

CIADI



Uruguay ante el CIADI y los Tratados de Protección de Inversiones

Enero 2011

REDES-AT - Programa Uruguay Sustentable

Textos: Natalia Carrau, Javier Palummo, Juan Hernández

Edición: Sebastián Valdomir

Corrección: Pablo Cardozo

Diseño: Nicolás Medina

Enero de 2011



Índice

Introducción: Contexto del año que pasó

1. Jurisdicción, derechos humanos y empresas: una lectura posible a raíz de la experiencia uruguaya (Dr. Javier Palummo)
2. Regulación de inversiones en el Mercosur: informe de situación (Natalia Carrau)
3. La feudalización del Derecho Corporativo Transnacional (Juan Hernández)

Introducción

Durante 2010 la experiencia de Uruguay relacionada a los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y al Centro de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) cobró una notoriedad pública importante a raíz de una situación puntual como lo fue la demanda que la transnacional tabacalera Philip Morris presentó en dicho ámbito por la aplicación de la política de salud pública aplicada en nuestro país durante el primer gobierno del Frente Amplio.

Esta demanda permitió "visualizar" en acción concreta y clara, los efectos de los TBI y el CIADI como lo que en realidad son: las principales herramientas con que cuentan las empresas transnacionales para intentar amoldar las políticas nacionales a sus intereses de lucro.

Los 28 Tratados de Protección de Inversiones que tiene vigente Uruguay, y la participación en el CIADI, hacen que las empresas transnacionales tengan a su alcance un conjunto de posibilidades muy claras para intentar adecuar las políticas públicas a sus intereses particulares. También estos acuerdos le permiten intentar torcer disposiciones gubernamentales ya adoptadas, mediante amenazas de demanda o la demanda propiamente dicha. Esto de hecho es lo que viene ocurriendo con varios países en desarrollo y de no cambiar este tipo de condiciones, lo más seguro es que siga ocurriendo.

Tanto Bolivia (2007) como Ecuador (2009) han decidido denunciar el Acuerdo del CIADI y salirse de su campo de influencia, precisamente para revertir la práctica de las amenazas de las transnacionales. Bolivia además ha anunciado que renegociará todos los Acuerdos de Inversiones para limitar la solución de controversias al sistema nacional de justicia y ponerlos a beneficio de su pueblo y no a beneficio exclusivo de las transnacionales.

La experiencia de Uruguay con el CIADI y los Tratados de Protección de inversiones puede ser a primera vista "puntual" y circunscrita a esta demanda, pero en realidad, si se mira un poco más detenidamente en los últimos años los puntos de contacto que ha tenido Uruguay con estas herramientas, su propia experiencia como país pasa a ser un (otro) interesante ejemplo que demuestra que estos elementos solamente benefician a las empresas y no al proyecto de país productivo con justicia social que los uruguayos y uruguayas nos merecemos.

Esta nueva publicación de REDES - AT y el Programa Uruguay Sustentable intenta brindar claves de análisis desde el punto de vista jurídico y político sobre cómo afectan a la soberanía de nuestro país estos instrumentos neoliberales como el CIADI y los Tratados de Protección de Inversiones. Cabe mencionar que este es el segundo material que REDES - AT publica sobre este tema, y forma parte de una campaña de seguimiento y análisis crítico sistemático que esta organización realiza desde mediados de la década de los noventa.

Uno de los ámbitos de acción en el que REDES - AT participa a nivel regional para realizar el seguimiento del CIADI y los Tratados de Protección de Inversiones es la Red por la Justicia Social en la Inversión Global, junto a otras organizaciones de diversos países de América Latina y Estados Unidos.

Esta red apunta a promover nuevas normas e instituciones que regulen la inversión y las finanzas internacionales, de modo que se promueva la justicia y la sostenibilidad ambiental. La Red por la Justicia Social en la Inversión Global está haciendo campaña para cuestionar estos excesivos "derechos" que tienen los inversionistas, para que de esa manera los pueblos y los países puedan decidir su propio futuro de manera justa y sostenible.

Algunas de las medidas concretas que se han propuesto para que los países del Sur global se pongan a cubierto del CIADI, los Tratados de Protección de Inversiones y de las estrategias de lucro a toda costa de las transnacionales son:

- Exigir que las empresas recurran solamente a tribunales locales.
- Añadir un mecanismo gubernamental de rastreo, para encontrar y detener los casos más escandalosos que están en proceso de arbitraje.
- En sentido estricto, limitar el poder de los inversionistas para presentar demandas (por ejemplo, no permitir casos relacionados a los recursos naturales, regulaciones de interés público, o medidas de estabilidad financiera).
- Dar a las empresas responsabilidades en lugar de nuevos derechos (por ejemplo, cumplir con las normas internacionales del trabajo y los acuerdos medioambientales, o desarrollar políticas que les obliguen a utilizar proveedores y productos locales).
- Requerir que todos los procesos en los tribunales sean públicos y que permitan que todas las partes interesadas participen en el proceso.
- Añadir un proceso de apelación para que los gobiernos puedan acudir a él.

Además de estas medidas "correctivas", la verdadera solución es construir un nuevo sistema para el manejo de asuntos de inversión. Algunas de estas opciones son:

- Dar facultad exclusiva a los tribunales en el país que es objeto de demanda, con la intención de afirmar la soberanía nacional en estos casos.
- Crear órganos de arbitraje alternativos bajo el auspicio de asociaciones de gobiernos nacionales, como la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).
- Tener litigios mediados a través del arbitraje de gobierno a gobierno.

1

Regulación de inversiones en el Mercosur: informe de situación



Jurisdicción, derechos humanos y empresas: una lectura posible a raíz de la experiencia uruguaya

Dr. Javier Palummo
REDES - AT Uruguay

En el presente artículo se analizan algunas implicancias de la inclusión en diversos instrumentos internacionales -v.g. Tratados de Protección Recíproca de inversiones -de previsiones específicas que limitan la potestad jurisdiccional de los Estados receptores de inversiones amparadas por dichos acuerdos.

También se analizarán algunas de las principales estrategias que han sido desarrolladas para abordar la temática: responsabilidad directa de las empresas y responsabilización indirecta de los Estados.

La tesis principal que se expone en este artículo es que la existencia de este tipo de instrumentos provoca una debilidad del Estado a la hora de actuar como garante de los Derechos Humanos de sus habitantes. Esto constituye en sí mismo, además de un defecto de diseño de las políticas que provoca vulnerabilidades, una violación concreta del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Función jurisdiccional

Existen diversas posiciones sobre las funciones del Estado, la separación de poderes y la función jurisdiccional. No serán abordados aquí los primeros dos temas por exceder los objetivos del presente trabajo y para abordar la última de las cuestiones enumeradas se tomará como referencia la definición de Sayagués Laso, por ser la que ha generado mayores consensos en el ámbito local y a algunos desarrollos teóricos de Ferrajoli, por ser quien ha resuelto de forma más clara el problema de la delimitación y legitimación política de la jurisdicción. De acuerdo al primero de los autores mencionados los órganos jurisdiccionales deben resolver conflictos jurídicos, les corresponde *"decidir cuestiones jurídicas controvertidas mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva"* ¹.

La sujeción a la ley es la principal fuente de legitimación de la jurisdicción, siendo además - en el marco del paradigma del estado de derecho y de conformidad al principio de separación de poderes- la encargada de dirimir las controversias sobre la interpretación de la ley y su aplicación a casos concretos ².

Es posible distinguir -con Ferrajoli- dos tipos de discrecionalidad:

"[...]la discrecionalidad política, que es propia de las funciones de gobierno y de las funciones legislativas, y la discrecionalidad judicial, vinculada en cambio a la actividad interpretativa y probatoria requerida por la aplicación de las normas legales al objeto del juicio. Se trata de dos tipos de discrecionalidad profundamente distintos, que remiten a fuentes de legitimación a su vez diversas: la representación política en el caso de la legislación, la sujeción a la ley en el caso de la jurisdicción" 3.

Mientras la discrecionalidad política en materia de Derechos Humanos se desarrolla en el marco de las políticas públicas, la discrecionalidad judicial implica la actividad cognoscitiva de la aplicación de la ley.

"En este caso la discrecionalidad es la que se da en el marco de la sujeción a ley y que queda por tanto limitada a la interpretación de las normas que han de ser aplicadas" 4.

El Poder Judicial no tiene a su cargo -en el marco de la discrecionalidad referida- la tarea de diseñar políticas públicas. Su intervención debe circunscribirse a confrontar el diseño de políticas realizado, con los estándares jurídicos aplicables y -en caso de existir divergencias- reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia 5.

Cuando la normativa vigente -tanto nacional como internacional- fijan pautas y directrices para el diseño de las políticas públicas de las cuales depende la vigencia de los Derechos Humanos, y el Poder Ejecutivo no adopta ninguna medida o las que adopta son insuficientes o inadecuadas para satisfacer los derechos en juego, corresponde al Poder Judicial reprochar esa situación y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida o reformulen las que son consideradas insuficientes o inadecuadas. El espacio de la jurisdicción así delimitado -controversias y decisiones relativas a la interpretación de las normas jurídicas y comprobación de si el diseño de las políticas es adecuado a los estándares jurídicos aplicables- excluye el supuesto *"gobierno de los jueces"* y refuerza la legitimación política de los órganos jurisdiccionales.

En la relación existente entre este marco doctrinario y el tema de las inversiones de las empresas transnacionales, notamos que en el ámbito doméstico tal como se ha mencionado existe un déficit normativo, referido a la reglamentación de la actividad empresarial que provoque la adecuación de las prácticas de estos sujetos a los estándares de Derechos Humanos. Y también existe un déficit en lo que refiere a la exigibilidad de los derechos (tanto a nivel de la creación de mecanismos como en lo que refiere a la fortaleza de los órganos administrativos de control y los jurisdiccionales internos).

Por último, se observa una desjudicialización de los conflictos con las empresas, tanto respecto de los órganos jurisdiccionales nacionales como internacionales. Es decir no existen instancias internacionales con competencia para conocer en violaciones de Derechos Humanos en las cuales puede identificarse como responsable a una empresa.

Derechos Humanos y empresas

La temática de los Derechos Humanos es relevante desde el punto de vista de las empresas en varias áreas. En primera instancia la que refiere a los derechos económicos y sociales de los empleados de las empresas. También pueden existir problemáticas conexas a los temas de derechos humanos referidas a la relación entre los socios de las empresas o entre éstas y los organismos públicos. Por último, pueden existir situaciones en las cuales el vínculo con los Derechos Humanos está dado por la circunstancia de que la empresa con su actividad vulnera derechos de individuos o de comunidades. Es especialmente a este último tipo de vínculo entre empresas y derechos humanos que refiere el presente artículo.

En el ámbito de las Naciones Unidas ha existido un interés creciente en la temática, especialmente desde la anterior Secretaría General ⁶. Este interés ha conducido al establecimiento de un Representante Especial sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y otros negocios ⁷.

Buena parte de la retórica instalada, especialmente en torno al Pacto Global ha sido la de identificar como positivo el respeto de los derechos humanos para los negocios. Argumento utilitarista muy alejado de la retórica de derechos humanos que se pretende sostener, y que tiene como efecto vaciar de contenido político la propia noción de Derechos Humanos, la que queda atrapada dentro de una idea de utilidad en una lógica de mercado. También es conveniente mencionar al *"Proyecto de Normas sobre la responsabilidad de las corporaciones transnacionales y de otras empresas respecto de los Derechos Humanos"* ⁸.

Existen una serie de circunstancias que condicionan el avance de la lógica de Derechos Humanos en lo que refiere a las prácticas y actividades de las empresas. La primera está dada por la inexistencia de mecanismos vinculantes que provoquen en las empresas la necesidad de adecuar sus actividades a estándares de Derechos Humanos.

Esto se desarrolla en contextos en los que se destaca la debilidad de los Poderes Judiciales y de los propios Estados frente a las grandes empresas, y la estrategia de éstas de resolver sus conflictos fuera del ámbito jurisdiccional internos del Estado en el cual actúan.

En el escenario antes descripto se han seguido varias estrategias a los efectos de poder enfrentar los distintos obstáculos que presenta la temática de las violaciones de Derechos Humanos cometidas por empresas. En primera instancia, existen esfuerzos por avanzar en el reconocimiento de la legitimación de las empresas en el ámbito del derecho internacional. No existe duda alguna de que los Estados son sujetos en el derecho internacional pero no ocurre lo mismo con los individuos. Especialmente cuando se trata de individuos/empresas que son demandados. Es posible a la luz de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia de los órganos de los sistemas de protección, mencionar la existencia de deberes concretos que reposan en los individuos (caso típico de la protección del medio ambiente o el respeto de los mínimos laborales, etc.). Pero no existen mecanismos ni órganos

internacionales competentes para declarar en forma directa la responsabilidad de las empresas por violación de los Derechos Humanos y exigir la reparación integral a los daños o impactos causados.

Por otro lado, se han desarrollado estrategias de litigio -especialmente en el sistema interamericano -que han pretendido que buena parte de esas violaciones de Derechos Humanos queden englobadas dentro de la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de sus obligaciones de proteger y garantizar ⁹.

El sistema interamericano enmarca los avances dentro de la obligación de prevenir, la diligencia debida ¹⁰ y la responsabilidad de *"terceros y actores no estatales"*. Además, la Corte Interamericana recientemente ha determinado que *"cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo"* ¹¹.

Conclusiones

Las empresas en tanto individuos deben respetar los Derechos Humanos pero son los Estados quienes en ciertos casos deban responder en el ámbito de la responsabilidad internacional, generalmente por su omisión o por los defectos en el control de los actos de las empresas.

El principal inconveniente que tiene la línea argumental resumida es que desconoce la realidad. No se trata de un tema de consistencia teórica del modelo sino de la práctica de las complejas relaciones de poder que se ponen en juego cuando hablamos de las grandes empresas y de Estados que no cuentan con suficiente fuerza y seriedad institucional. Esto da cuenta de la existencia de un problema de diseño político desde una óptica de las garantías que deben desarrollarse en los sistemas respetuosos de los Derechos Humanos.

La vigencia de tratados bilaterales de protección de inversiones provoca una debilidad del Estado a la hora de actuar como garante de los Derechos Humanos de sus habitantes: en tanto implica una renuncia a su jurisdicción. Esto constituye en sí mismo, además de un defecto de diseño de las políticas que provoca vulnerabilidades, una violación concreta del derecho internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, nos encontramos ante una violación del principio de igualdad y no discriminación. Los inversores amparados en este tipo de tratados bilaterales reciben un tratamiento diferencial en relación al resto de los particulares quedando en los conflictos con el Estado exentos de la autoridad de los Tribunales.

2

Regulación de inversiones en el Mercosur: informe de situación



Regulación de inversiones en el Mercosur: informe de situación

Lic. Natalia Carrau

REDES - Amigos de la Tierra Uruguay

En la Cumbre de Presidentes del Mercosur celebrada en la ciudad brasileña de Foz do Iguaçu en diciembre de 2010, el bloque adoptó un gran número de decisiones que puede equipararse y complementarse con el nivel de las definiciones que se concretaron en la Cumbre de mediados de ese año que tuvo lugar en San Juan, Argentina.

En Foz do Iguaçu coincidieron circunstancias de diferente índole. Por una parte, el Mercosur terminó de concretar definiciones operativas y ejecutivas que le otorgaron mayor vitalidad a un proceso que muestra en ciertas oportunidades, señales de desgaste o excesiva quietud. Por ejemplo la creación de un Alto Representante del Mercosur propuesto por Brasil buscó imprimirle una lógica política más fuerte al bloque y generar consensos para dinamizar el proceso de toma de decisiones. Por otra parte, el hecho de que esta fue la última Cumbre en la que participó Luiz Inácio Lula da Silva en la Presidencia de Brasil le otorgó una connotación especial al proceso. La figura política de Lula permitió acelerar la definición de algunas líneas de acción estratégicas para la integración regional sudamericana.

Una de las decisiones tomadas en la Cumbre de Foz do Iguaçu, fue la aprobación por parte del Consejo del Mercado Común de las *"Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el Mercosur"*. Esta no es la primera vez en que el bloque se propone acordar colectivamente el régimen de inversiones o celebrar un acuerdo regional en la materia. En la década de los noventa se firmaron dos Protocolos que no llegaron a entrar en vigencia y que establecían cláusulas para la promoción y protección de las inversiones de terceros países en el bloque y de las inversiones provenientes de los países miembros del bloque.

