igualdad formal no se consiguiera el objetivo de prohibir la discriminación".³⁸ Las situaciones en las que las normas de la OMC se hacen extensivas a otras esferas, como los servicios y la protección de la propiedad intelectual (como en Ecuador y los medicamentos genéricos) a todos los niveles de la reglamentación oficial, local, provincial y nacional, aumentan las posibilidades de superposición y conflicto entre las obligaciones comerciales y las obligaciones de derechos humanos y pueden afectar el principio de no discriminación en el ámbito de los derechos humanos.³⁹

Mecanismos de solución de controversias

A diferencia de los mecanismos multilaterales (OMC) de solución de controversias, que se limitan a litigios entre Estados, la tendencia en los acuerdos comerciales en la región, en sus capítulos sobre inversión, es permitir que los inversionistas individuales (empresas) también puedan solicitar una controversia contra una medida gubernamental.⁴⁰ En estos casos, pueden acudir al mecanismo de solución de controversias específico del capítulo sobre inversiones y demandar a los Estados nacionales una compensación. En contraste, tales mecanismos de resolución de disputas no prevén el acceso por parte de las personas que pueden resultar afectadas directamente con la aplicación de tales acuerdos o indirectamente como consecuencia de las decisiones que se adopten en las instancias de solución de controversias, que tengan efectos en el interés público, tal como pasó en la situación de

³⁶ ONU "Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el principio fundamental de la no discriminación en el marco de la globalización", E/CN.4/2004/40; 15 de enero de 2004, p. 4, par. 7.

³⁷ *Ibid.*, p. 9, par. 16.

³⁸ *Ibid.*, p. 12, par. 25.

³⁹ *Ibid.*, p. 13, par. 27.

⁴⁰ TLC CA-EE.UU., "Solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte", Capítulo 10, sección B, texto final; NAFTA, "Solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte", Capítulo 11: Inversión, sección B; TLC Chile-EE.UU., "Solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte", Capítulo 10, Sección B; ALCA, "Solución de controversias", Capítulo XVII, Subsección C.2., tercer borrador.

Metalclad en México o como podría pasar en la situación de Cochabamba, Bolivia. También se puede encontrar aquí una violación al derecho de acceso a la información, ya que es muy difícil poder conseguir detalles de la manera como está siendo ventilado el arbitraje, dado que se lleva a cabo sin el escrutinio público.

En estados federales, esto todavía es más complicado. Como lo demuestra el caso Metalclad, el gobierno federal no siempre refleja las necesidades del gobierno local durante la defensa en el proceso de solución de controversias y tampoco tiene por "obligación involucrar al gobierno estatal o municipal en el proceso de resolución de controversias. El diseño de mecanismo de resolución de controversias entre inversor-Estado debilita la autoridad de los gobiernos subnacionales"⁴¹

Liberalización de los mercados de servicios

Como se ha expresado anteriormente, los nuevos acuerdos comerciales liberalizan no solamente las mercancías sino también los servicios. Las disposiciones en los nuevos acuerdos permiten a las empresas extranjeras demandar trato nacional a la par de las empresas locales en los mercados de servicios nacionales. En cuanto a los servicios públicos básicos, estos no pueden estar exentos de las reglas comerciales, si son ofrecidos comercialmente o en competencia con proveedores privados (Wola y otros, 2004; Prove, 2004). Pero se olvida que el Estado no está sólo para negociar reglas de comercio y establecer políticas de comercio, sino que también tiene la responsabilidad de proteger los derechos humanos.⁴² Si el Estado falla en esta tarea, el peligro lo corren aquellos pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, pues "mientras que la liberalización ofrece oportunidades para el incremento en el crecimiento económico y el desarrollo, el proceso de liberalización puede amenazar el acceso universal para los pobres hacia los servicios esenciales, particularmente donde se dirige a las actividades no reguladas del sector privado".⁴³

Derechos de propiedad intelectual

Las disposiciones en materia de derechos de propiedad intelectual tienen como objetivo la protección jurídica de todos los derechos

⁴¹ CIEL, "El Instituto del Tercer Mundo (ITEM) Preamble Center. Los acuerdos sobre inversión en las Américas: Perspectivas económicas, ambientales y sociales", 1999, pp. 60-61, disponible en: <http://www.ciel.org/Publications/miamiinvestmentpaperspanish.pdf>

⁴² ONU, Comisión de Derechos Humanos, "La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos. Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos presentado de conformidad con la resolución 2001/32 de la Comisión de Derechos Humanos", E/CN.4/2002/54, 15 de enero de 2002.

