



(Photo: Patricio, notlc.com)

¿La (in)seguridad jurídica: respecto de qué?

Margarita Flórez, ILSA¹ (Agosto 2007)

En este trabajo presentamos algunas consideraciones sobre el tema de la (in) seguridad jurídica que se predica como causa, y fin último para llevar adelante procesos normativos que garanticen los intereses de los inversionistas. Se trata de adoptar normas homogéneas, durables, con poder de coerción, y que aseguren transparencia. Lo cual convertiría a todas las legislaciones en algo confiable, pero su desarrollo ha sido en una sola dirección.

Estos procesos se inician con los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (Bits), amplían su cobertura en el Tratado y en los acuerdos que integran la OMC, Organización Mundial del Comercio, y se expanden a través de los TLC, Tratados de Libre Comercio. Y en un caso extremo a través de ellos se garantiza que la legislación interna de los Estados no se pliegue a sus obligaciones, así estas sean bilaterales. Nos referimos a la supremacía de la legislación estadounidense sobre el propio bilateral, tal como se consagra en la ley aprobatoria del CAFTA, numeral 102, que asegura que ninguna de sus normas podrá estar por encima de su legislación interna. Con todos estos dispositivos lo que se pretende es favorecer a ultranza el derecho del inversionista, en desmedro de los demás ciudadanos.

Frente a esa ola de seguridad, observamos que otro tipo de legislaciones provenientes del campo de Naciones Unidas, NNUU: normas de DDHH, ambientales, laborales se llevan a un segundo plano, produciéndose la paradoja de que la seguridad de un tipo de leyes, somete a la inseguridad a los otros tipos de legislación.

En nuestro sentir se disminuye el alcance de los múltiples compromisos de carácter multilateral en materia medioambiental y de los tratados de derechos humanos que instan a los gobiernos a garantizar la calidad de vida de las personas. Y el discurso se construye sobre una espiral que parte de la necesidad de crear un clima ade-

cuado a la inversión, el respeto por ella, el consecuente crecimiento económico, y por último el bienestar de las personas, es decir colocar las aspiraciones en un orden inverso al previsto en legislaciones no comerciales. El libre comercio regulado de manera taxativa se asegura de un dispositivo en materia de cumplimiento, y resolución de controversias erigiéndose como el ideal de cualquier norma de derecho internacional, pero al no poseer este dispositivo las otras garantías, se plantea una desigual competencia.

Derechos humanos

Las Constituciones nacionales en América latina han sido pródigas en incluir las obligaciones de derechos humanos en sus textos, y para su ejercicio han consagran acciones que amparen los derechos colectivos que son su fundamento. Pero el ejercicio precario que han tenido estos derechos, se ve aún más recortado con la suscripción de tratados de libre comercio, sean estos multilaterales, o bilaterales.

Se considera que se ha vulnerado el derecho a la salud cuando la definición de servicios provenientes de los acuerdos comerciales incluye a todos los que se prestan, incluso los obligatorios, aquellos a los cuales el Estado está obligado para cumplir con sus compromisos en materia de DDHH. En efecto la noción según la cual la salud es un servicio que sólo puede ser prestado por compañías, dentro de una lógica de lucro, impide o dificulta la prestación de servicios primarios, de por sí muy menguados, para aquellos sectores más carenciados. Si

¹ Texto de comunicación enviada en enero de 2005, por el Ministerio de Comercio a una lista de correo dentro de la cual está la autora.



Pancarta de la Unión Nacional de Empleados del Banco (UNEB) durante una movilización en Bogotá, octubre de 2005

(Foto: Indymedia Colombia)

consideramos que hoy cerca de la mitad de la población de América Latina está debajo de la línea de la pobreza absoluta, podemos darnos cuenta que si tiene que pagar obligatoriamente por recibir la mínima atención, esto se traduce en una inasistencia permanente.