La actual definición alcanzada en la última Cumbre del Mercosur debe analizarse también a la luz del reciente relanzamiento de las negociaciones con la Unión Europea (UE) para alcanzar un Acuerdo de Asociación y la necesidad de homogeneizar algunas regulaciones nacionales que entrarían en contradicción si se firmara un acuerdo bloque-bloque con la UE.

El "boom" de los Tratados Bilaterales de Inversión

La firma de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) se expandió durante la década de los noventa, incrementándose particularmente el número de tratados firmados entre países desarrollados y países en desarrollo. Según la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

(UNCTAD) los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) pasaron de ser 385 en 1989 a 2.265 en 2003. Y en 1999 ya existían 1.857 acuerdos de este tipo. Hasta 2004 los Tratados Bilaterales de Inversión involucraban a 176 países 12.

Los TBI son acuerdos firmados entre dos países con el objetivo de incrementar y proteger las inversiones realizadas en cada uno de los países firmantes y por parte de empresas basadas en alguno de los países que firmaron el acuerdo. A menudo están incluidos como partes o capítulos de acuerdos comerciales más amplios aunque también pueden presentarse únicamente como acuerdos de inversión. Se los denomina también Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Incluyen casi siempre aspectos como la definición y alcance de la inversión, admisión y establecimiento, los principios de Trato Nacional y Trato de Nación más Favorecida, trato justo y equitativo, compensación debido a expropiación o perjuicio de la inversión, garantías de traspaso libre de fondos e instrumentos de solución de controversias Estado-Estado o Inversor-Estado. Según la UNCTAD (2000) los TBI "constituyen hasta el momento el instrumento de protección de la inversión extranjera más importante". Los países desarrollados exportadores de capital promueven este tipo de acuerdos con países en desarrollo como forma de establecer una protección legal vinculante adicional y de más alto rango para su inversión que la que establecen las leyes nacionales. Los países en desarrollo generalmente implementan legislaciones flexibles para mantener un clima de inversión favorable y así atraer inversiones bajo el supuesto de que las inversiones generan desarrollo y aumentan el crecimiento económico del país.

En América Latina el boom de crecimiento de los TBI comienza aproximadamente a fines de la década de los ochenta (UNCTAD, 2000) coincidiendo con el inicio de los paquetes de reformas del llamado Consenso de Washington que promovían, entre otras cosas, la liberalización comercial y la desregulación para la atracción y entrada de inversiones. Según la UNCTAD (2000) de los 300 tratados firmados hasta el año 2000, 93% se firmaron durante la década de los noventa. Y la mayoría de estos acuerdos fueron firmados con países desarrollados.

En paralelo y a nivel global, en 1995 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) impulsa la negociación del llamado "Acuerdo Multilateral de Inversión" al que pudieran adherirse países no miembros de la OCDE. El Acuerdo incluía como pilares claves la liberalización de la inversión, la protección de las inversiones y la inclusión de mecanismos de solución de controversias de tipo Estado-Estado e Inversor-Estado. El Acuerdo Multilateral de Inversión buscaba normalizar las políticas económicas de liberalización de las inversiones, profundización y extendiendo la libre circulación del capital. Esto significaba además que los Estados no podrían interponer ninguna medida u acción para controlar la salida de las ganancias de las inversiones. En coyunturas de crisis en la balanza de pagos, esta situación sería poco más que desastrosa.

La proliferación de los TBI está muy relacionada con el fracaso en alcanzar el Acuerdo Multilateral de Inversiones. Una vez más, la vía bilateral es la alternativa más eficaz para alcanzar una liberalización profunda. Del mismo modo cuando el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) fracasó, Estados Unidos decide imponer una estrategia de negociación bilateral del acuerdo bajo el formato Tratado de Libre Comercio que incluyó un capítulo especial sobre Inversiones. Así estaba comprendido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre Estados Unidos, México y Canadá, en el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos - América Central (CAFTA) y en los TLC con Perú y Colombia. Por su parte, la UE también ha incursionado en las negociaciones bilaterales de acuerdos comerciales ya sea por el fracaso de la estrategia región-región o por el interés comercial de algún país en particular.

¿Qué establecen los TBI?

Los contenidos de los TBI han variado muy poco en el tiempo aunque han profundizado su exigencia de apertura y garantías para la inversión extranjera. Los más recientes son más elaborados que los primeros que se firmaron y pueden variar en contenidos dependiendo de los países que negocian el acuerdo. En general, EE.UU. tiene una estrategia mucho más agresiva en la negociación de sus TBI incluyendo aspectos que han sido objeto de debates y duras críticas de parte de autoridades y movimientos sociales de países en desarrollo, en especial en América Latina. Algunos TBI incluyen también previsiones sobre transparencia de la legislación nacional, imposibilidad de establecer "Requisitos de Desempeño", entrada y permanencia de personal extranjero, excepciones y extensión del Trato Nacional y de Nación Más Favorecida a la entrada y establecimiento de inversiones. El Cuadro 1 resume las principales características de un TBI.

Cuadro 1: Características de los Tratados Bilaterales de Inversión

Características	Descripción
Alcance y definición de Inversión	Incluye activos tangibles e intangibles, inversiones directas y de cartera, inversiones existentes y nuevas.
Trato Nacional	El país receptor de la inversión le otorgará a la misma cuando menos igual trato al que otorga a inversiones nacionales.
Trato de Nación más Favorecida	Es una regla horizontal que establece que el país receptor de la inversión deberá otorgarle a la misma el mismo trato que otorga al inversor más favorecido.
Trato justo y equitativo	Cualquier norma o acción gubernamental del país receptor de la inversión deberá constituir un trato justo y equitativo para con el inversor. Se trata de una cláusula subjetiva y difícil de especificar en el alcance de su significado.
Garantías y Compensaciones por expropiación	En cuanto a garantías, los TBI establecen protecciones al inversor contra expropiaciones directas e indirectas entendiendo como indirectas aquellas reglamentaciones, leyes o acciones gubernamentales que puedan afectar de algún modo la inversión o su expectativa de ganancia. Las compensaciones a menudo incluyen daños generados por guerras o disturbios civiles.
Garantías de libre traspaso de fondos y repatriación de capital y ganancias	Es una prohibición expresa a que el país receptor restrinja o genere obstáculos al flujo del capital.

Como se puede apreciar, las cláusulas que generalmente establecen los TBI son a menudo restrictivas para la aplicación y el ejercicio de las leyes y reglamentaciones nacionales en materia de inversiones. Se ha cuestionado también que la inclusión de un Tribunal Arbitral Internacional como el Centro Internacional de Arreglo a las Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI) de solución de controversias viola el principio de soberanía de un Estado al situarse por encima de la Constitución nacional sin respetar los fallos nacionales respecto a la controversia que se pudiese plantear. El CIADI funciona en la órbita del Banco Mundial y fue creado en 1965 con el objetivo de ofrecer un espacio de conciliación y arbitraje para controversias relativas a inversiones entre Estados miembros e inversores.

Se llega al CIADI a través de un Convenio, Acuerdo o Tratado que establece el compromiso de las partes firmantes a presentarse ante el tribunal internacional en caso de que exista una demanda. El CIADI tiene jurisdicción en tanto un país accede a ingresar como miembro del Centro pero también en tanto el país celebra un TBI con otro Estado nacional. A pesar de que los TBI se promocionen bajo el lema "*business as usual*" los TBI implican mucho más que "*solo negocios*".

Las inversiones en el Mercosur: los TBI y las negociaciones con otros bloques

Los compromisos asumidos en materia de Inversiones por parte de los países del Mercosur se encuentran en todos los TBI que estén vigentes en cada uno de los países y en la legislación nacional que estos países implementaron para promover la radicación de inversiones.

Además, en el caso del Mercosur se han firmado dos Protocolos con el fin de regularizar el tratamiento para la promoción y protección de las Inversiones en el bloque. En 1994 los países fundadores del Mercosur acordaron mediante el Dec. N° 11/94 el "*Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados no partes del Mercosur*" conocido como el Protocolo de Buenos Aires. Allí se reconoce la importancia de las inversiones para "estimular la iniciativa económica individual" y para el desarrollo de los países y la necesidad de avanzar hacia "un marco jurídico común para el tratamiento a otorgar a terceros Estados en materia de Promoción y Protección de Inversiones"¹³.

El otro instrumento es el "*Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección de las Inversiones en el Mercosur*", que fue aprobado por el Dec. N° 11/93 del Consejo del Mercado Común (CMC) del bloque con el objetivo de promover las inversiones de inversores pertenecientes a los países miembros del bloque. Sin embargo, los intentos de establecer una política en común en estas dos oportunidades no tuvieron éxito, ya que ninguno de los dos Protocolos fue ratificado por la totalidad de los socios del Mercosur y por tanto nunca entraron en vigor.

En 2004, el Mercosur nuevamente discutió el tema cuando se evaluó la posibilidad de revisar el tratado interno sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en función de los compromisos que Uruguay había asumido con la firma de los TBI con Finlandia, México y Estados Unidos. La intención era "actualizar" el acuerdo interno del bloque en función de lo que Uruguay firmó en los textos de los TBI con estos países. En 2005, el Mercosur retomó la

discusión sobre el tema a raíz del debate sobre la firma del TBI entre Uruguay y Estados Unidos. En este momento parecía haber un consenso en el bloque sobre la necesidad de manejar una política común respecto al tema inversiones. Sin embargo, no se llegó a concretar ninguna acción al respecto.

En la última Cumbre del Mercosur realizada en el mes de diciembre de 2010 se aprobó un documento llamado "Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el Mercosur" estableciendo algunas nociones básicas de lo que contendrá un futuro Acuerdo de Inversiones. Entre éstas se establece que el acuerdo se aplicará a la inversión extranjera directa en bienes y la incorporación de obligaciones como Trato Nacional, Transparencia, reglamentación nacional y personal-clave. En cuanto a la solución de controversias las Directrices prevén el instrumento Estado-Estado con base en el Protocolo de Olivos que establece el mecanismo de solución de controversias para el Mercosur.

Esa Decisión también le encomienda al Subgrupo de Trabajo N° 12 sobre Inversiones la elaboración de una propuesta de Acuerdo de Inversiones en el Mercosur para ser considerado y aprobado en la próxima Reunión Ordinaria del Consejo de del Mercado Común. Las cuestiones relativas a las disciplinas de protección, modalidades para los compromisos y la liberalización de las restricciones y las condiciones para la libre circulación y transferencia de capitales serán definidas cuando se presente la propuesta de Acuerdo al CMC. Esta Decisión deroga los Protocolos de Colonia y Buenos Aires.

Los siguientes Cuadros fueron elaborados tomando información disponible del sitio web de la UNCTAD al 1º de Junio de 2010 y cotejando en caso de ser necesario, con la información oficial que brinda cada Estado miembro del Mercosur.

Cuadro 2: Tratados Bilaterales de Inversión de Argentina

País	Firma	Entrada en vigor
Alemania	09 Abril 1991	08 Noviembre 1993
Armenia	16 Abril 1993	20 Diciembre 1994
Argelia	04 Octubre 2000	28 Enero 2002
Australia	23 Agosto 1995	11 enero 1997
Austria	07 Agosto 1992	01 Enero 1995
Bélgica y Luxemburgo	28 Junio 1990	20 Mayo 1994
Bolivia	17 Marzo 1994	1 Mayo 1995
Bulgaria	21 Septiembre 1993	11 Marzo 1997
Canadá	05 Noviembre 1991	29 Abril 1993
Chile	02 Agosto 1991	01 Enero 1995
China	05 Noviembre 1992	01 Agosto 1994
Costa Rica	21 Mayo 1997	01 Mayo 2001
Croacia	02 Diciembre 1994	01 Junio 1996
Cuba	30 Noviembre 1995	01 Junio 1997
Dinamarca	06 Noviembre 1992	02 Febrero 1995
Ecuador	18 Febrero 1994	01 Diciembre 1995
Egipto	11 Mayo 1992	03 Diciembre 1993
El Salvador	09 Mayo 1996	08 Enero 1999
España	03 Octubre 1991	28 Septiembre 1992
Estados Unidos	14 Noviembre 1991	20 Octubre 1994
Filipinas	20 Septiembre 1999	01 Enero 2002
Finlandia	05 Noviembre 1993	03 Mayo 1996
Francia	03 Julio 1991	03 Marzo 1993
Grecia	26 Octubre 1999	...
Guatemala	21 Abril 1998	07 Diciembre 2002
Hungría	05 Febrero 1993	01 Octubre 1997
India	20 Agosto 1999	12 Agosto 2002
Indonesia	07 Noviembre 1995	01 Marzo 2001
Israel	23 Julio 1995	10 Abril 1997
Italia	22 Mayo 1990	14 Octubre 1993
Jamaica	08 Febrero 1994	01 Diciembre 1995
Lituania	14 Marzo 1996	01 Septiembre 1998
Los Países Bajos	20 Octubre 1992	01 Octubre 1994
Malasia	06 Septiembre 1994	20 Marzo 1996
Marruecos	13 Junio 1996	19 Febrero 2000
México	13 Noviembre 1996	22 Junio 1998
Nueva Zelanda	27 Agosto 1999	...
Nicaragua	10 Agosto 1998	01 Febrero 2001
Panamá	15 Septiembre 2004	15 Septiembre 2004
Perú	10 Noviembre 1994	24 Octubre 1996
Polonia	31 Julio 1991	01 Septiembre 1992
Portugal	06 Octubre 1994	03 Mayo 1996
Reino Unido	11 Diciembre 1990	19 Febrero 1993
República Checa	27 septiembre 1996	23 Julio 1998
República de Corea	17 Mayo 1994	25 Septiembre 1996
República Dominicana	16 Marzo 2001	...
Rumania	29 Julio 1993	01 Mayo 1995
Rusia	25 Junio 1998	20 Noviembre 2000
Senegal	06 Abril 1993	01 Febrero 2010
Suecia	22 Noviembre 1991	28 Septiembre 1992
Suiza	12 Abril 1991	06 Noviembre 1992
Sudáfrica	23 Julio 1998	01 Enero 2001
Tailandia	18 Febrero 2000	07 Marzo 2002
Túnez	17 Junio 1992	23 Enero 1995
Turquía	08 Mayo 1992	01 Mayo 1995
Ucrania	09 Agosto 1995	06 Mayo 1997
Venezuela	16 Noviembre 1993	01 Julio 1995
Vietnam	03 Junio 1996	01 Junio 1997

Argentina es el socio del Mercosur que más cantidad de TBI tiene firmados. Son 58 en total, de los cuales 54 (93%) fueron firmados en la década de los noventa. Argentina cumple a cabalidad con las políticas promovidas en la época y la negociación y firma de los TBI complementaron la estrategia liberalizadora de la economía y el comercio. La Argentina es también un ejemplo de cómo operan las cláusulas de los TBI en contra de la soberanía de un Estado. Muchas de las empresas transnacionales en Argentina llegaron en esta década de la mano de las políticas de desregulación y privatización de empresas públicas.

Estas corporaciones también se ampararon en los TBI que los países de origen de las empresas celebraron con Argentina. Amparadas en los TBI, Argentina debió enfrentar 45 demandas ante el CIADI que equivalían a aproximadamente 50 mil millones de dólares ¹⁴. A la fecha de agosto de 2010, quedaban 15 casos aún pendientes frente al CIADI. Argentina también enfrenta 14 demandas más ante la Comisión de Naciones Unidas para las leyes de Comercio (UNCITRAL) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

El Cuadro 3 describe los TBI que ha negociado Brasil. En total, el mayor socio del bloque ha negociado y firmado 14 tratados de este tipo con diferentes países. Ni uno solo de ellos ha sido ratificado por el Congreso brasileiro por lo cual nunca llegaron a entrar en funcionamiento. Brasil mantiene ciertas reservas respecto a las implicancias de firmar este tipo de acuerdos y considera además que éstos sí pueden afectar al Mercosur como bloque. Esta opinión ha salido a la opinión pública cuando Uruguay se preparaba para ratificar el TBI negociado con Estados Unidos.