⁴³ *Ibid.*, p. 30, párr. 68 (traducción no oficial).

relativos a la preservación y desarrollo de los conocimientos, la formulación de ideas, la creación artística y las innovaciones tecnológicas. La manera en que la propiedad intelectual es considerada dentro del marco de los nuevos acuerdos otorga "patentes para cualquier invención, ya se trate de productos o de procesos, en todos los campos de la tecnología" (NAFTA, art. 1709.1). Esto permite patentar productos médicos y de la flora y fauna, lo que podría impactar la capacidad de tener un acceso adecuado a estos productos.

Dentro del ADPIC de la OMC y la Declaración de Doha sobre el ADPIC y salud pública, se establece que los países tienen el derecho de usar salvaguardas, como son las licencias obligatorias, para proteger la salud pública. No obstante, los nuevos acuerdos en la región pueden poner en riesgo este derecho. El relator de la ONU sobre la salud, Paul Hunt, recientemente expresó su preocupación porque las negociaciones entre Estados Unidos y Perú (con Colombia y Ecuador) podrían pasar por alto las salvaguardas internacionales de salud.⁴⁴ Ni en el NAFTA ni en los tratados más recientes entre EE.UU. y Chile o Centroamérica, así como en las negociaciones para un TLC de EE.UU. con la Zona Andina se asumen las limitaciones planteadas por Doha, que pretendían hacer compatibles los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano a la salud.

Asimismo, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos ha manifestado su preocupación por la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, en el cual "existen contradicciones aparentes entre el régimen de derechos de propiedad intelectual consagrado en el Acuerdo sobre los ADPIC, por una parte, y el derecho internacional relativo a los derechos humanos, por otra parte".⁴⁵

Por su lado, el alto comisionado de derechos humanos de la ONU señaló la necesidad de lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en contraste con lo establecido en los ADPIC. Indica que mientras el derecho de propiedad intelectual es cedido por el Estado a través de licencias, los derechos humanos son inalienables y universales, y que el Estado no tiene que otorgarlos, sino únicamente reconocerlos⁴⁶ y hacer posible su implementación. En sus conclusiones, hace

⁴⁴ ONU, "El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Informe del Relator Especial Paul Hunt. Misión en la Organización Mundial del Comercio", E/CN.4/2004/49/Add.1, 1 de marzo de 2004.

⁴⁵ ONU, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, "Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos", 52 período de sesiones, tema 4 del programa, E/CN.4/Sub.2/2000/7, 17 de agosto de 2000.

⁴⁶ ONU, "Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Informe de la Alta Comisionada", E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 de junio de 2001, párr. 10 y 11.

un llamamiento a los Estados para que “consideren la elaboración de leyes que impidan los abusos de los derechos de propiedad intelectual que conduzcan a violaciones del derecho a la salud”.⁴⁷ Así también, el grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas de la ONU manifiesta que estas han criticado los ADPIC “por no proteger adecuadamente sus conocimientos intelectuales, sobre todo en lo que atañe a las patentes sobre semillas y obtenciones vegetales”.⁴⁸

Flexibilización de los mercados laborales

En materia de derechos laborales, los acuerdos comerciales suscritos aspiran a consolidar los procesos de flexibilización y desregulación de los mercados de trabajo; procesos que han conducido a un masivo deterioro de las condiciones de empleo de millones de trabajadoras y trabajadores. Hasta donde es posible medirlo, el desempeño de estas iniciativas en el empleo, salarios y grupos en situación de vulnerabilidad ha sido magro, aunque se registran avances importantes en la dimensión normativa del reconocimiento de los derechos de los trabajadores, independientemente de que, al mismo tiempo, no siempre se cumplen las normas y el grado de respeto a ellas no es homogéneo entre los países ni en su interior. Estas ambivalencias ponen en cuestión el respaldo social a los procesos, porque los beneficios económicos de la integración y el libre comercio no llegan equitativamente a todos, y algunos, incluso, son negativamente afectados y requieren de políticas compensatorias”.⁴⁹

Cláusula de confidencialidad

A pesar de sus impactos potenciales sobre economías, sociedades y ambientes nacionales, las negociaciones comerciales ocurren en secreto casi total. Aunque algunos textos borradores del ALCA han sido publicados, contienen numerosas propuestas “en corchetes”, sobre las que no existe consenso, y no identifican cuáles países apoyan cada una. Ningún texto de negociación fue publicado en tratados bilaterales recientes como el TLC Chile-EE.UU., el TLC Centroamérica-República Dominicana-EE.UU. o en negociaciones actuales como el TLC andino. De

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 64.

