

Extrait du El Correo

<http://www.elcorreo.eu.org/Los-tratados-bilaterales-de-libre-comercio-y-de-promocion-y-proteccion-de-inversiones-son-armas-de-destruccion-masiva>

Los tratados bilaterales de libre comercio y de promoción y protección de inversiones son "armas de destrucción masiva"

Date de mise en ligne : vendredi 22 juillet 2005

- Empire et Résistance - Blocs régionaux - ALENA, TLC US-UE -

Copyright © El Correo - Tous droits réservés

SubComisión de derechos humanos 2004

Tema 17 : Promoción y protección de los derechos humanos. El rol de una buena gobernanza en la promoción de los derechos humanos. Exposición escrita presentada por el CETIM y la AAJ.

ONU símbolo : E/CN.4/Sub.2/2004/NGO/10

I. 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.

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

Todo esto comporta la primacía de los derechos del capital sobre los derechos democráticos y humanos de los pueblos. Se consolidan -como régimen jurídico de obligatorio cumplimiento- las políticas de liberalización y privatización.. Se trata de lograr, mediante acuerdos internacionales, que estas políticas no puedan ser revertidas.

Es la regresión a una especie de derecho feudal o corporativo, opuesto al derecho público nacional e internacional y que funciona en el interés exclusivo del gran capital transnacional y de los Estados ricos y en detrimento de los derechos fundamentales de los Estados llamados periféricos y de sus pueblos.

Con la agravante de que este derecho corporativo está acompañado de un fuerte sistema coercitivo para asegurar su aplicación : multas, sanciones económicas, presiones económicas, diplomáticas, militares, etc. Y para el arreglo de los diferendos entre las partes se han creado "tribunales arbitrales" al margen del sistema judicial de derecho público estatal e internacional, entre los que cabe destacar los que se constituyen en el seno del CIADI [1].

Forman parte de este sistema de derecho corporativo los Acuerdos internacionales y regionales [2].

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

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

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

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

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

Nos referiremos en particular a los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras (TPPI), que constituyen de alguna manera el eje de este derecho corporativo.

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

Estos tratados están celebrados entre Estados pero los derechos que acuerdan se confieren a los particulares y en los mismos se incluyen disposiciones relativas al mecanismo de solución de las controversias que puedan surgir con motivo de la inversión, entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión. El incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones asumidas en un TPPI hace surgir la responsabilidad internacional del Estado receptor por los daños ocasionados. La novedad radica en que el procedimiento para hacer cesar tal conducta y obtener un resarcimiento se aparta del Derecho Internacional clásico.

En el sistema clásico el particular no tiene acceso directo al tribunal y es el Estado de su nacionalidad el que hace suyo el reclamo a través de la protección diplomática, pero en virtud de las doctrina Calvo (véase III, 3) esto solo puede suceder una vez que el particular afectado ha agotado los recursos administrativos y judiciales establecidos en la legislación nacional del Estado al que pretende demandar.

En el sistema de los TPPI esto se modifica, ya que se admite el acceso directo de los particulares a la instancia arbitral internacional en las condiciones pactadas en el tratado.

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

1. El tratamiento más favorable

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

Esto significa que en todos los casos se dará el trato más favorable a la inversión, independientemente de cuál sea la norma (nacional o internacional) que acuerde mejores condiciones a las inversiones. De esta manera, aún cuando esas condiciones más ventajosas no figuren en el TPPI se integran a él y su incumplimiento genera responsabilidad internacional reclamable por las vías que el mismo TPPI 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".

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

4. Ausencia e incluso prohibición de requisitos de desempeño.

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

Estado receptor.

5. Indemnización en caso de expropiación

Los TPPI incluyen cláusulas previendo la indemnización en caso de expropiación u "otras medidas de efecto equivalente". Esta última frase, ambigua, permite exigir la indemnización en caso de medidas adoptadas por el Estado receptor que "privan al inversor de los beneficios que podría razonablemente esperar", como dijo el tribunal arbitral en el caso "Metalclad c/México", en el marco del TLCAN [3].