Las inversiones extranjeras en Brasil se avienen a la legislación nacional competente en la materia. En general aunque dependiendo del tipo de inversión, en Brasil las inversiones deben cumplir con requisitos de desempeño lo que establece barreras a la entrada de las mismas. Asimismo, el capital extranjero debe enfrentarse a un sistema de reglamentos para la entrada al país previsto por el Banco Central y recaerá en los tribunales nacionales la solución de cualquier controversia que se genere entre el Estado y el inversor. Vale la pena destacar que la posición de Brasil no evitó que llegaran al país importantes flujos de inversiones, sobre todo en la última década.

Cuadro 3:
Tratados Bilaterales
de Inversión de Brasil

País	Firma	Entrada en vigor
Alemania	21 Septiembre 1995	...
Bélgica/Luxemburgo	06 Enero 1999	...
Chile	22 Marzo 1994	...
Cuba	26 Junio 1997	...
Dinamarca	04 Mayo 1995	...
Finlandia	28 Marzo 1995	...
Francia	21 Marzo 1995	...
Italia	03 Abril 1995	...
Los Países Bajos	25 Noviembre 1998	...
Reino Unido	19 Julio 1994	...
República de Corea	01 Septiembre 1995	...
Portugal	09 Febrero 1994	...
Suiza	11 Noviembre 1994	...
Venezuela	04 Julio 1995	...

Fuente: Elaboración propia con información extraída de www.unctad.org

Respecto a Paraguay, el Cuadro 4 resume los países con los cuales ha negociado TBI así como la fecha de firma y entrada en vigor de los mismos. En términos de cantidad, Paraguay ha negociado 25 tratados de este tipo que lo colocan en el tercer socio en cantidad de tratados firmados del Mercosur. Junto con Brasil, son los dos únicos países del Mercosur que no han celebrado un TBI o Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con Estados Unidos. Si observamos la estrategia comercial que Estados Unidos ha impulsado en América Latina, vemos que el Mercosur es el único bloque con el cual Estados Unidos no tiene un Tratado de Libre Comercio (TLC) negociado. Más allá de los TBI que Argentina y Uruguay tienen firmado con EE.UU., no se planteó nunca la negociación de un TLC con el bloque en su conjunto. Seguramente, de haberse negociado, hubiese sido más fácil y más rápido negociar el Acuerdo de Asociación con la UE.

Cuadro 4:
Tratados Bilaterales
de Inversión de
Paraguay

País	Firma	Entrada en vigor
Alemania	11 Agosto 1993	03 Julio 1998
Austria	13 Agosto 1993	01 Enero 2000
Bélgica/Luxemburgo	06 Octubre 1992	09 Enero 2004
Bolivia	03 Mayo 2001	...
Chile	07 Agosto 1995	17 diciembre 1997
Costa Rica	29 Enero 1998	25 Mayo 2001
Cuba	21 Noviembre 2000	06 Diciembre 2002
Dinamarca	22 Abril 1993	...
Ecuador	28 Enero 1994	18 Septiembre 1995
El Salvador	30 Enero 1998	08 Noviembre 1998
España	11 Octubre 1993	22 Noviembre 1996
Francia	30 Noviembre 1978	11 Diciembre 1980
Hungria	11 Agosto 1993	01 Abril 1995
Italia	15 Julio 1999	...
Los Países Bajos	29 Octubre 1992	01 Agosto 1994
Perú	01 Febrero 1994	18 Diciembre 1994
Portugal	24 Noviembre 1999	04 Noviembre 2001
Reino Unido	04 Junio 1981	23 Abril 1992
República Checa	21 Octubre 1998	24 Marzo 2000
República de Corea	22 Diciembre 1992	06 Agosto 1993
Rumania	21 Mayo 1994	12 Abril 1995
Sudáfrica	03 Abril 1974	16 Junio 1974
Suiza	31 Enero 1992	28 Septiembre 1992
Taiwán	06 Abril 1992	11 Septiembre 1992
Venezuela	05 Septiembre 1996	14 Noviembre 1997

Fuente: Elaboración propia con
información extraída de
www.unctad.org

Respecto a Uruguay, el Cuadro 5 nos describe los TBI firmados (28), de los cuales el 64% fue negociado y entraron en vigor en la década de los noventa y comienzos del siglo XXI.

Claramente, existe una relación estrecha con las políticas de apertura comercial y desregulación de la economía que tuvieron lugar a fines de la década de los ochenta y en la década de los noventa. De hecho, Uruguay sancionó ya a finales de 1987 la Ley de Zonas Francas que ofrecía facilidades tributarias y aduaneras para inversiones industriales, comerciales y de servicios que se instalaran en el país. La ley permitió amplias libertades en materia financiera para las inversiones que se radicaran. Como complemento de esta ley, en 1987 se aprobó la Ley Forestal

que otorgaba incentivos fiscales como exoneración de impuestos y subsidios para implantar monocultivos forestales. De la mano de esta ley, muchas empresas líderes mundiales en el sector forestal se instalaron en el país comprando tierras y desarrollando la infraestructura para la exportación de madera y pasta de celulosa. De hecho estas empresas también hicieron uso de la Ley de Zonas Francas y de los TBI que firmó Uruguay con los Estados de origen de las empresas forestales. Las transnacionales forestales ENCE, UPM (ex Botnia) y Stora Enso están garantizadas por los TBI que Uruguay tiene firmados con España (entrada en vigor en 1994), Finlandia (entrada en vigor en 2004) y Suecia (entrada en vigor en 1999) respectivamente.

Cuando Uruguay se enfrentó a la ratificación parlamentaria en 2005 del TBI con Estados Unidos, las discrepancias en la región respecto a la política en materia de Inversiones salieron a la luz cuestionando los potenciales impactos que el TBI podría tener en el Mercosur. En esta coyuntura, el entonces coordinador de la bancada oficialista del Senado, Alberto Couriel, sostuvo que en materia de inversiones el bloque debía tomar una posición común ¹⁵.

Cuadro 5:
Tratados Bilaterales
de Inversión de
Uruguay

País	Firma	Entrada en vigor
Alemania	04 Mayo 1987	29 Junio 1990
Armenia	06 Mayo 2002	10 Noviembre 2003
Australia	03 Septiembre 2001	12 Diciembre 2002
Bélgica/Luxemburgo	04 Noviembre 1991	22 Agosto 1997
Canadá	29 Octubre 1997	02 Junio 1999
Chile*	25 Marzo 2010	...
China	02 Diciembre 1993	01 Diciembre 1997
El Salvador	24 Agosto 2000	23 Mayo 2003
España	01 Abril 1992	06 Mayo 1994
Estados Unidos	04 Noviembre 2005	01 Noviembre 2006
Finlandia	21 Marzo 2002	18 Junio 2004
Francia	14 Octubre 1993	09 Julio 1997
Hungría	25 Agosto 1989	01 Julio 1992
Israel	30 Marzo 1998	07 Octubre 2004
Italia	21 febrero 1990	02 Marzo 1998
Malasia	09 Agosto 1995	13 Abril 2002
México	30 Junio 1999	01 Julio 2002
Países Bajos	22 Septiembre 1988	01 Agosto 1991
Panamá	18 Febrero 1998	14 Agosto 2002
Polonia	02 Agosto 1991	21 Octubre 1994
Portugal	25 Julio 1997	03 Noviembre 1999
Reino Unido	21 Octubre 1991	01 Agosto 1997
República Checa **	26 Septiembre 1996	29 Diciembre 2000
Rumania	23 Noviembre 1990	29 Agosto 1993
Suecia	17 Junio 1997	01 Diciembre 1999
Suiza	07 Octubre 1988	22 Abril 1991
Venezuela	20 Mayo 1997	18 Enero 2002

Fuente: Elaboración propia con información extraída de www.unctad.org

* Uruguay y Chile firmaron recientemente un nuevo TBI que aún no ha entrado en vigencia.

** En 2009 se introdujeron enmiendas al TBI entre Uruguay y la República Checa.

Consideraciones Finales

Como se señaló en la Introducción de este artículo, en el mes de mayo de 2010, el Mercosur y la UE retomaron las negociaciones para la firma de un Acuerdo de Asociación estancadas desde 2004. Desde el estancamiento de las negociaciones a la fecha, la UE ha sufrido importantes transformaciones, algunas con fuertes implicancias para el Mercosur. Desde 2005 cuando impulsó una nueva estrategia para la UE basada fuertemente en el libre comercio y en la ofensiva comercial de sus empresas y exportaciones, el bloque europeo ha transitado un camino hacia el neoliberalismo y el desmantelamiento de las estructuras del Estado de bienestar.

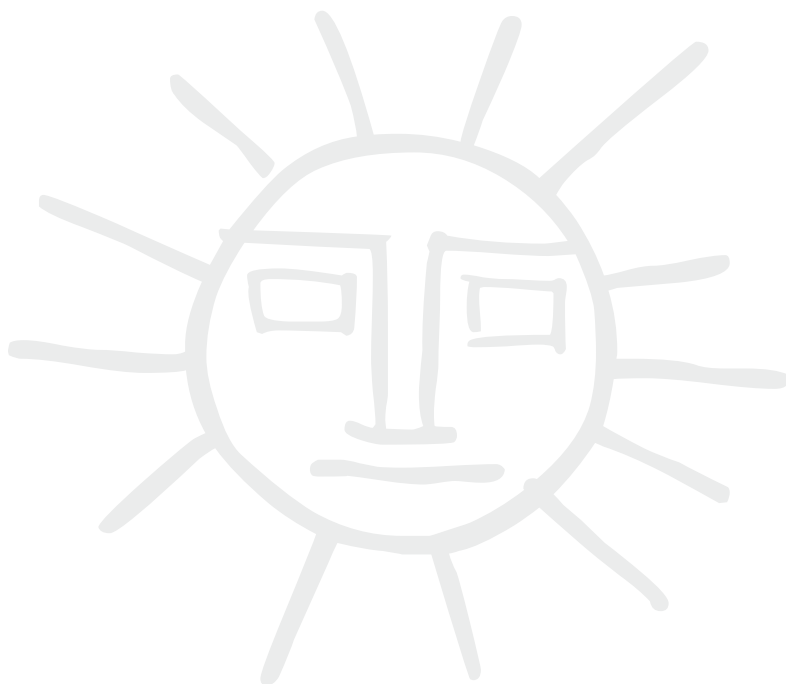
Recientemente, la UE dio un paso más en esta ofensiva aplicando el tratamiento comunitario a las inversiones e ingresó la materia a la órbita comunitaria. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1° de diciembre de 2009, se establece que la competencia en relación a la inversión extranjera directa pasará a ser parte de la política comercial del bloque. Esto significa que la potestad de legislar y asumir acuerdos será exclusiva de la UE. Lo que entre otras cosas establece el Tratado es que la UE deberá levantar todas las restricciones a la inversión extranjera. Lo que sucedía antes era que tanto los países miembros de la UE como la UE como bloque persiguieron objetivos de liberalización y protección de las inversiones por separado. Ahora, la UE tomará los TBI más avanzados que los países miembros tengan firmados con terceros y los incorporará como cláusulas tipo para la negociación de futuros tratados de este tipo a nivel comunitario.

La UE a través de la Comisión Europea y en particular a través del Comisario Europeo de Comercio, Karel De Gucht, expresó que el deseo es *"fortalecer la capacidad de la UE de asegurar un marco único para todas las empresas"*. Estas palabras junto con los documentos divulgados respecto a la materia, complementan una estrategia comercial agresiva que la UE ya venía desarrollando desde 2005. Para poder implementar a cabalidad una política común en materia de inversiones extranjeras, la UE debe establecer una transición hacia reglas comunes, homologando los acuerdos de inversión celebrados entre los países miembros y terceros. La Comisión Europea también pretende incluir el capítulo inversiones en las actuales negociaciones comerciales que lleva adelante con países como India o Singapur y con regiones como el Mercosur.

A la luz de esta coyuntura y de la mano de una nueva discusión respecto al tratamiento de las inversiones en el Mercosur, vale la pena reflexionar nuevamente sobre las implicancias que estos tratados tienen para los países en desarrollo en general y para los países del Mercosur en particular. El bloque de América del Sur deberá debatir respecto a los compromisos que los socios tienen en materia de inversiones y cómo se compatibilizarán éstos con un tratado regional a nivel del Mercosur. Implícitamente, esto también significa diseñar qué estrategia tendrá el Mercosur para negociar el capítulo Inversiones con la UE y qué posición defenderá Brasil al momento de asumir los sendos compromisos en inversiones que hoy por hoy mantienen sus socios en el bloque.

3

La feudalización del Derecho Corporativo Transnacional



La feudalización del Derecho Corporativo Transnacional

Dr. Juan Hernández Zubizarreta

Doctor en Derecho y profesor de la Universidad del país Vasco.
Miembro de Hegoa.

Introducción

Las normas de comercio e inversiones y las instituciones que las ratifican y reinterpretan, son las que adecuan los contornos centrales de los ordenamientos jurídicos a los intereses de las empresas transnacionales. Así, las normas imperativas, coercitivas y ejecutivas, transitan de lo público a lo privado; la transparencia, al menos formal, de los procesos legislativos se sustituye por la opacidad de la tecnocracia financiera y las instituciones construidas desde la democracia representativa se adecuan a la eficacia del mercado ajeno a la legitimidad sustentada en la voluntad popular. La idea de un pluralismo jurídico supra estatal, definido desde las posiciones de poder es la confirmación de la privatización absoluta de las reglas jurídicas globales (Sousa Santos, 1998). Este sí es un nuevo pluralismo jurídico global demoledor para las mayorías sociales del planeta.

La nueva *Lex Mercatoria* se estructura en torno a un núcleo férreo formado por los contratos de explotación, las normas multilaterales, regionales y bilaterales de comercio e inversiones, los tribunales arbitrales (como el CIADI) y el Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La lógica jurídica contractual asimétrica se impone en las transacciones económicas internacionales. Las relaciones de fuerza impregnan los núcleos esenciales de los contratos formalmente bilaterales, tratados regionales y bilaterales, donde la conformación de voluntades se produce desde la mera adhesión a cláusulas que tutelan, fundamentalmente, los intereses de las empresas transnacionales. La OMC, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial son instituciones centrales del modelo global que adolecen de legitimidad democrática y de transparencia en la aprobación de sus normas. La toma de decisiones, el contenido normativo de las mismas, la crisis de la multilateralidad y la reinterpretación unilateral de los principios de igualdad que apuntalan el poder jurídico de las mismas y debilitan la seguridad jurídica de los derechos de las mayorías sociales. Actúan como una "armadura" jurídica que pretende inmovilizar cualquier decisión contraria al sistema capitalista dominante.

Una nueva *Lex Mercatoria* favorable a las empresas transnacionales

La forma más antigua de transnacionalización de las normas jurídicas la representan los usos y costumbres comerciales. La confrontación entre un comercio en auge y las normas locales

fue configurando un Derecho Comercial Internacional con características similares a las actuales reinterpretaciones de la *Lex Mercatoria* en el marco de la globalización neoliberal: *"la facilidad con la que permitió contratos vinculantes; el énfasis en la seguridad de los contratos; la velocidad de la decisión de los litigios; la variedad de mecanismos para establecer, transmitir y recibir crédito, y el valor normativo de las costumbres y usos del mundo mercantil"* (Sousa Santos, 1998, págs. 104-110).

La consolidación del Estado contemporáneo supuso una reterritorialización normativa en base al desarrollo de la soberanía nacional. Las prácticas comerciales debieron adaptarse a la ley nacional y ésta, ante la necesidad de proteger sus intereses económicos, fue construyendo un Derecho Internacional Privado. La búsqueda de principios y reglas uniformes desterritorializadas, la armonización del Derecho Internacional Privado y el intento de evitar la sumisión a las leyes nacionales fue, junto a los contratos transnacionales con vocación cada vez más autorreguladora, la semilla de una nueva y reinterpretada *Lex Mercatoria*, es decir, de un ordenamiento jurídico transnacional o de un Derecho Global Comercial (Grün, 1998). La fase de acumulación capitalista postfordista donde el esplendor de las multinacionales es amplísimo, fue construyendo un nuevo entramado institucional económico-financiero internacional.

La nueva *Lex Mercatoria* reinterpreta y formaliza el poder de las multinacionales mediante la utilización de los usos y costumbres internacionales, las normas de las organizaciones internacionales, fundamentalmente de ámbito económico-financiero, los contratos tipo de las empresas transnacionales con los Estados receptores y los laudos arbitrales.