⁴⁸ ONU, Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, “Examen de los acontecimientos relacionados con la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas”, tema principal: “Los pueblos indígenas y la mundialización”, Nota de la Secretaría, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2003/2, 16 de junio de 2003, párr. 34.

⁴⁹ Organización Internacional del Trabajo (OIT) “Panorama laboral 2003” y “Aspectos laborales en los procesos de integración y los tratados de libre comercio en la región”, 2003, p. 64, en: http://www.oit.org.pe/portal/documentospanorama_2003_temas_especiales_2_aspectos_laborales_en_los_procesos_de_integracion.pdf

hecho, los representantes gubernamentales y aquellos de la sociedad civil a los que se les permite ver los textos de negociación deben firmar acuerdos de confidencialidad y se les prohíbe divulgar la información.⁵⁰

Esta característica está relacionada estrechamente con la violación del derecho de acceso a la información. De acuerdo con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre “Pacto de San José”,⁵¹ los ciudadanos de los países que la han ratificado tienen derecho a buscar y recibir información. Estas cláusulas de confidencialidad no deberían aplicarse indiscriminadamente, especialmente cuando se trata de situaciones que son de interés público.

Primacía de los derechos humanos

La primacía de los derechos humanos está claramente asentada en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que establece que, 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”.⁵²

En las diferentes declaraciones de las Naciones Unidas, los Estados han hecho clara la primacía de los derechos humanos. Por ejemplo, durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, 171 Estados aprobaron la Declaración y Programa de Acción de Viena, en cuyo punto resolutivo 1 se explicita que la promoción y protección de los derechos humanos es la principal responsabilidad de los Estados.

La liberalización económica constituye un factor de redefinición del papel y del poder de los Estados nacionales, ya que actúan dentro de un escenario en el que participan otros Estados y actores privados con poder económico y político difícil de enfrentar, lo que pudiera entrañar, como ocurre en los ejemplos presentados, un grave riesgo para los derechos humanos, en tanto que limita las capacidades estatales para cumplir las obligaciones asumidas en la materia. En efecto, al ser parte de un tratado de libre comercio, el Estado se somete a la jurisdicción de instituciones públicas o privadas que aplican el derecho mercantil internacional, sin considerar sus implicaciones en los derechos humanos de las personas o colectivos que resultan afectados.

⁵⁰ Aporte de la experta Karen Hansen-Kuhn.

⁵¹ OEA, *Convención Americana sobre Derechos del Hombre, “Pacto de San José”*, 1969.

⁵² ONU, *Carta de las Naciones Unidas*, cap. XVI, 26 de junio de 1945.

Los textos constitutivos de la OMC y de varios acuerdos comerciales de la región, como el NAFTA, no hacen referencia explícita a los instrumentos de derechos humanos,⁵³ no obstante que estos marcan las obligaciones que los Estados debieran considerar al momento de asumir compromisos comerciales y que derivan de los sistemas de protección de derechos humanos, tanto el de Naciones Unidas como el interamericano; a ellas haremos referencia a continuación.

Obligaciones asumidas por los Estados miembros de la OEA en materia de derechos humanos

De acuerdo con el sistema interamericano

Desde su origen, la Organización de Estados Americanos se planteó como misión histórica ofrecer al hombre (sic) una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de sus derechos esenciales y en la consolidación de las instituciones democráticas, reafirmando los principios y propósitos que la humanidad confió a las Naciones Unidas.⁵⁴

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración Americana), se consideró que “la protección internacional de los derechos del hombre (sic) debe ser guía *principalísima* del derecho americano en evolución” (énfasis agregado).⁵⁵ En este instrumento, todos los Estados que constituyeron la OEA reconocieron los derechos esenciales de toda persona, así como la obligación que tiene cada Estado de garantizarlos, incluyendo derechos de carácter civil, político, económico, social y cultural. Los Estados se obligaron a hacer efectivos estos derechos de manera progresiva, y nunca regresiva, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) suscrita en 1969; y ellos fueron reafirmados y desarrollados en otros instrumentos, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador, firmado en 1998.