El otro punto es el acceso a tratamientos de enfermedades graves a bajo costo, ya que se dificulta o impide la facultad que tienen los gobiernos para que las empresas concedan licencias obligatorias. O se permita el uso de genéricos, puesto que lo que se consolida es la protección mayor en el plazo para las patentes de medicamentos, o la imposibilidad de que durante éste se elaboren genéricos, lo cual anula la posibilidad de tener fármacos para atender enfermedades mortales como el sida. Asimismo, no permite que los países puedan hacer importaciones paralelas de productos patentados.

Lo mismo acontece con la educación, que en contextos como los de los países en desarrollo el Estado debe dotar de una educación básica y universal a la mayoría de la población, a adultos, a alumnos especiales, entre otros sectores prioritarios. Pero al adoptar la privatización de los servicios educativos la cobertura universal se minimiza, y los costos educativos se disparan haciendo imposible el acceso a este derecho humano, a lo cual se suma que por la precaria situación económica se registran numerosos casos de deserción escolar, pues los padres no pueden ni siquiera mantener el gasto de alimentación y transporte que garantice que los alumnos sigan sus estudios.

² Ver: Decreto 2811 de 1974 y decretos reglamentarios, MAVDT, 2002; ley 99 de 1993 Ministerio del Medio Ambiente, 1994; Tratados Internacionales firmados y ratificados por Colombia, Políticas Ambientales y Sectoriales, Ministerio del Medio Ambiente, 1998.

³ *Ibidem*, (arts. 10.13.1 y 11.6.1 del TLC EUCA), Capítulo 2: La estructura y las potestades del estado social de derecho.

⁴ *Ibidem*, Nota. El impacto en los procesos políticos nacionales de esta lógica impuesta también en los acuerdos de la OMC como el GATS ha recibido fuertes cuestionamientos que son plenamente aplicables al TLC, ya que "dondequiera que exista un consenso multipartidario nacional, es concebible que perduren las excepciones específicas nacionales (para los servicios). Pero dondequiera que existan divisiones ideológicas serias sobre temas contenciosos, es probable que perduren limitaciones específicas nacionales que protejan (ciertos servicios nacionales) hasta que **un único gobierno** comprometido con un enfoque hacia el mercado los elimine, **obligando a todos los gobiernos futuros**. De esta manera, el GATS interfiere en el vaivén habitual de la vida política en una sociedad democrática." Citizens' Network on Essential Services 2003. "Los servicios públicos en peligro: El GATS y la agenda privatizadora." En: **Los pobres y el mercado**, Informe Social Watch, p. 17.

⁵ Public citizen, Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas

Derechos ambientales

En un segundo lugar nos interesa mostrar la reducción en el alcance de normas medioambientales, lo cual tiene importancia significativa en el caso de América Latina, y en particular en Colombia donde se presenta uno de los más altos índices de firma y ratificación de Convenios sobre medio ambiente, y buena parte de las políticas y normas internas que se han implementado se basan en el acatamiento a sus disposiciones.²

Respecto de la vigencia de los Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente, AMUMAS, los países que han firmado y ratificado la mayor parte de ellos, cuando se relacionan con otros Estados que no los suscriben, caso Estados Unidos, presentan dos facetas: una de índole multilateral, amplia, y otra restrictiva. Y puede presentarse el caso de que si se cumple con las obligaciones emanadas de los convenios multilaterales, se incumple con el acuerdo bilateral, o viceversa.

Nos referimos en especial a las obligaciones relativas a la diversidad biológica frente a nociones comerciales como son los derechos de propiedad intelectual. A más de 15 años del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), la intención de los Estados de países en desarrollo de alcanzar ventajas por una adecuada valoración de sus recursos genéticos, ya se vulneró porque la legislación comercial, en especial los TLC consideran como servicio transfronterizo³ la bioprospección, y por otro lado, los derechos de propiedad intelectual se ha extendido a los recursos vivos tal como se encuentran en la naturaleza, con lo cual la pretendida soberanía sobre estos recursos se recorta, por no decir que se elimina.