NUEVA LEX MERCATORIA

- 1 Usos y principios internacionales.
- 2 Ordenamientos nacionales.

NÚCLEO DURO DE LA LEX MERCATORIA

- 3 Contratos de inversión y explotación de las empresas transnacionales.
- 4 Normas multilaterales (OMC).
- 5 Normas regionales y bilaterales.
- 6 FMI y Banco Mundial.
- 7 Laudos arbitrales y Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.

Fuente: Elaboración propia.

Los usos y principios internacionales universales -tales como los de equidad, de buena fe-, los usos mercantiles, el enriquecimiento injusto, el *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), el *rebus sic stantibus* (lo establecido en los contratos lo son en función de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración) tienen un carácter informador, pero subordinado a la dinámica de los intereses comerciales.

Se sostiene que son conceptos jurídicos indeterminados que generan muchas lagunas y su vocación es la de contribuir a regular las relaciones entre Estados, pero que no resultan eficaces para establecer la regulación jurídica de negocios jurídicos privados. Además, las relaciones de poder son tan acentuadas que su carácter de principios universales se reinterpreta continuamente. El *pacta sunt servanda* se blindó totalmente por parte de las empresas transnacionales y frente a las cláusulas *rebus sic stantibus* se imponen los pactos en condiciones de desigualdad.

En la demanda que EE.UU. interpuso contra la India, defendiendo los intereses de sus empresas farmacéuticas, en relación a la producción de genéricos, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) falló a favor de EE.UU., para lo que contó con el apoyo de la Unión Europea, que invocó el principio de *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derechos Humanos, en relación a la adhesión de la India a los acuerdos de la OMC. No obstante, la Unión Europea olvidó que el artículo 53 de la mencionada Convención admitió, a su vez, la nulidad de todo tratado que se oponga a normas imperativas de Derecho Internacional General, y en este caso, a las normas de derechos humanos que consagran el derecho a la salud y la vida (Teitelbaum, 2007, pág. 117). La reinterpretación de los usos y principios internacionales forman parte de la nueva *Lex Mercatoria* favorable a los intereses de las empresas transnacionales.

En relación a los ordenamientos nacionales, su vinculación con el Derecho Comercial Global ¹⁶ dependerá de su caracterización como Estado periférico o no. En el primer caso, las políticas neoliberales de los organismos internacionales y Estados imperiales han ejercido un poder fáctico que ha impulsado tanto como ha impuesto la adopción de normas subordinadas a los principios neoliberales. La presencia de transnacionales en los países receptores dispuso de normas nacionales muy favorables a sus intereses (normas sobre inversiones, desregulaciones laborales y medioambientales, sobre la propiedad de la tierra y los recursos naturales, sobre las políticas públicas...).

Las normas de comercio e inversiones internacionales multilaterales, regionales bilaterales y unilaterales establecieron, mediante la ratificación de los gobiernos, marcos todavía más desterritorializados y de mayor seguridad para la tutela de sus intereses.

Contratos de las Empresas Transnacionales con los Estados receptores

Uno de los elementos centrales de la *Lex Mercatoria* son los contratos firmados por las empresas transnacionales y los Estados receptores, también denominados Acuerdos de Concesión o Inversor-Estado. Su función es determinante en el sistema de fuentes del Derecho Comercial Global.

El modelo de Derecho Privado clásico responde en términos jurídicos a los presupuestos del Estado Liberal:

- a. Sujetos de derecho individuales.
- b. Igualdad formal ante la ley y de las partes contratantes.
- c. Autonomía de la voluntad de las partes, siendo el contrato el mecanismo adecuado para el intercambio de bienes.
- d. Limitaciones de las funciones del Estado para mantener la protección de los bienes, seguridad y defensa.
- e. Acciones procesales individuales (Abramovich y Courtis, 2002, págs. 50-51).

Los principios descritos establecen la lógica jurídica en que se sustenta el Derecho Comercial Global que sitúa el contrato transnacional como uno de sus ejes centrales. La igualdad ante la ley y de las partes contratantes, junto a la plena autonomía de las partes, es el fundamento formal de los mencionados contratos. Los contratos de inversión realizados entre el Estado receptor y las empresas transnacionales se suelen fundamentar en diferentes fórmulas contractuales, según el tipo de inversor (privado, sociedad anónima, transnacional...).

Más allá del debate sobre la naturaleza jurídica y las modalidades contractuales, el conflicto que subyace de fondo es la tensión entre los Estados receptores de la inversión, celosos de su soberanía y de sus intereses, frente a los de las empresas transnacionales y, por tanto, de la estabilidad de sus inversiones. Los Estados tienen como objetivo adecuar los contratos de inversión a la normativa nacional y que sus tribunales resuelvan los conflictos que puedan surgir. Las empresas transnacionales, en el marco de la globalización neoliberal, y utilizando como argumento la necesidad de estabilizar las inversiones, equilibrar los riesgos, protegerse ante futuras modificaciones legislativas nacionales, pretenden enviar los posibles conflictos a sistemas internacionales de arbitraje e intentar que la norma aplicable sea la que las partes pacten, y en su defecto, la que el Tratado Bilateral de Inversiones establezca.

En estos momentos, las políticas legislativas neoliberales han marcado una tendencia normativa en esta cuestión: los contratos de inversión vinculados a los tratados bilaterales, que aparecen doblemente protegidos ante las legislaciones nacionales. Al menos, el sistema de arbitraje y la norma aplicable, se dilucidan entre el contrato de inversión y el tratado bilateral. Los Estados periféricos, receptores de inversiones, mantienen su legislación en la fase previa del contrato de inversión, pero en la inversión propiamente dicha pierden capacidad normativa. Incluso, las posibles cláusulas de renegociación o adaptación a las nuevas circunstancias han quedado minorizadas por aquellas que garantizan los derechos de los inversores por encima de cualquier otra consideración (Teitelbaum, 2010).

En el campo de las inversiones exteriores de capital, las normas multinacionales son muy escasas. Así, según el Tratado de la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994 son los tratados bilaterales los que actúan como referente normativo de los contratos (Sodupe, 1998). En cualquier caso, los tribunales arbitrales consideran a la autonomía de la voluntad de las partes, tanto conflictual como material, fuente principal para la solución de controversias. Ahora bien, la asimetría y la diferencia de poder es tan abismal que la formalización de los contratos de inversión y de los tratados bilaterales responde, en muchos casos, a imposiciones tácitas emanadas de las reformas neoliberales.

¿Los contratos de inversión de la transnacional Nestlé en Etiopía responden a la conformación libre y voluntaria de acuerdos? -Rossi (2003, págs. 21-22), afirma, *"en su raíz existe un fuerte desequilibrio a favor de uno de los actores. Ese desequilibrio se debe al exceso de satisfacción con la situación jurídica de quien entra en conflicto respecto a quien lo padece. La consecuencia es el atropello, que se manifiesta en cualquier relación contractual, cada vez que uno de los dos contrayentes trata desde una excesiva posición de fuerza, o bien cuando posee mucha más información sobre el objeto de la negociación, y está en condiciones de ocultarla"*.

Monique Chemillier-Gendreau extrapola al Derecho Internacional esta tendencia neoliberal en clave jurídica. *"En el marco nacional, el orden jurídico se basa sobre la articulación entre dos niveles: el contrato y la ley. El contrato es el reflejo de las desigualdades. En efecto, las dos partes que negocian no están en posición de igualdad. Esta transacción entre dos polos considerados en una relación de fuerzas desigual se traduce en obligaciones del contrato, que no corrigen la desigualdad original. Los contratos son un elemento del orden jurídico, pero es muy importante que -en una sociedad dada- exista otro nivel: la ley, que también resulta de una relación de fuerzas, pero está más distanciada de las fuerzas brutales, representa más una síntesis, y así fija límites a lo que puede ser concluido por contrato. Pero en el Derecho Internacional, todo es contrato... La Carta de Naciones Unidas proclama la igualdad de los Estados, pero la naturaleza contractual del Derecho Internacional estimula las desigualdades"*. Comparto plenamente este análisis y, además, la *Lex Mercatoria* se adecua plenamente al mismo. No obstante, desde el 11 de septiembre las relaciones de fuerza en las relaciones internacionales han tomado expresiones brutales de carácter unilateral y bélico. En estos momentos preocupa más la ausencia del Derecho Internacional que su violación (Romero, 2002, pág. 93).

Las normas internacionales de comercio en su vertiente multilateral, son aprobadas en el marco institucional de la OMC, pero su técnica formal de aprobación por consenso, se parece más a contratos de adhesión a las tesis de los Estados ricos, al menos antes de la actual paralización, que a técnicas parlamentarias. Las normas que emanan de los Tratados Regionales y Bilaterales de Comercio e Inversiones se aprueban por el acuerdo de las partes y libres voluntades, desde la total asimetría y desigualdades de poder (Herz, 2003, págs. 1-20). Estos procedimientos recuerdan más a los contratos laborales de la Revolución Industrial que a las legislaciones modernas.

Desde una perspectiva jurídica y social, los contratos realizados entre multinacionales y Estados receptores, pueden clasificarse en tres bloques:

1. El poder político y económico de las empresas transnacionales les permiten actuar como poderes fácticos con presencia directa e indirecta en las Instituciones Internacionales Financieras, Comerciales, Naciones Unidas, Unión Europea, así como en los gobiernos más poderosos (Llistar, 2009). Por otra parte, sus poderosísimos despachos de abogados canalizan influencias, acceso al conocimiento, interpretación y elaboración de propuestas dirigidas a la creación de normas. Los informes, contratos tipo por sectores, por bienes específicos, zonas geográficas... se convierten en verdaderos anteproyectos de normas multilaterales, regionales o bilaterales de comercio o inversiones. La privatización del Derecho adquiere rasgos reales, aunque difíciles de desvelar.

2. Existen zonas geográficas donde la presencia estatal es escasa, son los acuñados Estados fracturados. En ellos existe un limbo jurídico cubierto, en parte, por los contratos sin ley. Éstos se convierten en verdaderas fuentes de derecho, ya que funcionan prácticamente al margen de los ordenamientos nacionales, que en algunos casos carecen hasta de expresión formal consolidada. Sus cláusulas se adecuan a las normas multilaterales y principios internacionales (no suelen existir Tratados Bilaterales de Inversión por las características propias de ser sociedades sin Estado aunque con ciertos recursos naturales explotados por determinadas transnacionales) pero su concreción y redacción final, incluida la remisión a los tribunales arbitrales internacionales al margen de los nacionales, garantizan plenamente los derechos de las multinacionales. Los contratos transnacionales son casi la exclusiva fuente de regulación. Las zonas francas, maquilas y zonas económicas especiales basculan sobre esta lógica. No obstante, la ausencia de regulación estatal responde a un acto voluntario del Estado receptor, obviamente, en el plano puramente formal, de anular o rebajar la normativa vigente con el fin de atraer capital extranjero (Mercader, 2006, págs. 151-154 y Martínez, 2006). Por lo demás, son contratos de carácter instantáneo, su eficacia se vincula a situaciones concretas y no volverán a ser usados en su integridad, aunque es notable su influencia como modelo de otros contratos o incluso de cláusulas de determinados tratados bilaterales.

3. La mayoría de las multinacionales establecen contratos vinculados, fundamentalmente, a la *Lex Mercatoria*. Su núcleo duro es el que determina las condiciones del contrato, de ahí que las normas de los ordenamientos nacionales se subordinen a los ordenamientos multinacionales, regionales y bilaterales. Básicamente por incorporación a la legislación nacional o por ratificación de los tratados bilaterales o regionales. La empresa transnacional dispondrá de la cobertura jurídica que establezca su contrato específico plenamente vinculado a las normas multilaterales, regionales o bilaterales, que suelen responder a formatos de contrato tipo. Además las disputas se resolverán por medio de laudos arbitrales internacionales. Es un doble o triple blindaje jurídico ante los empobrecidos Estados periféricos necesitados de inversión a cualquier precio, por la lógica neoliberal que se les ha impuesto.

En cualquier caso, la lógica jurídica contractual asimétrica se impone en las regulaciones comerciales y financieras. Los debates parlamentarios para aprobar leyes, la transparencia y la generalidad son sustituidos por contratos de adhesión o bilaterales asimétricos, las relaciones de poder de las empresas transnacionales se formalizan en un Derecho Comercial Global. Los derechos laborales se mantienen en códigos y normas laborales, reformadas, por las presiones neoliberales, en el ámbito nacional y cuyos mecanismos de control y eficacia son más débiles cuanto más en la periferia se encuentren, y la tutela internacional de los mismos se subordina a la eficacia jurídica de las normas comerciales y de inversión. La autonomía de las partes es tan real como la de los asalariados de las primeras fábricas de la Revolución Industrial.

Como afirma María José Fariñas, *"pretende ser una forma de globalización jurídica, pero no consigue ser un nuevo derecho universal. Representan más bien, el derecho de los nuevos señores feudales (que son ahora las empresas transnacionales) o de las nuevas burocracias privadas del comercio mundial, que están consiguiendo imponer mundialmente sus propias normas jurídicas de autorregulación". "... lo que encontramos son simple y llanamente privilegios y derechos particulares y personales, impuestos por las empresas transnacionales, que recuerdan más*

a los status medievales de privilegios feudales, que a una estructura jurídica moderna, caracterizada por la generalidad, la abstracción y la igualdad formal ante la ley" (Fariñas, 2005, pág.147).

Por último, los grandes despachos de abogados asesores de las empresas transnacionales han transformado sus funciones de asesoría y defensa de los intereses de sus clientes, en verdaderos cuasi legisladores. Son una nueva generación de abogados-empresarios con alta cualificación, amplísima información, canales de poder y plena identificación con la mercantilización del Derecho. Las *law firms* reelaboran continuamente la *Lex Mercatoria* creando esquemas contractuales ad hoc e interpretando las normas desde las nuevas exigencias económicas (Zolo, 2006, pág. 106).

Desde posiciones más radicales Pier Paolo Portinaro pone de manifiesto, "la afirmación de expertocracias mercenarias, parciales y abogadescas, que explotan estratégicamente las oportunidades y los recursos de una nueva litigation society. Más que la figura del juez, con su balanza equilibradora de los diferentes valores y principios ético-jurídicos, el que se ha hecho con el campo y expande cuantitativa y cualitativamente su propio poder es hoy el comerciante de derecho" (Zolo, 2006, págs. 108-109). A la ética profesional contraponen el lobby político, especializándose en contenciosos económicos. Se están creando verdaderas multinacionales del Derecho que colaboran en los intereses de las grandes corporaciones mediante el uso de estrategias de todo tipo. Su función no es pleitear en los tribunales, sino redactar contratos desde la asimetría entre partes.

En América Latina han aparecido grandes firmas jurídicas en la década de los noventa. El número de despachos que reúnen más de cincuenta abogados se ha multiplicado por cuatro en México entre 1999 y 2005 y triplicado en Brasil en el mismo periodo. Este hecho está conectado con la expansión de empresas multinacionales a lo largo del continente. Poco a poco se han construido verdaderas empresas jurídicas cuantitativamente muy fuertes -son más de 5.209 abogados que ejercen su profesión en el marco de estas organizaciones- y que destacan por sofisticados sistemas de información, estructuras jerárquicas, multilingüismo, bibliotecas con más de 800.000 publicaciones, especializaciones jurídicas generales, lealtad total para con el cliente y -lo fundamental- abandono de la abogacía centrada en el litigio y su mutación en una verdadera ingeniería de los negocios (Bergoglio, 2007, págs. 57-87).

Acuerdos Comerciales y de Inversiones Bilaterales y Regionales. Principios fundamentales

Los fracasos del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), y de las sucesivas cumbres de Seattle, Cancún y, en parte, Hong Kong, llevaron a redoblar esfuerzos en los acuerdos regionales. Así en América Latina, el ALCA, cuya paralización ha provocado el desplazamiento de las cuestiones más controvertidas a los tratados bilaterales. La OMC, los Tratados Regionales y los Tratados Bilaterales de Libre Comercio (TLC) y de Promoción y Protección de Inversiones (TBI) actúan como vasos comunicantes en referencia a toda la arquitectura jurídico-económica internacional. Son la verdadera garantía de los derechos de las transnacionales.