⁵³ Algunas excepciones incluyen los acuerdos de asociación económica, concertación política y cooperación establecidos entre la Unión Europea y algunos países en la región (México y Chile). En el acuerdo con México, por ejemplo, el primer artículo señala: “El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las partes y constituye un elemento esencial del presente acuerdo”.

⁵⁴ OEA, Carta de la Organización de Estados Americanos, Bogotá, Colombia, 1948, art. 1 y 2.

⁵⁵ OEA; *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Bogotá, Colombia, 1948, considerando 3.

El artículo 1 de la Convención impone a los Estados parte los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido a la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la propia Convención.⁵⁶

Al mismo tiempo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó como una obligación estatal garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁵⁷

Los Estados se obligaron igualmente, por el artículo 2 de la Convención, a que:

...si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.⁵⁸

Estas obligaciones implican, además, el carácter progresivo, nunca regresivo,⁵⁹ y universal –atendiendo a las identidades diversas, sin discriminación– e integral de los derechos humanos,⁶⁰ tanto de las personas como de los colectivos. Los Estados se comprometieron en la Conferencia Mundial de Viena (1993) a implementar programas de acción que permitieran concretar y hacer operativas dichas obligaciones para avanzar en la realización de los derechos humanos. Por otra parte, al suscribir la Carta Democrática Interamericana, el 11 de septiembre de 2001, los Estados reconocieron el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales como elemento esencial de la democracia.⁶¹

La obligación asumida por los Estados en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, enfatizada también en

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Godínez Cruz”, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 173, en: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/A2b.htm>

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ OEA, *Convención Americana sobre Derechos del Hombre “Pacto de San José”*, art. 2.

⁵⁹ *Ibíd.*, art. 26.

⁶⁰ ONU, Asamblea General, “Declaración y Plan de Acción de Viena”, *AVCONF.157/23*, 12 de julio de 1993.

⁶¹ OEA, *Carta Democrática Interamericana*, Lima Perú, 11 de septiembre, 2001, art. 3.

la Declaración y Programa de Acción de Viena, consistente en rendir cuentas respecto de los resultados alcanzados. Obligaciones que vinculan la responsabilidad de los Estados respecto de todos los derechos reconocidos en la Declaración Americana, en la Convención, en su Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en las convenciones.

De acuerdo con el sistema de las Naciones Unidas

Además, los Estados miembros de la OEA, como signatarios de la Carta de las Naciones Unidas, también se comprometieron a actuar guiados por sus principios. Por lo tanto, y de acuerdo con la propia Carta, los Estados declararon tener “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”. En la misma Carta, se comprometieron a “crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”.⁶²

Consecuentemente, los Estados de la región se comprometieron a promover las “condiciones de progreso y desarrollo económico y social” y al “respeto universal a los derechos humanos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.⁶³ Para llevar a cabo estos propósitos, todos los países se “comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización”.⁶⁴

En la resolución 1998/12 de la subcomisión, se establece que los derechos humanos son “objetivo primordial de la política en materia de comercio, inversión y finanzas”. Al respecto, cuando se declara “convencida de la necesidad de reafirmar el carácter central y la primacía de las obligaciones de los derechos humanos en todos los sectores de la gestión pública y el desarrollo (...) en materia de comercio, inversión y finanzas”⁶⁵, hace notar “que el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros”⁶⁶ instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos es la responsabilidad y el objetivo primordial y fundamental de los Estados.

⁶² ONU, *Carta*, ob. cit., segundo y tercer párrafos, preámbulo.

⁶³ *Ibíd.*, art. 55.

⁶⁴ *Ibíd.*, art. 56.

⁶⁵ ONU, *Declaración y Plan de Acción de Viena 1993*, párr. 10.

⁶⁶ *Ibíd.*, punto 1.