6. Previsión de compensaciones

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

7. Autorización de transferencias

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.

III. Si existe la voluntad política de hacerlo, se puede salir de la trampa de los tratados bilaterales de libre comercio y de promoción y protección de inversiones, restablecer el derecho público nacional e internacional y defender y promover los derechos humanos.

Hay diversas maneras de lograrlo :

1) Denunciando los Tratados cuando concluye su vigencia para evitar su reconducción automática.

2) Invocando la preeminencia de una norma jerárquicamente superior.

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

3) Restableciendo competencia territorial de los tribunales nacionales.

En muchos tratados bilaterales de comercio y de inversiones, en el TLCAN y en el proyectado ALCA se incluye una cláusula de renuncia a la jurisdicción nacional en favor de tribunales arbitrales para dirimir conflictos entre un particular inversor y el Estado receptor de la inversión.

Esta renuncia implica el abandono de la llamada « doctrina Calvo », que se basa en los principios de la soberanía nacional, de la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros y de la jurisdicción territorial. Según la doctrina Calvo los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados y los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, 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 está incorporada a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (artículo 15) ; al Pacto de Bogotá (artículo 7), a la Resolución 3171 del 17 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Soberanía permanente sobre los recursos naturales), punto 3, y a varias Constituciones nacionales [4].

4) Efectuando el control de constitucionalidad de los tratados.

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

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

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

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

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

Ya nos hemos referido en 2) al art. 53 de la Convención de Viena .

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

Combinando los artículos 46 y 53 sería causa de nulidad de un Tratado su celebración en violación de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución del Estado y en las principales normas del derecho internacional de los derechos humanos, como los derechos a la salud, a la alimentación, a una vivienda adecuada, a la educación, etc.

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

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

Post-scriptum :

Notes :

[1] Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones (CIADI) miembro del Grupo del Banco Mundial y cuyo presidente es, ex officio, el Presidente del mismo Banco Mundial. En el seno del CIADI se constituyen tribunales arbitrales que dirimen las controversias entre las sociedades transnacionales y los Estados (136 de éstos forman parte del CIADI), que aceptan someterse a su arbitraje. Los Estados, al aceptar esta jurisdicción para dirimir conflictos de igual a igual con empresas privadas, renuncian a una prerrogativa fundamental de la soberanía como es la jurisdicción territorial de sus tribunales. El Convenio del 18 de marzo de 1965 (Convenio de Washington), que creó el CIADI, fue elaborado por el Banco Mundial. Durante la discusión del mismo, los Estados latinoamericanos, fieles en esa época a la Doctrina Calvo (véase III,3), se opusieron unánimemente a la creación de tribunales arbitrales internacionales para dirimir conflictos entre los Estados e inversores extranjeros. Pero hoy forman parte del CIADI una quincena de Estados latinoamericanos, la mayoría de los cuales adhirieron en el decenio de 1990. En la OMC funciona el Órgano para la solución de controversias (Organe de règlement des différends - ORD).

[2] Los tratados internacionales son fundamentalmente los celebrados en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), entre ellos el relativo a los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC, TRIPS en inglés), el Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (de bienes) (TRIM) y el Acuerdo General sobre el comercio de servicios (AGCS, GATS en inglés).

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

Existen además el Tratado europeo de Maastrich y otras estructuras regionales como la ASEAN (Asociación de Naciones del Este de Asia), el AFTA (ASEAN Free Trade Area) y la APEC (Asia Pacific Economic Cooperation). Si se aprueba el Tratado Constitucional europeo, concertado por los gobiernos sin participación popular alguna sobre su contenido, será una pieza maestra en Europa de este derecho antidemocrático y neoliberal al servicio del poder económico transnacional.

[3] En 1996 la empresa estadounidense Metalclad demandó al gobierno mexicano por violar el capítulo 11 del TLCAN, cuando el gobierno de San Luis Potosí impidió abrir a dicha empresa un depósito de desechos tóxicos. Bajo las normas del TLCAN, 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.

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