Desde esta perspectiva, el Derecho Corporativo está formado por acuerdos internacionales, regionales y bilaterales. Los primeros que fueron celebrados en el marco de la OMC, regulan, entre otros temas, cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual y comercio (TRIPS), con las inversiones de bienes (TRIMS) y el comercio de servicios (GATS). Los acuerdos regionales desarrollan y complementan los marcos normativos aprobados en el seno de la OMC. Así, entre otros, tenemos el TLCAN, el Acuerdo de Libre Comercio entre los países de América Central y EE.UU., el MERCOSUR y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, unos dos mil quinientos en vigor en todo el planeta, comprenden tanto la "promoción" y protección de Inversiones Extranjeras en un marco de libre comercio, como aspectos relacionados a propiedad intelectual, cooperación y de ciencia y tecnología. En éstos son dos los aspectos más relevantes, los derivados de su proceso de elaboración y el contenido, en particular, de los TBI que son parte importante del Derecho Internacional del Comercio. La falta de transparencia es la tónica en todo su desarrollo, las negociaciones transcurren de manera formalmente bilateral con gobiernos débiles y, en muchos casos, corruptos, y la desigualdad atraviesa transversalmente el contenido de los acuerdos. Por otro lado, las cuestiones más complejas, bloqueadas en las cumbres de la OMC o tratados regionales se encauzan por medio de mecanismos bilaterales. Por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual son regulados en dichos tratados con disposiciones que amplían lo establecido por la OMC (Ruiz Díaz, 2005, págs. 1-2).

Los Tratados de Libre Comercio -que incluyen como ya vimos capítulos específicos relativos a Inversiones- requieren unas breves reflexiones que nos permitan posteriormente contextualizar la fortaleza de los principios jurídicos sobre los que se sustentan:

1. El comercio y la inversión no pueden ser fines en sí mismo, la necesidad de inserción o no en la economía internacional debe ser objeto de debate. La redistribución de la riqueza, el crecimiento económico y la cuantificación de los indicadores macroeconómicos deben adecuarse al desarrollo humano.
2. Los Tratados de Libre Comercio no son intrínsecamente útiles, sus normas y contenidos no pueden ser ajenos a las realidades internas de los países y a las necesidades del conjunto de la población y no deben responder a los intereses de minorías económicas detentadoras de poder. Los contenidos de un acuerdo deben ser fruto del equilibrio entre variables económicas y resultados sociales (Ceceña, 2003, págs. 29-47). El propio Banco Mundial ha reconocido que los tratados bilaterales de inversiones no han contribuido a aumentar los flujos de inversión hacia los países receptores (Ancos y Vicente, 2009, pág. 4).
3. Los tratados regionales no sólo pretenden desregularizar los flujos de bienes, sino las inversiones, la propiedad intelectual y los servicios. Su lógica de libre comercio subordina al mercado las políticas nacionales. Son tratados internacionales que condicionan y determinan las políticas nacionales desde la total asimetría.
4. Garantizan a las empresas transnacionales el libre movimiento de bienes y servicios contra todo tipo de barreras y regulaciones. El principio de trato nacional se define desde los intereses de las grandes corporaciones económicas (Teitelbaum, 2007, pág. 144).

5. Respecto a la inversiones extranjeras se las tutela bajo el principio de trato nacional protegiéndolas ante cualquier expropiación directa o indirecta y creándose tribunales de arbitraje frente a los nacionales (Estay, 2003, págs. 59-60).

6. Se crean paneles privados para resolver disputas relacionadas con la aplicación de los tratados, se amplían las normas sobre propiedad intelectual previstas en la OMC, se desregulan sectores estratégicos de las economías nacionales, se establecen capítulos específicos sobre competencia desleal y las cuestiones relacionadas con derechos laborales y medioambientales, cuando se regulan, se reenvían a legislaciones internas (Góchez Sevilla, 2003. pág. 84).

Los principios de la actividad comercial y financiera contenidos en los TBI

Los principios que atraviesan toda la actividad comercial y financiera de las transnacionales se sustentan sobre las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida (toda ventaja concedida a los nacionales debe extenderse a los extranjeros y no cabe ayuda del Estado a sus nacionales), el trato justo y equitativo (no cabe discriminación a la empresa extranjera), el trato más favorable (prevalece la norma nacional o internacional más favorable a la transacción económica internacional), la ausencia de requisitos de desempeño (no cabe exigir al inversor extranjero conductas favorables a los nacionales), las cláusulas sobre indemnizaciones, las compensaciones por pérdidas, las cláusulas de estabilización y el concepto de inversión. Son principios que contribuyen de manera directa a la fortaleza de la *Lex Mercatoria* y desplazan en la jerarquía normativa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional del Trabajo.

Concepto de Inversión

La primera cuestión se refiere a la definición del término inversión, cuyos contornos delimitadores se expanden de una manera muy intensa junto a la noción de reciprocidad. Es el inicio de una cadena de eslabones que crean un ordenamiento jurídico protector de las inversiones extranjeras frente a los Estados, fundamentalmente, periféricos y frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo. Partimos de cómo la reciprocidad es un principio básicamente formalista ya que las inversiones se producen desde las empresas transnacionales vinculadas, básicamente, a Estados ricos frente a Estados periféricos, de ahí que los contenidos y fortaleza jurídica de los tratados bilaterales se establezcan de facto de manera unilateral. A su vez, la inversión se identifica con los activos, de forma que encierra acciones y otras formas de participación en sociedades, derechos derivados de todo tipo de aportes con el fin de crear valor económico, bienes muebles e inmuebles, derechos reales, propiedad intelectual e industrial, servicios públicos, concesiones otorgadas por ley o contrato, incluidas las que alcanzan a la prospección, extracción o explotación de recursos naturales, y se asocia al concepto de ganancia de una empresa mediante la expropiación indirecta (Bevillaqua, 2005, pág. 3).

Trato justo y equitativo

Es un concepto jurídico indeterminado que podría adolecer de cierta inseguridad material pero, enmarcado y dirigido a la protección del inversor extranjero frente al Estado receptor, queda perfectamente delimitado. Su vinculación con las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida elevan el nivel de protección de los inversores extranjeros. Por tanto, el Estado receptor no podrá discriminar al inversor extranjero y deberá tratarle de manera justa y equitativa. Su indeterminación no implica inobservancia, ya que se deberá atender para su concreción a los casos específicos y se deberá tener en cuenta que la justicia y equidad son referentes en sí mismos que deberán interpretarse y concretarse desde los principios informadores del Derecho Internacional (García Rodríguez, 2005, págs. 228-236).

Los criterios interpretativos han discurrido desde una visión estricta donde la violación de este principio se vincula con conductas de naturaleza flagrante y escandalosa por parte del Estado, que elimina las expectativas de un inversor a contraponerlo con medidas discriminatorias por parte del Estado receptor (Correa, 2004, pág. 13). La indeterminación tiende a beneficiar al inversor en menoscabo de los intereses del Estado que acoge la inversión. No obstante, hay un sector de la doctrina que lo reconoce como norma clásica de Derecho Internacional cuyo objetivo es auxiliar en la interpretación de otras normas contenidas en los tratados (Granato, 2005, pág. 21). La interpretación realizada por el CIADI no deja lugar a duda respecto a la importancia que otorga al principio de trato justo y equitativo. Se considera como parte integrante de la buena fe reconocida en el Derecho Internacional, aunque para su violación el Estado no ha de actuar de mala fe. El problema del Estado no surge tanto de la transposición del régimen de responsabilidad objetiva, discutido en la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, como de la posibilidad del recurso directo de un inversor extranjero al CIADI frente a la imposibilidad de que la ciudadanía pueda recurrir por violaciones de derechos sociales, económicos políticos y civiles (Ruiz Díaz, 2005).

Es decir, es un principio que se interpreta de manera expansiva a favor de la empresa inversora al equiparlo a la buena fe y que además aparece tutelado por los tribunales arbitrales. En esta misma dirección, el CIADI falló en el caso Metalclad a favor de la empresa, ya que el gobierno mexicano no le otorgó un trato justo y equitativo acorde con el Derecho Internacional pues el derecho interno (no cumplimiento de los requisitos establecidos por el municipio) no justificaba el incumplimiento de una obligación del tratado. La duda surge desde la posible equiparación entre trato justo y equitativo con la eliminación de todo "obstáculo" en la actividad de la empresa inversora. Las políticas fiscales, aumentos salariales, requisitos administrativos de un municipio (nuevos planeamientos urbanísticos) etc. ¿pueden quedar equiparados a la violación de un trato justo y equitativo?

Trato Nacional y el Trato de Nación Más Favorecida

Son dos principios centrales en el funcionamiento de los Tratados Multilaterales, Regionales y Bilaterales de Comercio e Inversiones. Toda ventaja concedida a los inversores nacionales

debe extenderse a los extranjeros, los inversores nacionales no pueden recibir ayuda alguna del Estado ya que implicaría quebrar el principio de trato nacional. Las ventajas que acuerden mutuamente dos Estados en un tratado bilateral o entre Estados en un tratado regional se extenderán automáticamente a los tratados que éstos celebren con otros Estados donde se incluya la cláusula de nación más favorecida, cláusula generalizada en la mayoría de los tratados bilaterales (Subcomisión de Derechos Humanos, 2004; Teitelbaum, 2005; Teitelbaum, 2007, págs. 144-145).

La idea es que en base al principio de no discriminación no se lesione al inversor extranjero. No obstante, son dos principios que no se aplican ni con carácter general ni con valor absoluto. Existen excepciones en el ámbito del trato nacional en temas relacionados con la propiedad intelectual y con determinados servicios (Correa, 2004, págs.10-11), así como en el trato de nación más favorecida ya que solo en un plano teórico cabría equiparar la total igualdad por medio del mencionado principio. Los tratados bilaterales suelen recoger excepciones referidas al interés público, salud, orden público y moral, a la seguridad nacional y a los acuerdos regionales de comercio y de integración comercial.

Además, los dos principios no son independientes en su aplicación de la operación de inversión que se lleve a cabo en el Estado receptor ya que la dificultad reside en establecer cuándo existe plena similitud para poder aplicar ambas cláusulas.

En otro plano, en la etapa previa de la inversión, es decir en la preparación y admisión, el trato nacional no se aplica con la intensidad de otras fases de la inversión, ya que el Estado puede excluir a determinados sectores de la inversión extranjera (desde la asimetría de poder de las partes) y no podrá poner trabas que entorpezcan el cumplimiento de los requisitos establecidos. Ahora bien, una vez superada esta fase la aplicación del principio es plena (García Rodríguez, 2005, págs. 236-248).

Trato más favorable

Este es un principio del que disponen las inversiones extranjeras aunque no esté previsto en los tratados bilaterales. Su incumplimiento genera responsabilidad en el Estado receptor. Se aplicará la norma, sea nacional o internacional, que resulte más beneficiosa para las inversiones (Teitelbaum, 2005, pág. 9). Se vincula con los principios de *favor inversionis* y jerarquía normativa.

Las inversiones se encuentran sometidas a controles administrativos de los ordenamientos nacionales tanto en su fase inicial como en la final, la modificación unilateral que ponga en peligro los derechos adquiridos o en fase de adquisición deberá garantizar al menos el estado en que se encontraban en su inicio. Por tanto, el inversor deberá conocer y respetar las normas del ordenamiento del Estado receptor (seguros, controles de calidad, fiscalidad, garantías...) y éste deberá respetar las obligaciones asumidas con el inversor y el compromiso de aplicar la norma más favorable, sea norma de orden interno o internacional como las establecidas

en los tratados bilaterales. El *favor inversionis* se relaciona con aplicar la norma más favorable al inversor, así que pese a la preferencia en la aplicación normativa del contrato de inversión, la existencia de condiciones más favorables en el tratado bilateral le otorga preferencia en función del principio de trato más favorable (Subcomisión de Derechos Humanos, 2004).

Ausencia o prohibición de requisitos de desempeño

Los tratados bilaterales suelen prohibir o no regular los requisitos que exigen determinadas conductas por parte del inversor para aceptar la inversión extranjera: utilizar materia prima nacional, contratar mano de obra nacional, exportar parte de la producción para aumentar divisas... Los acuerdos celebrados en el marco de la OMC, sólo prohíben los requisitos de desempeño en el comercio de bienes, siendo más tolerantes que la regulación bilateral. El Tratado Uruguay-Canadá extiende la prohibición de los requisitos de desempeño a los servicios y a las transferencias de tecnología, lo que impide exigir al inversor que incorpore tecnología al Estado receptor (Subcomisión de Derechos Humanos, 2004).

Indemnizaciones

Los tratados bilaterales incluyen cláusulas sobre las indemnizaciones en caso de expropiaciones u "otras medidas de efecto equivalente". Se parte de considerar que toda medida, ley, reglamento, acto administrativo... que provoque daño en el patrimonio del inversor deberá ser compensado. Son varias las cuestiones a apuntar, teniendo en cuenta que todas ellas inciden en la tutela de los intereses del inversor frente al Estado receptor. Una primera se refiere al grado del daño que -tal y como establece el CIADI- basta con que produzca una interferencia incidental, es decir, no es necesario que se vea afectado directa o indirectamente el título de propiedad.

Una segunda cuestión se refiere a las cláusulas de estabilización como expresiones formalizadas de la garantía de los inversores, que suelen acompañarse de sistemas arbitrales de resolución de conflictos: su ubicación formal se encuentra tanto en los contratos de inversión como en los tratados bilaterales a los que el contrato suele estar "encadenado".

El tercer aspecto se refiere a la justificación por interés nacional no discriminatorio de los motivos de la expropiación e indemnización adecuada. El interés público nacional es un concepto jurídico indeterminado que aparece vinculado a la soberanía nacional y a las políticas públicas de los gobiernos representativos. La indemnización deberá ser rápida y efectiva siendo un problema añadido la cuantía de la misma. A pesar de que el Banco Mundial ha establecido un procedimiento para el cálculo de los intereses, serán los tribunales quienes definan el monto de la compensación. Los tribunales arbitrales se regulan al margen de los poderes judiciales del Estado receptor y -ya sea de forma alternativa o sucesiva respecto a los tribunales nacionales- la decisión final está bajo su competencia (García Rodríguez, 2005, págs. 198-218).

Por último, la cláusula abierta de "otras medidas" es una fórmula que atenta a la seguridad jurídica, ya que bajo ese epígrafe se han considerado expropiaciones indirectas a las actuaciones que puedan privar al inversor de los beneficios que razonablemente se esperen, e -incluso- las modificaciones de condiciones laborales pueden valorarse como una fórmula de expropiación indirecta (Zabalo, 2007, págs. 9-10).

Compensaciones

Los tratados bilaterales también prevén compensaciones por pérdidas no estrictamente comerciales. Suele vincularse a disturbios políticos o sociales que no forman parte de la inversión. El inversor deberá ser apoyado, al menos, de la misma forma -sin discriminación alguna- que los nacionales. En cualquier caso, el juego del trato nacional se combinará con el de nación más favorecida, aplicando el que resulte más beneficioso para el inversor extranjero (Granato, 2005. pág. 26).

Otro de los principios es la transferencia al exterior del capital, de los beneficios, las remuneraciones, los honorarios por consultorías... de manera incondicional y en divisas libremente convertibles. La idea es la plena libertad de repatriar los beneficios a su país de origen. El Estado debe permitir al inversor un trato igual que a los nacionales en la adquisición de divisas y en la realización de transferencias. Obviamente deberá cumplir las obligaciones legales que el Estado receptor le imponga, pero de facto muchas de las legislaciones de países periféricos han sido sometidas al "control y reforma", así que los beneficios para las mayorías sociales son prácticamente nulos.

Cláusulas de estabilización

La incorporación de cláusulas de estabilización en el contrato de inversión implican que el Estado receptor de la inversión no puede unilateralmente anular el contrato o modificar sus cláusulas. Son contratos blindados, al margen de situaciones de fuerza mayor previstas en todos los ordenamientos jurídicos, cuya garantía máxima es el reenvío a los Tratados Bilaterales, de manera que su incumplimiento daría lugar a responsabilidades internacionales. El tercer informe de John Ruggie, el Representante Especial de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos de mayo de 2008, considera que las cláusulas de estabilización son mecanismos cerrados, no transparentes y que dejan a las comunidades afectadas sin la información necesaria para evaluar los impactos de la actividad empresarial sobre los derechos humanos.