La alta comisionada expresó que la mayor preocupación es que se ha estado haciendo presión comercial sobre los Estados para que impongan legislación acerca de la propiedad intelectual del tipo ADPIC-plus (que contempla un período más largo de protección a los derechos de propiedad intelectual). Esto podría dar lugar a sistemas de propiedad intelectual incompatibles con las obligaciones en derechos humanos de los Estados.⁶⁷ Por lo tanto, los Estados deben vigilar la aplicación de los ADPIC para lograr que las normas mínimas tengan un equilibrio.⁶⁸ Así, también hace un llamamiento para que los Estados “adapten los regímenes de propiedad intelectual de manera que tengan en cuenta los derechos culturales”⁶⁹ y que “consideren la elaboración de leyes que impidan los abusos de los derechos de propiedad intelectual que conduzcan a violaciones del derecho a la salud”.⁷⁰ La alta comisionada aclara que aunque las normas de derechos humanos no estipulan que la obligación de proporcionar servicios esenciales es exclusiva del Estado, sí es su obligación garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de servicios esenciales, incluido el suministro, especialmente a los pobres, los grupos vulnerables o marginados.⁷¹ En este sentido, la función del Estado no es solo la de negociar las reglas de comercio y establecer políticas de comercio, sino que también debe proteger los derechos humanos.⁷²

El relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, señor Paul Hunt, ha analizado las consecuencias de la aplicación de los ADPIC sobre el acceso a medicinas; estudia los efectos de los AGCS en los servicios de salud y el impacto de los problemas de acceso a medicamentos, en especial en las mujeres; del continuo movimiento de personal de un país a otro; y de la liberalización de los servicios de agua.⁷³ Las recomendaciones del relator, para los Estados miembros de la OMC, fueron que, en caso de que un Estado escoja involucrarse en la liberalización del comercio en las

⁶⁷ ONU, “Consecuencias para los derechos humanos del acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Informe de la Alta Comisionada”, párr. 27.

⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 61.

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 65.

⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 64.

⁷¹ ONU, Comisión de Derechos Humanos, “La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos. Informe de la Alta Comisionada”, E/CN.4/Sub.2/2002/9; 25 de junio de 2002, p. 4, párr. 1.

⁷² *Ibíd.*, p. 11, párr. 10 (traducción no oficial).

⁷³ ONU, “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Informe del Relator Especial Paul Hunt. Misión en la Organización Mundial del Comercio”, E/CN.4/2004/49/Add.1, 1 de marzo de 2004, pp. 41, 46 y 57, incisos a-c).

áreas de salud, debe de seleccionar la manera, el paso y la secuencia de la liberalización que se dirija a la realización progresiva de este derecho.⁷⁴

Asimismo, es oportuno citar el reciente informe del relator especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler, que aborda enteramente los efectos del comercio internacional sobre la seguridad alimentaria. Menciona que el derecho a la alimentación impone al Estado tres obligaciones diferentes: respetarlo, protegerlo y hacerlo efectivo.⁷⁵ En el contexto de los procesos de integración económica, la obligación específica del Estado es la de proteger este derecho.⁷⁶ El relator reitera que esta obligación de proteger “requiere que el Estado parte adopte medidas para que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada”. También implica que el Estado adopte “las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua”.⁷⁷ Por último, recomienda que “Todos los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tengan presente sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la alimentación en el contexto de las negociaciones comerciales internacionales” de los organismos financieros internacionales.⁷⁸

Rol de la comisión interamericana de derechos humanos

La Comisión tiene el mandato y las facultades propicias para el impulso de acciones que permitan hacer efectiva la primacía de los derechos humanos frente a los tratados de libre comercio. En su Carta fundacional, la OEA incluyó entre sus órganos a la Comisión,⁷⁹ y le encomendó la misión de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, la cual confirmó en la Convención, confiriéndole, entre otras, funciones y atribuciones para: formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos, y

⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 80.

⁷⁵ ONU, “Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler, presentado de conformidad con la resolución 2003/25 de la Comisión de Derechos Humanos”, E/CN.4/2004/10, 2004, párr. 42.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 54, inc. c).

⁷⁹ OEA, *Carta de la Organización de Estados Americanos*, ob. cit., art. 43 y 106.

fomentar su debido respeto; preparar estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; y solicitarles informes sobre las medidas que adopten en la materia.⁸⁰ Este mandato fue refrendado durante la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas en Québec. Intención reiterada también en el artículo 8 de la Carta Democrática Interamericana, como parte del propósito de consolidar la democracia en el hemisferio.