Otro aspecto crucial de la discusión es el de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, y la soberanía sobre los recursos genéticos que se expresa en regímenes de acceso nacionales. De un lado se afirma que los recursos genéticos y biológicos en su estado natural no son protegibles por medio de Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) puesto que no se realiza ninguna tarea innovativa sobre ellos, sin embargo en los Estados Unidos un material biológico que no ha sido modificado, una secuencia genética natural descrita, puede cumplir con los requerimientos básicos de la protección por patentes,⁴ mientras que en el caso andino no se permite. Ante esto el dilema es ¿se deberán derogar legislaciones que sean contrarias al TLC?

El CAFTA,⁵ empeora el panorama por cuanto los TLC, además, casi reemplazan a los Congresos pues entran directamente a ser adoptados, sin necesidad de ratificación nacional, Tratados y Acuerdos sobre Propiedad Intelectual.^{6,7,8,9,10}

contra Estados. Lecciones para los tratados de libre comercio en las Américas, octubre 2005.

⁶ En el Decreto se instruye a la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) y al Consejo sobre la Calidad Ambiental (CEQ) a que elabore las directrices para la implementación del mismo, y se encarga al Comité Interagencial de Política Comercial (TPSC), coordinado por USTR y que se compone por 17 agencias y oficinas federales, llevar a cabo la evaluación.

<http://www.inca.or.cr/noticias/docs/20001004.00121.htm>

⁷ EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LOS ACUERDOS COMERCIALES. INFORME. CONCLUSIONES, CLAES, FARN, 2002. www.claes.org.uy

⁸ La Comisión Europea (CE) lanzó en el 2002 un programa para realizar evaluaciones del impacto sobre la sostenibilidad (EISs), como fundamento de las negociaciones en todos sus acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales, en uno de los primeros intentos por fijar de antemano marcos conceptuales y técnicos que permitan determinar los impactos potenciales del comercio en el medio ambiente.



Teatro callejero para realizar educación popular acerca de UPOV, un tipo de derecho de patentes diseñado especialmente para las semillas que el gobierno ahora tiene que aprobar debido al CAFTA, en Costa Rica, en noviembre de 2007. La introducción de este sistema de monopolio para las empresas en Costa Rica significa que los campesinos y las comunidades indígenas ya no podrán almacenar e intercambiar libremente semillas. (Foto: Bloque Verde)

Otro ejemplo concreto de la aplicación de nociones provenientes de la normatividad ambiental internacional que tendría que prevalecer frente a los TLC es el principio de precaución, por el que se deberían permitir excepciones nacionales por razones ambientales sin que se tomara como factor restrictivo del comercio y exigir prueba científica completa siguiendo los preceptos comerciales.¹¹ En el caso colombiano este principio es pilar de la legislación ambiental. Pero lo que se advierte es que se acude al principio de precaución que tiene fundamento en el GATT, y que prescribe que se requiere la absoluta certeza para que se aplique, o deje de aplicarse la norma.

En cuanto a la definición de legislación ambiental, a pesar de que se dice que cada uno de los Estados puede formular su propia legislación ambiental y ser soberano etc, la noción de legislación ambiental se redefine.¹² En el caso de Colombia¹³ se menciona que se pueda excluir de la definición de legislación ambiental la explotación comercial de recursos naturales. [subrayado fuera del texto]. Esto colocaría por fuera de legislación ambiental, el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y al uso sostenible de los recursos naturales no renovables considerando sus impactos ambientales, como sería el código minero y el de hidrocarburos, con lo cual se des-

⁹ Art. 15.5 El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (1991) (Convenio UPOV) antes del 1 de enero del 2006, o, en el caso de Costa Rica, al 1 de Junio, 2007.

¹⁰ Las partes harán todos los esfuerzos razonables para ratificar: (a) el Tratado sobre el Derecho de Patentes (2000); (b) Arreglo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Diseños Industriales (1999); y (c) el Protocolo al Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas (1989).