El desarrollo normativo de los principios descritos está sometido a numerosas excepciones y concreciones en su aplicación, pero no podemos obviar su valor jurídico esencial, su caracterización como principios fundamentales, es decir, su fortaleza frente a los principios que informan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo. El sistema mercantilista neoliberal establece amplios derechos y beneficios para las empresas privadas transnacionales, mientras el régimen de obligaciones internacionales y de responsabilidad es para los Estados receptores de las inversiones.

Los tratados bilaterales son un verdadero régimen jurídico de "protección unilateral" de las inversiones extranjeras frente al resto de derechos y garantías nacionales e internacionales (Martínez, 2006). Aunque son sancionados por Estados, los derechos que acuerden se derivan a particulares y empresas transnacionales, estableciéndose en los mismos un sistema coercitivo y sancionador que no necesita agotar la vía judicial nacional para interponer el correspondiente recurso. Para ello se han creado tribunales arbitrales, al margen de los poderes judiciales, entre los que destacan los constituidos en el seno del Banco Mundial. La tela de araña que envuelve el entramado jurídico del Derecho Internacional del Comercio es un marco normativo donde las empresas transnacionales se desenvuelven sin apenas limitaciones.

El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y los Tribunales Arbitrales Internacionales

Una de las fortalezas más reseñables de la *Lex Mercatoria* reside en la existencia de tribunales arbitrales internacionales y en la efectividad de sus laudos. La fuerte asimetría existente entre las garantías y efectividad jurídica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional del Trabajo frente al Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la OMC o los sistemas de arbitraje previstos en los Tratados Regionales o Bilaterales de Comercio e Inversiones, sitúa a la empresas transnacionales en planos jerárquicamente superiores a los derechos de las mayorías sociales. Por otra parte, los laudos arbitrales resultantes tienen plena eficacia, ya que su inobservancia podría acarrear consecuencias económicas mucho más duras que el cumplimiento del laudo. Así, las sanciones de la OMC suelen acompañar modificaciones legislativas, sanciones comerciales del país denunciante o de un tercero, o multas. En los laudos derivados de arbitrajes, por ejemplo los del Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones (CIADI), adscrito al Banco Mundial, el incumplimiento de sus laudos es impensable por los efectos de bloqueo económico internacional que puede generar, de ahí que su adscripción al Banco Mundial no sea una mera anécdota.

Las empresas transnacionales son beneficiarias directas de estos mecanismos arbitrales de resolución de conflictos, mientras la tutela de los derechos laborales de sus trabajadores y trabajadoras queda reenviada a los ordenamientos internos que -en la mayoría de los países empobrecidos- han sufrido profundas modificaciones neoliberales, al igual, que sus desestructurados poderes judiciales. La protección del Derecho Internacional del Trabajo por medio de la OIT queda muy alejada de la fortaleza de los sistemas arbitrales de comercio.

En relación a los tribunales arbitrales, en el marco de los Tratados sobre Promoción y Protección de las Inversiones, es conveniente analizar el contexto en que se generalizan (Crespo Hernández, 2000, págs. 311-312). A la hora de valorar el papel que desempeñan no conviene olvidar la lógica que atraviesa la hipótesis central de trabajo. La visión jurídico-formal se sustenta en la necesidad de dotar de plena seguridad jurídica a las inversiones realizadas por las empresas transnacionales frente a la soberanía de los Estados receptores (Cremades y Cairns, 2004). Las instituciones y poderes judiciales de los países en desarrollo no presentan las garantías necesarias de independencia, estabilidad y funcionamiento adecuado, de ahí que una de las

innovaciones más importantes que aportan los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones sea la designación de tribunales arbitrales para la resolución de los conflictos. Los inversores no aceptan a los tribunales nacionales del Estado receptor y defienden la jurisdicción de los tribunales de origen, el arbitraje se presenta como la opción más justa (García Rodríguez, 2005, pág. 249).

En la Cumbre Iberoamericana de noviembre de 2007, en la reunión paralela de empresarios y de multinacionales, el presidente de los empresarios españoles y el de la empresa Repsol manifestaron su preocupación por la falta de seguridad jurídica y de reglas permanentes en América Latina (OMAL, 2007).

Respecto al argumento de la seguridad jurídica son tres los criterios que utiliza Rodríguez Rovira para justificar el poder de las empresas transnacionales:

a. Abuso de legislaciones de emergencia. Ante situaciones extremas de crisis sociales, políticas o económicas, se legisla desde el Poder Ejecutivo modificando legislaciones anteriores, dando lugar a abusos que dinamitan el Estado de Derecho. Los intereses de las transnacionales quedan subordinados a las políticas públicas de la Administración.

b. Crisis del principio internacional *pacta sunt servanda*, los pactos obligan a las partes con fuerza de ley y su respeto e intromisión por parte de los poderes públicos lesionan su fundamento. Los contratos de las empresas transnacionales con el Estado deben respetarse en base al principio internacional mencionado.

c. El equilibrio financiero de los contratos con la Administración del Estado, ya que en los países periféricos suelen dictaminarse como nulos los actos jurídicos realizados por gobiernos anteriores al que decreta la nulidad, en base a los supuestos vicios jurídicos; así, abusos de las Administraciones en materia de contratación desvelados después de haberse desarrollado el programa de inversiones o la negativa a actualizar subidas de tasas por defectos legales.

La manera en que se neutralizan estas actuaciones supuestamente unilaterales y que ponen en peligro la seguridad jurídica de las inversiones es mediante la garantía de los tribunales arbitrales (Rodríguez Rovira, 2004, págs. 4-5). Una vez más la pura descripción jurídico formal resulta impecable siempre que se efectúe al margen de los contextos sociopolíticos y conflictos sociales. La seguridad jurídica es un principio internacional no vinculado únicamente a valoraciones económicas. Las legislaciones de emergencia, constitucionalmente previstas en los ordenamientos nacionales e internacionales, son una prerrogativa vinculada a la soberanía nacional.

El principio de *pacta sunt servanda* es tan respetable como el de *rebus sic stantibus*. Ambos tienen contornos flexibles de legalidad. Además, los contratos de las multinacionales con gobiernos pobres, sometidos a la disciplina de las instituciones financieras internacionales

y -en muchos casos- corruptos, permiten, sin duda alguna, cuestionar la simetría en la conformación de voluntades. La alternancia en los gobiernos democráticos es un principio fundamental del funcionamiento del Estado de Derecho, que permite implementar políticas públicas alternativas. Los derechos humanos y laborales, la erradicación de la miseria, la defensa de la sanidad y la educación universales están vinculadas a la dignidad de las personas, son valores esenciales de la comunidad internacional (Bonet, 1999, pág. 18).

Por último, está la nulidad de los actos administrativos realizados bajo apariencia de legalidad por gobiernos anteriores con decisiones perfectamente ajustadas a Derecho. Desde 1980 los gobiernos neoliberales han reformado el Estado, privatizado las empresas y servicios públicos, desregulado los derechos sociales y regulado el libre comercio e inversiones. Estas decisiones han sido impuestas a las mayorías sociales de los países pobres con la plena complicidad de las multinacionales.

La vinculación de la defensa de la seguridad jurídica en las inversiones, con los tribunales arbitrales, lejos de ser una garantía esencial del Derecho, es un eslabón más de la dominación de las multinacionales.

El Arreglo de Controversias relacionadas con las Inversiones y el CIADI

Desde una perspectiva más técnica, el arbitraje, junto a la negociación entre las partes, y la jurisdicción nacional del Estado receptor, son los medios de solución de controversias en inversiones. El modelo neoliberal ha ido apuntalando el arbitraje como mecanismo favorable a las transnacionales. No conviene olvidar que los conflictos en torno a las inversiones entre países ricos se resuelven en el marco de los sistemas jurídicos nacionales o por mecanismos entre Estados al margen de los sistemas arbitrales 17.

Sus características fundamentales residen en la facultad de la que disponen las empresas transnacionales para demandar directamente ante el tribunal arbitral, normalmente el CIADI, al Estado receptor. El inversor no tiene que agotar los mecanismos jurídicos internos: puede elegir los tribunales nacionales del Estado receptor o los tribunales arbitrales, siendo una elección excluyente. Incluso el Mecanismo Complementario aprobado en 1978 permite que el CIADI pueda intervenir cuando sólo una de las partes se encuentre protegida por las normas del arbitraje. A todas estas prerrogativas debemos añadir que los laudos arbitrales, en relación con su eficacia jurídica, se ven reforzados por el Convenio del CIADI. Tienen fuerza ejecutiva en el territorio de los Estados parte (Granato, 2005, págs. 37-55). En cualquier caso sus reglas no responden a procedimientos judiciales, se encuadran dentro de los acuerdos privados, aceptables entre particulares pero deslegitimados ante conflictos entre Estados, garantes del interés general, y personas privadas. En este caso, la privatización del Derecho afecta directamente a las mayorías sociales. Los tribunales arbitrales se encuentran al margen del sistema judicial de Derecho Público estatal e internacional (Teitelbaum, 2010).

En América Latina la doctrina Calvo¹⁸ o Drago ha mantenido durante un tiempo la primacía de la soberanía nacional. Las intervenciones militares europeas generaron la defensa de los intereses nacionales frente a los inversores extranjeros, que debían recibir el mismo trato que el inversor nacional, siendo los órganos jurisdiccionales nacionales los que debían dirimir las controversias (Granato, 2005, pág. 37). En la década 1960-70 la industrialización por sustitución dio lugar a medidas y normas que tenían por objetivo proteger a la industria nacional, mediante aranceles, cuotas nacionales, control de capitales y reglas sobre la repatriación de ganancias (AAVV, 2007, pág. 16). Los gobiernos latinoamericanos, durante la década de finales de los ochenta y noventa, abandonaron la doctrina mencionada y fueron asumiendo los tribunales arbitrales como algo inevitable.

Como afirma Teitelbaum (2004, pág. 18), *"Los tribunales arbitrales internacionales han sufrido una evolución paralela al proceso de mundialización capitalista: concebidos inicialmente para dirimir conflictos entre Estados o de derecho privado, nacional e internacional, entre particulares; fueron ampliando su jurisdicción a los conflictos entre Estados y particulares. En este último caso primero solo se ocuparon de las controversias surgidas en la interpretación y aplicación de contratos y luego se extendieron a la responsabilidad extracontractual de derecho privado hasta alcanzar la esfera de derecho público"*. El presidente de la dirección del CIADI, Yves L. Fortier (2001, pág.1) entiende que *"el arbitraje existe sólo con un propósito: servir al hombre de negocios"*.

El poder de las empresas transnacionales como inversores extranjeros es muy superior al de los Estados receptores periféricos. Las contradicciones entre el interés general, las políticas públicas de los gobiernos y los intereses económicos de las multinacionales, serán valoradas habitualmente por el CIADI-Banco Mundial, es decir, por expertos en comercio internacional desvinculados totalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo. Los litigios entre Estados e inversores no son conflictos comerciales privados¹⁹. Así, Aguas del Tunari-Bechtel demandó a Bolivia por una suma de 25 a 100 millones de dólares, aunque no invirtió ni medio millón en el país, ya que el CIADI permite compensaciones no sólo por la expropiación física sino también por el lucro cesante. Las graves protestas sociales en el conflicto del agua no fueron tenidas en cuenta por el tribunal arbitral. No obstante, la presión social y la asunción de las deudas de la compañía por el Estado Boliviano encauzaron la solución del caso. A su vez, Bechtel y Abengoa vendieron Aguas de Tunari al Estado por 0,25 dólares y retiraron la demanda.

A partir de aquí, los privilegios procesales de que disponen las multinacionales son desequilibradores. Así resultan la elección del foro, el no agotar los recursos judiciales internos, (requisito imprescindible para acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a los Comités de los Pactos Internacionales), utilizar el tribunal arbitral como instancia de apelación e incluso, la falta de previsión formal por la que el Estado receptor pueda demandar al inversor extranjero.

Algunos datos ratifican los privilegios de las empresas transnacionales en el CIADI (Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2007):

a. De los 232 casos planteados, 230 han sido de empresas transnacionales contra Estados. Hasta febrero de 2007 se han atendido 109 (entre los concluidos y en proceso) y en el 74% de los casos los demandados son naciones pobres; en el 19% países en desarrollo y 1,4% son naciones ricas. El 36% de los asuntos terminaron a favor de los inversionistas privados y el 34% negociados al margen del arbitraje, con compensaciones para el inversor. El país más demandado ha sido Argentina con 42 demandas (39 relacionadas con la crisis del "corralito" en 2001).

b. De 110 casos, solo en dos se permitió audiencia pública, pese al carácter de interés general, puesto que se tratan cuestiones relacionadas con la explotación de recursos naturales y servicios esenciales. Las Reglas de Arbitraje del CIADI hasta 2006 exigían autorización de las partes para la participación y las audiencias públicas, así como para las comparecencias *amicus curiae*. La reforma de 2006 ha modificado en parte estos requisitos, pero los países desarrollados se opusieron a que fuera el tribunal quien permitiera la presencia de terceros, manteniendo lo que -en definitiva- es un veto. La falta de transparencia choca con las numerosas convenciones que relacionan esta quiebra procesal con la corrupción (Nino, 2006, pág. 28). Incluso el acceso a datos generales resulta muy complejo, ya que únicamente el CIADI dispone de un registro público de demandas interpuestas cuyo contenido es muy limitado y no incluye ni el fallo ni el importe de la indemnización (Zabalo, 2007, pág. 12). Por otra parte, la mayoría de las audiencias se llevan adelante en países desarrollados, lo que dificulta la transparencia y encarece los costes.

c. Respecto a las indemnizaciones, los 21 casos de demandas inversor-Estado que habían concluido en 2006 llegaban a los 1.630 millones de dólares. Han dado la razón a cuatro demandantes y en otros dos no han fijado la indemnización. Las cuantías son de 76,2 millones de dólares para ADC contra Hungría, 165 para Azurix contra Argentina (UNCTAD, 2006c, págs 5-6), 71 millones de dólares, más intereses, de Ecuador a Occidental y los 824 millones, más 10 de costas, de Eslovaquia a CSOB, ambos en 2004 (Zabalo, 2007, págs 14-15). La empresa Occidental ha solicitado una indemnización de 3.000 millones de dólares al gobierno de Ecuador, ya que éste decidió dar por terminado su contrato en mayo de 2007. Ecuador tiene catorce demandas que superan el monto total de su deuda externa.

d. Los costes del procedimiento arbitral son muy altos para los países empobrecidos. Un asunto no demasiado trascendente puede costar hasta tres millones de dólares en pagos de honorarios de árbitros, expertos, abogados y viajes.

e. La neutralidad del CIADI está en cuestión, ya que el Banco Mundial (BM) tiene en el seno de su estructura entidades de crédito (BIRF y AIF), oficinas de garantía para los inversionistas extranjeros (OMGI) y de financiamiento a la inversión (CIF). Además, los reglamentos del tribunal arbitral establecen que está formado por tres árbitros, dos de ellos elegidos por las partes y el tercero por el propio CIADI. Los árbitros son, en muchas ocasiones, jueces y, en otras, abogados de parte de las empresas transnacionales. La independencia y la imparcialidad

son características que deben estar en todos los órganos con competencias jurisdiccionales y de las que el CIADI carece (Quiroga, 2006, pág. 126; Anderson y Grusky, 2007, págs. 6-7)).

Los tribunales arbitrales como el CIADI se sustentan en la idea fuerza de dotar de plena seguridad jurídica a las inversiones realizadas por las multinacionales frente a los Estados receptores. Los inversores no aceptan la legitimidad de los tribunales nacionales. Los tribunales arbitrales internacionales que surgieron para dirimir conflictos entre Estados o entre particulares (por asuntos vinculados al Derecho Privado nacional o internacional) fueron expandiéndose a conflictos entre particulares y Estados, alcanzando la esfera del Derecho Público.