Conclusiones de la audiencia y recomendaciones presentadas a la Comisión

Conclusiones

Los Estados parte de la ONU fueron enfáticos al suscribir la Carta de la ONU, específicamente en el artículo 103. Esta voluntad fue reafirmada por los Estados miembros de la OEA al suscribir el documento que dio origen a la Organización. Los demás instrumentos y resoluciones que han venido aprobando los Estados en el marco interamericano ratifican dicho propósito. Lo que equivale a la afirmación de la primacía de los derechos humanos frente a los compromisos emanados de cualquier otro tratado.

El desarrollo del derecho mercantil internacional ha adquirido proporciones y características que amenazan la vigencia de muchas de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos humanos, por lo que es apremiante actuar para que los procesos de integración y liberalización del comercio no continúen ignorando la primacía de los derechos humanos. Es preciso profundizar las indagaciones y el seguimiento sistemático de los impactos que estos acuerdos están implicando en la vigencia de los derechos humanos.

Ante ello, diversos organismos del sistema internacional de derechos humanos han manifestado preocupaciones y recomendaciones en torno al actual proceso acelerado de liberalización y de firma de tratados de libre comercio e inversión; no obstante, no han tenido resonancia en los Estados miembros de la ONU y de la propia OEA.

El mandato y facultades que han otorgado los Estados miembros de la OEA a la Comisión son suficientes para que emprenda acciones que permitan hacer efectiva la primacía de los derechos humanos frente a los tratados de libre comercio.

⁸⁰ *Ibíd.*, art. 41.

Toda vez que el sistema interamericano aún no ha abordado suficientemente el fenómeno, la Comisión debe reflexionar en la eficacia de las recomendaciones y preocupaciones de los mecanismos del sistema internacional e implementar medidas de corto, mediano y largo plazo, para alertar tempranamente sobre los efectos que podrían estar ocasionando los procesos de integración económica en la región, así como adecuar los mecanismos existentes e implementar nuevos, a fin de ofrecer oportuna y adecuada protección a los afectados en sus derechos a causa de dichos procesos.

Recomendaciones

Por lo tanto, en la audiencia recomendamos a la Comisión:

- Solicitar en el primer semestre de 2005 a los Estados, que informen sobre la manera en que están tomando en cuenta los derechos humanos en las negociaciones comerciales.
- A partir de dichos informes y del análisis de los borradores y documentos finales de los acuerdos comerciales de la región, elaborar un informe especial en el marco de las obligaciones que han asumido los propios Estados en materia comercial y su compatibilidad con la primacía de salvaguardar la plena vigencia y respeto a los derechos humanos.
- Con las facultades que su mandato le otorga de vigilar el apropiado acceso a la información, que el relator especial para la libertad de expresión incluya en su informe un estudio acerca del acceso a la información en los procesos de negociación comercial y, en particular, que informe sobre la cuestión de confidencialidad durante las negociaciones de los TLC.
- Teniendo en cuenta la Carta Democrática Interamericana, promover frente a los Estados un espacio específico de participación de las organizaciones de la sociedad civil involucradas en el análisis crítico y la elaboración de propuestas frente a los actuales procesos de integración económica.
- Considerar la intervención de los órganos del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos en el proceso de elaboración de una Carta Social Americana que asegure el respeto al principio de primacía de los derechos humanos.

RECEPCIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE EL TEMA Y POSIBLES ACCIONES DE SEGUIMIENTO

Apreciación inmediata

La Comisión se mostró abierta e interesada en el tema y reconoció la necesidad de mayor información y reflexión de parte de sus propios miembros. Al mismo tiempo, los comisionados aceptaron que hay posibles acciones iniciales que podrían realizar tanto la Comisión como los usuarios del sistema. Sobre todo, que la Comisión comience a conocer este tema por medio de la presentación de casos específicos por los usuarios del sistema interamericano de protección, particularmente desde el punto de vista del derecho a la información y la transparencia gubernamental.