¹¹ Traducción de la solicitud de comentario público sobre el Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Chile de enero 15 de 2001, presentada por el Center for Environmental Law, Defenders of Wildlife, Friends of the Earth, Humanes Society of the United States, Sierra Club, natural Resources Defense Council, Pacific Environment, and Public Citizen, Sección 1: Asuntos legales y reguladores, B. Principio de precaución.

¹² El libre comercio y el medio ambiente: la imagen se aclara, documento de la Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte, 2002. Página 11. Esta publicación acompaña y hace referencia a la información contenida en: Efectos ambientales del libre comercio: Ponencias presentadas en el Simposio de América del Norte sobre Análisis de los Vínculos entre Comercio y Medio Ambiente (octubre de 2000), CCA, 200, página 15, <http://www.cec.org>

¹³ Texto de comunicación enviada en enero de 2005, por el Ministerio de Comercio a una lista de correo dentro de la cual está la autora.

¹⁴ Ver: Decreto 2811 de 1974 y decretos reglamentarios, MAVDT, 2002;

conocería el mandato de que en Colombia todos los sectores deben encuadrarse dentro de los objetivos del “desarrollo sostenible”, base del desarrollo en el país.

Hay otras implicaciones que aparecen, incluso antes de firmar el Tratado de Libre Comercio, como lo es la obligación de derogar o modificar leyes nacionales existentes o de aprobar nuevas. Se han adoptado leyes de protección a la inversión que amparan a los inversionistas aún sino se llega a suscribir el Tratado. O la restricción a las posibilidades de modificar las leyes, ya que el legislativo no podría cambiar nada que no muestre un “grado de conformidad” con las obligaciones contenidas en el Tratado. Es decir, sólo podría modificarse una norma si se no está conforme al Tratado,¹⁵ pero no al revés. Cualquier reforma en contraria, acorde con la teoría de la “seguridad jurídica” puede asimilarse a violación de las obligaciones del Tratado.¹⁶

Pero cuál es la base del derecho del inversionista?

Como se ha anotado son numerosos los ejemplos en los cuales la seguridad jurídica de la inversión se manifiesta en inseguridad jurídica de otro tipo de leyes internacionales y nacionales. En el Capítulo 11 del NAFTA, génesis de esta clase de tratados, se avala el derecho de los inversionistas de acudir al arbitraje internacional si consideraban que cualquier parte del Estado, pudiera desconocer sus derechos. Pero esto reemplaza la relación Estado – Estado que es propia del derecho internacional, y la circunscribe a una Inversionista – Estado, que permite reclamar directamente a un particular, dejando por fuera el trámite de notas diplomáticas y demás parafernalia que ha acompañado las disputas entre países, y facilitando la lluvia de pleitos por obligaciones futuras, es decir sin aún haberse causado. Se establecieron respecto de la adquisición, propiedad y operación dentro de un amplio concepto de la inversión.

Estos proceso de arbitraje son secretos por lo cual la participación ciudadana no ocurre, y se presenta el caso de que sus acciones involucran leyes y políticas públicas a partir de negocios privados, lo cual extiende las normas del arbitraje, de carácter privado a disputas que debieran ventilarse a la luz de procedimientos públicos. En suma se trata de colocar el interés privado corporativo por encima aún de la soberanía e independencia nacional.

Examinados los casos presentados ante los tribunales del NAFTA,¹⁷ un estudio sostiene que en los 45 casos

ley 99 de 1993 Ministerio del Medio Ambiente, 1994; Tratados Internacionales firmados y ratificados por Colombia, Políticas Ambientales y Sectoriales, Ministerio del Medio Ambiente, 1998

¹⁵ *Ibidem*, (arts. 10.13.1 y 11.6.1 del TLC EUCA), Capítulo 2: La estructura y las potestades del estado social de derecho