Las prerrogativas procesales y materiales de las que disponen (la elección del foro, el no agotamiento de los recursos judiciales internos, la utilización del tribunal arbitral como instancia de apelación, los costes del procedimiento arbitral, la neutralidad de los tribunales, las características técnicas de los árbitros, la aplicación exclusiva de normas comerciales y financieras, el carácter privado de las audiencias, la falta de transparencia en el procedimiento, las empresas transnacionales) se encuadran en acuerdos privados entre particulares que, ampliados a los conflictos con los Estados -garantes del interés general-, privatizan el Derecho y subordinan los intereses de las mayorías sociales. Los privilegios de las empresas transnacionales se verifican al analizar el quehacer del CIADI. Así, son muchas más las reclamaciones planteadas por multinacionales contra Estados periféricos receptores que de cualquier otro tipo de casos. Las indemnizaciones solicitadas son muy altas (actúan como mecanismo de fuerza para las negociaciones) y las resoluciones emitidas favorecen los intereses de las multinacionales.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a la *Lex Mercatoria*

Hay que partir de algunas cuestiones muy concretas.

1. La globalización económica no puede establecer un marco político-económico al margen de las regulaciones jurídicas. Los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales son referentes, más allá de su mayor o menor cumplimiento, de las sociedades transnacionales.
2. Las normas obligan a personas físicas y jurídicas, y su violación debe acompañar las sanciones correspondientes.
3. Las empresas transnacionales son personas jurídicas sometidas a los ordenamientos nacionales e internacionales (Cetim y AAJ, 2002, pág. 6).
4. La estructura de las empresas transnacionales está compuesta según Sanguineti (2008, pág. 449) tanto por *"el core business como por su red de filiales, proveedores, contratistas y subcontratistas de diversos niveles situados en cualquier lugar del globo, lo que favorece una mayor independencia de este tipo de entidades respecto de los Estados y facilita a las mismas la elusión de cualquier responsabilidad por los procesos de producción a ellas vinculados"*.

A partir de estas consideraciones es donde surge la dificultad de hacer efectivo el sometimiento normativo de las empresas transnacionales, así como el ámbito de las jurisdicciones nacionales e internacionales.

Su particularidad reside en que superan los marcos nacionales tanto en su actividad como en su establecimiento y organización. En palabras de Garmendia (2006, pág. 164), *"las empresas transnacionales dejan de lado su tradicional corporeidad fabril para transformarse en una entidad articuladora de prestaciones, es decir, en un conjunto de contratos organizados". Esta cuestión, lejos de restarles poder se lo incrementa ya que, "...el empleo de técnicas de vinculación con terceros les permite acceder a los resultados del desarrollo de la actividad productiva de diversos grupos de trabajadores sin mantener con ellos ningún tipo de vinculación directa"* (Sanguinetti, 2008, pág. 448).

La doctrina internacionalista parte de una doble consideración, las empresas transnacionales son en lo fundamental una unidad económica con un sólo centro de decisión aunque su apariencia jurídica sea plural (Teitelbaum, 2001, pág. 7). Son, a su vez, personas jurídicas privadas internacionales (Bonet Pérez, 2008, Págs. 138-143 y 2001), lo que les excluye de toda caracterización como personas jurídicas internacionales. Por tanto, se encuentran sometidas al Derecho Internacional como simples sujetos de Derecho. El Derecho Internacional Público sólo les resulta aplicable a través de la acción estatal, lo que sitúa al Derecho Nacional en el eje sobre el que bascula su responsabilidad jurídica. Y es en esta línea en la que a la fecha de hoy y de manera imperativa, únicamente se puede aplicar a cada sociedad las disposiciones legales del país en que se encuentra localizada, más allá de la posible y excepcional responsabilidad extraterritorial.

Rigaux (2001, pág. 5) considera, que *"Las sociedades transnacionales son agentes económicos de Derecho Privado y están sometidas, en principio, al Derecho del Estado y a la jurisdicción de sus tribunales. El grupo transnacional no tiene, como tal, una personalidad distinta de cada una de las entidades que lo componen. Esto implica que sólo pueden ser obligadas a responder de sus actos de manera dispersa, por lo que se benefician de los intereses opuestos de los Estados en que operan"*.

Es habitual que las empresas transnacionales desterritorialicen actividades hacia Estados con legislaciones más débiles. La variedad de operaciones y fórmulas que emplean para ello y para eludir responsabilidades jurídicas contrasta con la homogenización de los aparatos normativos que utilizan (Baigún, 2001, pág. 9). Tanto los holding como las filiales se encuentran subordinados a las legislaciones nacionales donde operan y, por tanto, deben acatar las normas reguladoras del ámbito nacional. En este sentido, el domicilio es un rasgo decisivo. Así, Euro Telecom Italia N. V. es una filial propiedad de Telecom Italia SpA con domicilio en los Países Bajos, lo que le permite evadir impuestos en cualquier otra parte y sacar provecho de los Tratados Bilaterales de Inversión firmados por los Países Bajos. No obstante, *"el aparato normativo no basta para identificar el centro de las decisiones estratégicas, determinadas por otros componentes, ni revela el control de la gestión de las finanzas, de la tecnología, ni del aparato administrativo, el cual maneja redes conforme a un organigrama en el que se prevé una comunicación fluida entre centro y periferia"* (Baigún, 2001, pág. 91).

Las normas nacionales deberán tenerse en cuenta para delimitar los vínculos entre empresas multinacionales y su sede nacional. El domicilio es en la actualidad un elemento clave pero insuficiente, ya que no permite desvelar el núcleo responsable en la toma de decisiones. Por ello, se deberá profundizar en criterios jurídicos más definidos que permitan desvelar el origen de los capitales, la nacionalidad de los miembros de los consejos de administración, el lugar del ente directivo dentro de la red económica, la información contable, las decisiones comerciales, la externalización de la producción y el destino de las ganancias. Incluso, se deberán extender las reglas del Derecho Internacional Privado del Trabajo a supuestos en que la movilidad afecte al empresario como sujeto del contrato y no a los trabajadores, o bien acotar la responsabilidad de la empresa filial como si fuera una sucursal, ya que en muchos casos actúa como tal.

La cuestión de fondo reside en que, pese a la apariencia de ser una pluralidad de sociedades autónomas y con diferentes nacionalidades, se busca responsabilizar a quien coordina y dirige el grupo y que actúa como una unidad económica (López, 2007, pág. 17). Para profundizar en esta técnica se exigen criterios que vayan más allá del domicilio y legislaciones nacionales, como el Alien Torts Claim en EE.UU., que ampara jurídicamente la técnica del levantamiento del velo corporativo. En Europa se va incorporando a la legislación muy lentamente y para algunas materias como fraudes tributarios, delitos de lavado de dinero y responsabilidad laboral. La legislación de sociedades se encuentra muy lejos de progresar en esta dirección, frente a las numerosas ventajas que la globalización neoliberal otorga a la internacionalización de las multinacionales.

En definitiva, las decisiones económicas pueden estar fracturadas en espacios nacionales, pero no responden a meros criterios de domicilio social de la filial. Es más, las opciones estratégicas están centralizadas, pero, en ocasiones, pueden estar más allá de la ubicación física de la empresa matriz. Incluso, muchos Estados donde se encuentra la empresa matriz o cabecera de grupo carecen de regulaciones ad hoc eficaces, por lo que la legislación societaria general, que adolece en muchos casos de respuestas, es la competente. De ahí la necesidad de construir nuevos criterios de vinculación normativa en función de delimitar la cadena de responsabilidades, la legislación y la jurisdicción competente. Y de ahí también la necesidad de avanzar en regulaciones internacionales capaces de abarcar toda la complejidad de las corporaciones económicas. Como afirma Teitelbaum, *"en la práctica, las empresas transnacionales, con la ayuda de los Estados más poderosos y con la claudicación de los más débiles, han adquirido un estatuto jurídico internacional que denominamos derecho neofeudal corporativo"* (Teitelbaum, 2007, pág. 31).

Nos encontramos ante dos escenarios concretos, por un lado, el sometimiento de las empresas transnacionales a los sistemas universales de protección de los derechos humanos y laborales fundamentales a través de la acción estatal, tanto en sus vertientes generales como en referencia a los códigos ad hoc, y por otro, el respeto al Derecho Nacional. Ambos resultan insuficientes y están articulados en torno al Estado receptor.

Desde el ámbito laboral, los derechos de los trabajadores y trabajadoras se ven afectados por la modificación de la unidad empresarial. La externalización y la descentralización organizativa

acompañan modificaciones normativas de tutela de las y los asalariados (Valdés Dal Ré, 2003, págs. 136-140). La referencia legislativa nacional no es capaz de controlar toda la actividad económica de las corporaciones que actúan en el marco de la globalización desterritorializando su actividad y fracturándose en diversos espacios regulatorios (Baylos, 2006, pág. 70). El desorden normativo es producto, a su vez, de la continua reinterpretación de la legislación neoliberal que las multinacionales realizan.

Por otra parte, las legislaciones nacionales receptoras son débiles y sometidas a profundas reformas neoliberales. Además, el poder de la empresa matriz es el eje económico, político, jurídico y organizativo de toda la empresa transnacional que, no obstante, fragmenta su personalidad jurídica en filiales cuya vinculación normativa es nacional. La responsabilidad jurídica de la empresa se diluye en el Derecho Comercial Global y queda blindada en sus responsabilidades. Es más, la disgregación de su personalidad jurídica se agrava en el cuadro de la responsabilidad en la cadena de producción. Proveedores, contratistas y subcontratistas son expresiones de la externalización productiva donde su vinculación con la empresa matriz y filial es puramente mercantil, al menos desde la perspectiva del Derecho formal.

Normas aplicables y jurisdicciones competentes

Las empresas transnacionales como personas jurídicas deben cumplir la legalidad nacional e internacional. El objetivo de este epígrafe reside en contrastar el sistema internacional general frente al sistema de tutela de los derechos de las transnacionales regulados en el Derecho Comercial Global.

Partimos de cómo los daños causados por la actividad de las multinacionales deberán ser reparados (dará lugar a responsabilidad civil) y las empresas tendrán que ajustar su conducta a la legalidad vigente. Si cometen delitos será la jurisdicción penal la que actuará contra la empresa y sus dirigentes (Teitelbaum, 2001, pág. 23).

Las normas internacionales vinculan a los Estados que las hayan ratificado -más allá del debate jurídico en torno al *ius cogens* internacional- e incorporado a su ordenamiento y, por tanto, se convertirán en normas de obligado cumplimiento para personas físicas y jurídicas. Desde estas premisas el debate sobre la ratificación es central.

El Derecho Internacional, al menos en el ámbito teórico y acotado a los objetivos de este trabajo, no es ajeno a la doble interpretación de ser reflejo de los intereses de las clases dominantes y de las relaciones de fuerza en sentido amplio, o de ser una expresión de las contradicciones de clase y -por tanto- legitimador en ocasiones de las aspiraciones de las mayorías sociales. Como afirma Ruiz Díaz, *"Es su derecho, traduce sus valores y expresa la necesidad de consolidar normas jurídicas que apuntalen un orden económico impuesto y que, a su vez, legalice los intereses de los más fuertes e instaure en el vértice de la pirámide normativa a las normas de la OMC, Banco Mundial y FMI"* (Ruiz Díaz, 2004, pág. 22).

Ahora bien, el Derecho Internacional también ha legitimado reivindicaciones de un nuevo orden económico internacional, del derecho de pueblos y Estados sobre los recursos naturales,

del derecho a controlar las actividades de las transnacionales y del capital, del derecho a la nacionalización, a la expropiación, a la autodeterminación... Interpretaciones opuestas al modelo neoliberal. La globalización dispone de un amplio caudal normativo sobre la seguridad jurídica de los intereses económicos de las multinacionales, frente a las escasas regulaciones eficaces sobre la garantía y ejercicio de los derechos humanos y laborales fundamentales.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone, a mi entender, una superación del Derecho Internacional tradicional. Ya no son los Estados ni sus relaciones el eje sobre el que basculan las normas internacionales. Es un Derecho universal, vinculado a las personas cuyas fuentes normativas no son sólo los tratados o acuerdos entre Estados sino la Carta de Naciones Unidas, las Declaraciones y los Pactos, otros instrumentos al margen de la ratificación de los Estados, la costumbre y los principios generales del Derecho. La construcción del *ius cogens* o normas de orden público internacional se reguló en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Sus normas obligan a los Estados y a las personas físicas y jurídicas de los mismos y puede reclamarse por cualquier Estado o persona al margen de los vínculos convencionales o ratificaciones (Ermida, 2003, pág. 9).

El *ius cogens* integra un nuevo orden público internacional investido de *imperium* al margen de los Estados. Tiene, a su vez, eficacia *erga omnes* y múltiples fuentes normativas. Barbagelata (1999) ha ratificado las características descritas del *ius cogens* incidiendo en su universalidad e imperatividad al margen de los Estados, aunque requiere una aceptación mayoritaria de la comunidad internacional. En esta línea de interpretación expansiva y progresista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque minoritaria doctrinalmente, Alberto Galinsoga (2002, págs. 353 y 356) afirma que, "*Los instrumentos normativos universales de protección de los derechos humanos tienen un carácter polifuncional, en el sentido de que proclaman los valores éticos-políticos relevantes, reconocen los principios jurídicos rectores en la materia, establecen un estándar minimum normativo de carácter subsidiario, en defecto de norma nacional o internacional más favorable, y marcan los objetivos hacia los que los Estados deben dirigir sus políticas, medidas legislativas y administrativas. Los principios reconocidos en las grandes Convenciones Internacionales de Derechos Humanos se imponen como rectores de las normas aplicables en este ámbito y vertebran toda la normativa internacional general, regional y nacional. Como principios jurídicos vinculantes se imponen a todas las normas que contravengan su contenido, y como tales, pueden y deben ser aplicados por las legislaciones nacionales*".

Desde esta interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la delimitación formal de los instrumentos jurídicos, es decir, de los contenidos que las multinacionales deben acatar, se presentan con un claro carácter expansivo. Desde esta perspectiva universal se dispone de la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración y el Plan de acción del Nuevo Orden Económico Internacional, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados²⁰ junto a los instrumentos dirigidos a grupos o sectores sociales específicos. Deberán completarse con los instrumentos regionales y en referencia a los Derechos Laborales Fundamentales con la acción normativa de la OIT: convenios, recomendaciones y decisiones (Marcos, 2000, pág. 30).

En el ámbito laboral internacional, los textos centrales son el Preámbulo de la Constitución

de la OIT de 1919, la Declaración de Filadelfia de 1944, la Declaración de Derechos Laborales Fundamentales de 1998 y los Convenios de la OIT. Se deberán tener en cuenta las normas laborales de ámbito regional (por ejemplo, la Carta Social Europea, la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR...) (Ermida, 2003, pág. 126).

Instrumentos encuadrados en los sistemas de regulación tradicional o directa de control de las empresas transnacionales:

- 1 Carta de Naciones Unidas.
- 2 Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 3 Pactos y Declaraciones de Derechos Humanos y Laborales Fundamentales.
- 4 Convenios de la OIT.
- 5 Normas Supranacionales de ámbito Regional.
- 6 Códigos Externos ad hoc: OIT, OCDE, ONU (Pacto Mundial).

Sistemas de regulación alternativa o indirecta de control de las empresas transnacionales:

- 7 Cláusulas Sociales en Tratados de Comercio Internacional.
- 8 Preferencias Arancelarias unilaterales.
- 9 Códigos de Conducta- Responsabilidad Social Corporativa.
- 10 Etiquetado Social.
- 11 Inversiones Socialmente Responsables.

La interpretación expansiva del *ius cogens* y su aplicación en el control de las empresas multinacionales conlleva una serie de contradicciones y dificultades que disminuyen su eficacia real. Muchos sectores doctrinales ponen en cuestión las tesis enunciadas y, sobre todo, no son consideradas por la práctica internacional de los Estados, gobiernos e instituciones internacionales. La idea de ratificación sigue presidiendo la construcción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como la puesta en cuestión de la eficacia jurídica de muchos de los instrumentos descritos. Considerar a las Declaraciones instrumentos de naturaleza no normativa que eximen de cualquier obligación a los Estados (López-Monis, 2003, pág. 147) o a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales con mero carácter declarativo, implica seguir acotando la viabilidad de los derechos humanos al espacio nacional. Esta tesis deberá ser matizada teniendo en cuenta las distintas resoluciones de la jurisdicción internacional e incluso, la entrada en vigor del Tribunal Penal Internacional, pero, lamentablemente, tiene plena vigencia en relación a la capacidad de responsabilizar a las empresas transnacionales.