Posible trabajo de seguimiento

Como parte del seguimiento que hemos dado a esta audiencia temática, hemos sostenido diferentes reuniones formales e informales con los comisionados, el relator para la libertad de expresión y otros miembros de la Comisión, para intercambiar impresiones acerca de posibilidades reales de que ella atienda nuestras recomendaciones. Hasta el momento, la vía que parece más accesible es la recomendación relacionada con el mandato del relator de libertad de expresión, y lo es todavía más porque él mismo está interesado en comenzar a trabajar al respecto. Es muy importante señalar que nos advirtió que sus posibilidades de trabajar en el tema están relacionadas directamente con el trabajo concreto de las organizaciones en la región. El relator requiere que hagamos una investigación previa en materia de acceso a la información, con la intención de establecer un patrón de violaciones de este derecho en el ámbito regional.

Nos sugirió que en los distintos países de la región sometiéramos a discusión solicitudes para obtener información oficial relativa a las negociaciones comerciales y monitorear la contestación. Enfatizó que este trabajo sería más interesante para él si viene de países que ya cuentan con leyes y organismos de acceso a la información como México, Perú, Chile y Ecuador. También subrayó la importancia de que la información que proporcionemos las organizaciones –y que queramos que incluya en sus informes y recomendaciones– presente una evidencia sólida de alguna forma de negación, por parte de los Estados, de acceso a la información, por ejemplo, una respuesta escrita de las autoridades negando la información solicitada, la simple ausencia de contestación por parte del Estado a las solicitudes presentadas, la entrega de documentos incompletos, etc.

CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión, la Comisión reconoce la necesidad de su actuación para comenzar a trabajar más en el estudio de violaciones de los derechos humanos en este contexto; sin embargo, hay varias dificultades a las que los usuarios nos enfrentaremos al tratar este tema ante la Comisión:

- Que según comentarios de funcionarios de la Comisión, esta seguramente no otorgará otra audiencia temática sobre el tema, ya que se prefiere que las organizaciones comencemos a llevar casos concretos o que trabajemos de cerca con el relator de libertad de expresión.
- A pesar de que los comisionados reconocen la gravedad de las violaciones cometidas en este contexto y también la necesidad de comenzar a trabajar al respecto, el tema tiene implicaciones políticas con los Estados miembros, y la Comisión acoge puntos de vista que no son tan críticos de los procesos de integración económica como los de las organizaciones. Por lo mismo, ella no está considerando abordar el tema directamente, sino más bien a través de casos de violaciones que sean claramente de la competencia de la Comisión (por ejemplo: derecho al acceso a la información).
- Que hay desconocimiento del tema dentro de la Comisión y que no hay posibilidades financieras para ampliar sus funciones con la finalidad de comenzar a trabajar este tema de lleno.
- Que debido a que muchas violaciones de derechos humanos cometidas en este contexto están estrechamente relacionadas con derechos económicos, sociales y culturales, hay que tomar en consideración la falta de claridad en el mandato de la Comisión sobre los DESC.

BIBLIOGRAFÍA

- KRUSE, Tome y Cecilia RAMOS (2003), "Agua y privatización: beneficios dudosos, amenazas concretas", Control Ciudadano, informe 2003, en: www.socwatch.org.uy/es/informeImpreso/pdfs/bolivia2003_esp.pdf
- PEREDO BELTRÁN, Elizabeth (2004), *Las mujeres del Valle de Cochabamba: Agua, privatización y conflicto*, Fundación Solón y Movimiento Boliviano de Lucha contra el ALCA, La Paz, abril.
- PROVE, Peter N. (2004), "Integración económica y derechos humanos," The Lutheran World Federation, Comité Internacional de ONG de Derechos Humanos en el Comercio y la Inversión, Comité Especial de ONG de Derechos Humanos (Ginebra), presentación, 29 de febrero, Washington D. C., Estados Unidos.

- República de Colombia, Ministerio de Minas y Energía, "Área de Libre Comercio de las Américas", en: <http://www.upme.gov.co/Mercadominerales/MMinerales/ALCA.pdf>
- SHULTZ, Jim (2000); "Bolivia's war over water"; The Democracy Center, en: http://www.democracctr.org/bechtel/the_water_war.htm
- SOLÓN, Pablo (2002); "Aguas del Tunari y Bechtel extorsionan a Bolivia", en: <http://www.redvoltaire.net/article357.html>
- USINFO, "The Language of Trade", US Department of State. Wola y otros (2004), "TLC CA-EU Fails Standards of Justice," Washington, D. C.