¹⁶ *Ibidem*, Nota. El impacto en los procesos políticos nacionales de esta lógica impuesta también en los acuerdos de la OMC como el GATS ha recibido fuertes cuestionamientos que son plenamente aplicables al TLC, ya que “dondequiera que exista un consenso multipartidario nacional, es concebible que perduren las excepciones específicas nacionales (para los servicios). Pero dondequiera que existan divisiones ideológicas serias sobre temas contenciosos, es probable que perduren limitaciones específicas nacionales que protejan (ciertos servicios nacionales) hasta que un único gobierno comprometido con un enfoque hacia el mercado los elimine, obligando a todos los gobiernos futuros. De esta manera, el GATS interfiere en el vaivén habitual de la vida política en una sociedad democrática.” Citizens' Network on Essential Services 2003. “Los servicios públicos en peligro: El GATS y la agenda privatizadora.” En: Los pobres y el mercado, Informe Social Watch, p. 17.

¹⁷ Public citizen, Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados. Lecciones para los tratados de libre comercio en las Américas, octubre 2005

que a esa fecha se habían presentado, en algunos de ellos se carecía de información por cuanto los procedimientos son secretos. Se había obligado a los gobiernos a cancelar una suma de cerca 35 millones de dólares, según esta entidad, en la mayoría por causas que no hubieran sido aceptadas en el nivel nacional. Las demandas que estaban pendientes sumaban cerca de 28.000 millones de dólares, y estas sumas se les debe añadir los gastos de abogados que han tenido que ser sufragados por los Estados, es decir por los contribuyentes es decir por los y las ciudadano(a)s.

Dentro de las características de las causas, y los juicios se anotan:

- (i) pérdida de la inmunidad soberana de los Estados, es decir cualquier privado lo puede llevar a juicio arbitral demandando el pago de indemnizaciones, por el sólo hecho de haber dictado alguna ley o política que a juicio de aquel le menoscabe el derecho. Se cita el caso de Canadá que por haber dictado una norma que prohibía la importación de una sustancia tóxica, actuando en el marco del convenio de Basilea, un tribunal privado lo condenó por “pérdida de oportunidad comercial sufrida”, es decir probabilidad incierta y futura. En otro caso fueron los ganaderos canadienses que pretendían que la medida de Estados Unidos de cierre de fronteras por causa de la llamada enfermedad de las vacas locas, pudiera haber menoscabado las inversiones que tenían en Canadá pues no les permitían vender su ganado.
- (ii) Utilización de nociones más amplias de derechos como propiedad relacionada con la posibilidad de expropiación, con lo cual las políticas y normas que se expidan pueden vulnerar ese “derecho”, y se pide indemnización por “asumir el riesgo”, “expectativa de ganancias”, etc.
- (iii) Otro aspecto es el mayor alcance de la expropiación que va más allá de lo permitido por la legislación nacional, incluso la de los Estados Unidos. Por ejemplo se cita que en el NAFTA, se admite que el impacto de la medida que se alega como expropiación, sea “sustantivo”, “significativo”, y no como en la legislación estadounidense, que exige que la expropiación afecte la propiedad en un 100 x 100% de su valor.
- (iv) No existe protección para las normas ambientales frente al mecanismo inversionista – Estado, ya que en numerosos casos a pesar de existir y de ser examinados los alcances de las normas ambientales, finalmente ceden ante el derecho del inversionista.

Con estas notas dejamos sentado, que en nuestro concepto la pretendida seguridad jurídica lo que está produciendo es una inseguridad jurídica para otros tipos de normas, las de derechos humanos y las medio-ambientales.

Propuestas

Creemos que debe propenderse a concretar la compatibilidad que se pretende exista entre las legislaciones, y de manera clara señalar que existen asimetrías entre las leyes. Que hay mecanismos que anulan o dejan en

¹⁸ En el Decreto se instruye a la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) y al Consejo sobre la Calidad Ambiental (CEQ) a que elabore las directrices para la implementación del mismo, y se encarga al Comité Interagencial de Política Comercial (TPSC), coordinado por USTR y que se compone por 17 agencias y oficinas federales, llevar a cabo la evaluación. <http://www.inca.or.cr/noticias/docs/20001004.00121.htm>

segundo plano aspiraciones de la humanidad, esto con el fin de que no sigan los Gobiernos con una agenda dual que pretende ser suscrita por Gobiernos soberanos cuando en realidad mucha de esta soberanía esta sujeta al derecho del inversionista, que no es un Estado pero si casi un superestado.

La prédica sobre la supremacía de la agenda ambiental, y la búsqueda del desarrollo sostenible queda pendiente de que sus escasos mecanismos de ejecución puedan siquiera enfrentar la resolución de conflictos. Se están perdiendo, o poniendo en entredicho muchos de los logros de promoción del desarrollo sostenible, de los derechos humanos, y nos preguntamos si en estos países podemos darnos el lujo de debilitar los compromisos internacionales, dada la responsabilidades adquiridas, las cuales llevan implícita la condicionalidad, que corre en contra nuestra.

Debe adoptarse una norma como el Decreto Ejecutivo 13141 de 16 de noviembre de 1999,¹⁸ el cual dispone que todos los acuerdos comerciales que Estados Unidos suscriba, y en algunos casos es retroactivo, deben pasar un proceso de evaluación de impacto ambiental. El objetivo general del proceso de revisión es asegurar que las consideraciones ambientales sean parte integral en el desarrollo de posiciones de EEUU en negociaciones comerciales.

Asimismo, establecer procesos de revisión ambiental como los de la Unión Europea denominado “Enfoque de la Comisión de Comunidades Europeas para al Revisión Ambiental de la Acta Europea Única” y que se adoptó desde 1993, que se orienta hacia la distribución espacial, y sectorial de los impactos ambientales generados por la actividad económica ligada con el Mercado Interno Europeo.

Y por último no deberíamos permitir que los mecanismos efectivos de participación ciudadana desaparezcan en el seguimiento de los resultados de los acuerdos sobre medio ambiente.

Bibliografía

- “Una agenda positiva para o desenvolvimiento sustentable”, Documento preparado para a XIII Reuniao do Forum de Ministro do Medio Ambiente da America Latina e Caribe, Ministerio do Medio Ambiente do Brasil, 2002
- Artículo 20 del GATT; “Obstáculos Técnicos al Comercio, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Agricultura, Subvenciones y Medidas Compensatorias”, “Propiedad Intelectual”, Artículo 14 del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios; Web: www.omc.org
- Reunión Ministerial de la OMC (DOHA, 2001): “DECLARACIÓN MINISTERIAL.WT/MIN(01)/DEC/1 20 de noviembre de 2001”. “Declaración ministerial. Adoptada el 14 de noviembre de 2001”. Punto 31; Web: www.wto.org
- Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte, 2002. “El libre comercio y el medio ambiente: la imagen se aclara”. Repaso de las predicciones sobre ambiente y comercio, Website: www.cec.org. Website: www.twinside.org.pe / www.grain.org / www.etc.org/ / www.biodiversidadla.org/ / www.ilsa.org
- Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual de CFID, 2002. “Integrando los Derechos de Propiedad Intelectual y la Política de Desarrollo”. Website: <http://www.iprcommission.org>, Email: ipr@dfid.gov.uk
- Public Citizen, *Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados. Lecciones para los tratados de libre comercio en las Américas*, octubre 2005
- Rodríguez Silvia; Montecinos Camila; GRAIN. “Reflexiones en torno al tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (TLC EUCA)”. “El caso de Costa Rica”. Capítulo 6. Documentos recopilados por Pensamiento Solidario. Febrero de 2004
- CAFTA, Art. 15.2, Art. 15.3, Art. 15.4, Art. 15.5. ANEXO I. Lista de Costa Rica ANEXO I, Lista de Costa Rica. I-CR-29; Art. 19.11 Art. 15.1.7 art.17.1.5.
- www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/default.htm – 11k
- Principio 10. Iniciativa de Acceso a la información, <http://www.inicitivaacceso.org>