En definitiva, se constata que existe un amplio y formalmente eficaz cuerpo normativo internacional de Derechos Humanos y Derechos Laborales Fundamentales que puede actuar como mecanismo de control de las empresas transnacionales, al menos desde la perspectiva sustancial de las normas, ya que el control jurisdiccional es otra cuestión. Ahora bien, las dificultades surgen en dos planos. El primero de ellos se relaciona con el cuestionamiento del valor normativo vinculante de los instrumentos centrales que constituyen el *ius cogens* (el valor de las Declaraciones, de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales...), con la

ratificación por parte de los Estados de los núcleos esenciales de los instrumentos normativos, y con la debilidad de las jurisdicciones competentes que frenan la expansión de los derechos humanos y apuntalan su fragilidad. El otro plano nos coloca frente al poder del Derecho Global Comercial. Ni la doctrina, ni los Estados, ni las organizaciones internacionales dudan de los aspectos sustanciales de su cuerpo normativo (no se pone en cuestión el elenco normativo de la OMC, tratados regionales o bilaterales). Las dudas pueden surgir en relación a cuestiones interpretativas, a aspectos jurídicos concretos relacionados con su aplicación, pero el derecho al desarrollo es puesto en cuestión en su propia naturaleza.

Respecto a la ratificación, resulta impensable la no adhesión de Estados empobrecidos al sistema global de comercio internacional, y si esto ocurre, o es contra la voluntad del Estado -es decir, son excluidos- o las presiones políticas se multiplican. La salida de Venezuela del Banco Mundial y del FMI, el anuncio de Bolivia de retirarse de los sistemas de arbitraje del CIADI, la renegociación de los contratos con las empresas transnacionales o la posible denuncia de los Tratados bilaterales y Regionales de Comercio e Inversiones generan niveles de "presión internacional" de intensidad cualitativa y cuantitativa muy diferentes a los que tuvieron lugar por la no ratificación de instrumentos de derechos humanos o laborales fundamentales. El primer caso se considera gravísimo para la democracia y los derechos de los venezolanos y venezolanas, mientras el segundo quizás provoque algún informe de alguna organización internacional. La indiferencia, incluso alegría de parte de la comunidad internacional por la no ratificación de China del trascendental convenio de la OIT sobre libertad sindical, contrasta con las tensiones que han generado las negociaciones de la Ronda de Doha en la OMC. Los contrastes se agravan si el incumplimiento atañe a normas de la OMC o a Tratados Regionales o Bilaterales de Comercio e Inversiones frente a los incumplimientos de las normas ratificadas de Derecho Internacional de Derechos Humanos o del Derecho Laboral Internacional. Los sistemas imperativos, coercitivos y plenamente eficaces se imponen a la fragilidad de los sistemas de tutela internacional.

Paralelamente a la creación de las normas internacionales de comercio e inversiones se han ido gestando sistemas que garanticen su protección. Esta es una de las expresiones más evidentes del doble sistema de tutela de derechos: el articulado por el Derecho Comercial Global y el del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo. *"La facultad de imponer coercitivamente sanciones, le otorga a la OMC una posición de gran trascendencia, contando con lo que podría denominarse como una verdadera Corte Internacional de Comercio"* (Pipan, 2006, pág. 49). Las sanciones que imponen las Instituciones Internacionales de Derechos Humanos y Laborales Fundamentales son de una fragilidad extraordinaria.

Resulta imprescindible desmontar la "armadura" jurídica neoliberal mediante el apoyo político a los gobiernos emergentes capaces de modificar los cuerpos normativos nacionales a favor de las mayorías sociales de sus países. A su vez, desde el ámbito internacional y en relación a las empresas transnacionales se requiere impulsar un Código Externo de regulación, un Tribunal Internacional y un Centro de Empresas Transnacionales que subordinen las prácticas de las transnacionales al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Notas

1 Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, t. I, 4.^a ed. (puesta al día por el Dr. Daniel H. Martins), Montevideo, 1974, p. 47.

2 Cf. Ferrajoli, Luigi, Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 64 y ss.

3 Ferrajoli, Luigi, Op. Cit., 2006, p. 94.

4 Ferrajoli, Luigi, Op. Cit., 2006, p. 95.

5 Cf. Abramovich, Víctor, Líneas de trabajo en Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Herramientas y aliados, en: Revista Sur, Año 2, Nº 2, San Pablo, 2005, p. 205. Ver también: Gargarella, Roberto, Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia, en: AAVV, Los derechos fundamentales, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2001, p. 16, que refiere al "reenvío" judicial a los órganos mayoritarios.

6 Empresas. Dentro de los diez principios del Pacto Global, dos se refieren específicamente a Derechos Humanos; el primero: *"Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente"*, y el segundo expresa que las empresas *"deben asegurarse de no actuar como cómplices de abusos a los derechos humanos"*.

7 Para consultar sitio en internet: <http://www.business-humanrights.org/International/Espanol>

8 En Resolución 2001/3, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos solicitó al *"Grupo de Trabajo sobre métodos de trabajo y actividades de empresas transnacionales"* contribuir en la elaboración de un primer borrador sobre normas relevantes concernientes a derechos humanos y empresas transnacionales y otras unidades económicas cuyas actividades tienen impacto en los derechos humanos. En respuesta a este requerimiento el Grupo de Trabajo preparó el Proyecto de normas de responsabilidades de corporaciones transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/XX, E/CN.4/Sub.2/2003/WG.2/WP.1

9 *"Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones 'erga omnes' contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención"* (CorteIDH. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122, párr. 111). *"Se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del 'Drittwirkung', según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares"* (CorteIDH. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párrs. 77, 140).

10 El concepto de "diligencia debida" es frecuentemente mencionado en relación al deber de prevenir violaciones de derechos humanos. Aparece en el primer caso sometido ante la Corte, en el cual se establece que "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (Caso Velázquez Rodríguez contra Honduras, sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988, Serie C, número 4, párrafo 172.).

11 Caso Albán Cornejo contra Ecuador, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C, número 171, párrafo 119.

12 Información actualizada hasta 2004 y disponible en el sitio web oficial de la UNCTAD: www.unctadxi.org
La cifra de 1999 corresponde al Informe "Bilateral Investment Treaties 1959-1999", UNCTAD, Ginebra, diciembre 2000.

13 Mercosur/CMC/DEC N° 11/94, Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados no partes Del Mercosur", Buenos Aires, 5 de agosto de 1994.

14 Nota de Prensa, "Desde el CIADI las aguas bajan turbias", Página 12, Argentina, 12 de agosto de 2010.

15 Nota de Prensa, "Gobierno espera definición conjunta de Mercosur del tratado con EE.UU", Diario El País, Uruguay, 22 de julio de 2005.

16 Los términos Derecho Comercial Global y Lex Mercatoria serán utilizados indistintamente en el marco del presente trabajo.

17 Entre EE.UU., la Unión Europea y Japón no existen acuerdos de protección de inversiones.

18 Doctrina reflejada en la Carta fundacional de la Organización de Estados Americanos (OEA) y en el Pacto de Bogotá de 1948.

19 El arbitraje es un sistema válido entre particulares, pero cuando una de las partes es el Estado, el interés público es el que queda afectado. Muchas de las demandas ante el CIADI por parte de las transnacionales recurren contra decisiones que tutelan derechos sociales, servicios públicos y el control de recursos naturales.

20 Los países empobrecidos, después de la segunda guerra mundial, iniciaron la senda de la plena soberanía reivindicando sus recursos naturales y proponiendo nuevas reglas de juego en el ámbito del Derecho Internacional.

.BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., Soberanía de los pueblos o intereses empresariales, REDES y otros, Montevideo, 2007.
- Abramovich, V. y Courtis, C., Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002.
- Ancos, H y Vicente DJ., La promoción de la responsabilidad social en los tratados de inversión. Los casos de Bolivia y Venezuela, Serie Avances de Investigación Nº 30, Fundación Carolina, Madrid, 2009.
- Anderson, S. y Grusky, S., "Desafiar el poder corporativo de los inversionistas", food&water watch e IPS, Washington, 2007.
- Baigún, D., "La responsabilidad penal de las sociedades transnacionales", Informe del seminario, Las activités transnacionales et la nécessité de leur encadrement juridique, Centre Europe-Tiers Monde y Asociación Americana de Juristas, Cetim/ AAJ, Geneve, 2001. <http://www.cetim.ch/es/documents/espart1.pdf>
- Barbagaleta, H. H., "Hablemos de flexibilidad y globalización", Derecho Laboral, núm. 194, 1999.
- Baylos, A., "La responsabilidad legal de las empresa transnacionales", Revista de Derecho Social Latinoamericano, Núm. 1, Bomarzo Latinoamericana, 2006.
- Bergoglio, M. I., "Perfil del abogado en ejercicio", en (Luis Pásara, Ed.) Los actores de la justicia Latinoamericana, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2007.
- Bonet, J., - Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La Declaración de la OIT de 1998, Cuadernos de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999. - Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal, Atelier, Barcelona, 2007.
- Ceceña, A. E., "América Latina en la geopolítica del poder", en el Área de Libre Comercio de las Américas, Alternativas Sur, Núm.1, Madrid, 2003.
- Cetim y AAJ., "¿Las Naciones Unidas harán respetar a las sociedades transnacionales las normas internacionales en materia de derechos humanos?", Centre Europe-Tiers Monde y Asociación Americana de Juristas, Cetim, 2002. <http://www.unc.edu/>
- Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, "Impulsando la Integración de los Pueblos", CAOI, Buenos aires, 2007. www.minkandina.org
- Correa, C. M., "Tratados Bilaterales de Inversión. ¿Agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los derechos de la propiedad intelectual?, Grain, 2004, http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=580
- Cremades, B., M. y Cairns, D. J., "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras. La protección contractual y de los tratados", Real Instituto Elcano, 2004.
- Crespo Hernández, A., El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿crisis de un modelo de globalización?, Eurolex, Madrid, 2000.
- Estay, J., "ALCA. El paraíso de los inversores", Alternativas Sur, Núm. 1, Madrid.
- Ermida Uriarte, O., "Derechos laborales y comercio internacional", en Globalización económica y Relaciones Laborales, (editores Wilfredo Sanguinetti y Agustín García), ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003a.
- Fariñas Dulce, M. J., Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- Fortier, Y., "New Trends in Governing Law; New, New Lex Mercatoria, or, Back to the future",

- Fortier, Y., "New Trends in Governing Law; New, New Lex Mercatoria, or, Back to the future", ICSID, 2001.
- Galinsoga, A., "Las Transformaciones de la Sociedad Internacional y los derechos humanos", El vuelo del ICARO, Núm.2-3, 2001-2002.
- García Rodríguez, I., La protección de las inversiones exteriores, Tirant monografías, Valencia, 2005.
- Garmendia, M., "La nueva consideración de la empresa y su influencia sobre la caracterización de las relaciones laborales", Derecho del Trabajo, Núm. 2, 2006.
- Góchez Sevilla, R., "Reflexiones en torno a los Tratados de Libre Comercio", Alternativas Sur, vol II, Núm.1, Madrid, 2003.
- Grant, L., Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversiones, 2005. www.eumed.net/libros
- Grün, E., "Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado", Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 1998. www.filosofiaderecho.com
- Hernández Zubizarreta, J., "Las empresas transnacionales en América Latina. Los códigos de conducta como sistemas atípicos de las relaciones laborales", Lan Harremanak. Relaciones Laborales Núm. 14, Universidad del País Vasco, 2006b.
- "Bolivia: la nacionalización de los hidrocarburos. La seguridad Jurídica", Hika, Donostia, 2006a
- Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: Historia de una asimetría normativa, Hegoa, OMAL, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009.
- Herz, M., "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", Revista electrónica de Estudios Internacionales, N úm. 7, 2003.
- Informe de ACSUR-Las Segovias y CEDIB, "¿Responsabilidad Corporativa o Derechos Sociales? Un análisis de la nacionalización de los hidrocarburos en Bolivia", 2008. http://www.acsur.org/acsur/seccion/publicacion/RSC_petroleo.pdf
- Llistar, D., Anticooperación. Interferencia global Norte-Sur, Icaria, Barcelona, 2009.
- López, D., "La Responsabilidad Laboral de las Empresas Multinacionales", OXFAM, 2007.
- López-Monís de Cabo, C., "El papel de la OIT y de las normas internacionales del trabajo", en (editores Wilfredo Sanguinetti y Agustín García) Globalización económica y Relaciones Laborales, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca z- Marcos, J., "Negociación colectiva y código de conducta: Diagnóstico y propuesta para los sindicatos de Nestlé en América Latina", OIT, Lima, 2000.
- Martínez, E., "Efectos del libre comercio sobre las condiciones de trabajo de las mujeres salvadoreñas", Propuestas locales para otra globalización, Lan Harremanak, revista de Relaciones Laborales, Universidad del País Vasco, 2006.
- Mercader, J., "El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización", en (editores Wilfredo Sanguinetti y Agustín García) Globalización Económica y Relaciones Laborales, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 20003.
- Nino, E., "Inversiones extranjeras en países en desarrollo: alguien debería intervenir a nivel global", 2006. www.iiij.org/global
- OMAL, "XVII cumbre Iberoamericana, Chile, Observatorio Multinacionales en América Latina", Observatorio Multinacionales en América Latina, 2007. http://www.omal.info/www/rubrique.php3?id_rubrique=51

- "El tratado bilateral de España Bolivia protege el contrato de una filia BBVA en el país", Observatorio Multinacionales en América Latina, 2010.
- Pípan, A., Los derechos humanos y la OMC, Cuadernos de Época, serie integración económica Núm. 9, Buenos Aires, Madrid, 2006.
- Ramiro, P., González, E., Pulido, A., La energía que apaga Colombia. Los impactos de las inversiones de Repsol y Unión Fenosa, Icaria-Paz con Dignidad, Madrid 2007.
- Rigaux, F., "¿Un tribunal (penal) internacional para las sociedades transnacionales?", Informe del seminario, Les activités transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique, Centre Europe-Tiers Monde y Asociación Americana de Juristas, Cetim / AAJ, Geneve, 2001. <http://www.cetim.ch/es/documents/esppart1.pdf>
- Romero, M., "Imprescindible, incompetente, ¿irreformable? La ONU después del 11-S", en Palabras para cambiar el mundo, Gakoa, 2002.
- Rossi, G., Il conflitto epidémico, Adelphi, Milán, 2003.
- Ruiz Díaz, H., "Los tratados sobre promoción y protección de las inversiones y la República Bolivariana de Venezuela: los riesgos de hipotecar el desarrollo económico, la revolución bolivariana y la democracia participativa", Comité Anulación de la Deuda del Tercer Mundo, CADTM, mayo, 2005. <http://www.cadtm.org/spip.php?article1388>
- Sanguinetti, W., "La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales", en (Ricardo Escudero Rodríguez coordinador) La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar, Ediciones Cinca y CCOO, Madrid, 2008.
- Sodupe, K., "El tratado sobre la Carta de la energía: un análisis de sus orígenes y disposiciones" en Peláez Marón, (Dir.), Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo, IV, Universidad de Córdoba, 1988.
- Sousa Santos, B., La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, Universidad Nacional de Colombia- Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales (ILSA), Bogotá, 1998.
- Subcomisión de Derechos Humanos, "Los Tratados de Libre Comercio y de Promoción y Protección de inversiones: armas de destrucción masiva" del Derecho Público Nacional e Internacional y de los Derechos Humanos, 2004. E/ CN/ sub.2/2004/NGO/10.
- Teitelbaum, A., Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos, Corporación Colectiva de Abogados, ILSA, Observatorio Social de Empresas Transnacionales, Bogotá, 2007.
- La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo, Icaria- Paz con Dignidad, Barcelona, 2010.
- "Responsabilidad de las organizaciones financieras internacionales", Comité Anulación de la Deuda del Tercer Mundo, CADTM, "Quinto seminario internacional sobre Derecho y Deuda", Bruselas, 2005.
- "El ALCA entre nosotros: los Tratados Bilaterales de Libre Comercio", Ponencia en III Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 8 al 10 de septiembre, 2004 http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=553
- "El papel de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo", Documento de trabajo para el seminario sobre las sociedades transnacionales, Centre Europe-Tiers Monde, Cetim, París, 2001. www.cetim.es
- Valdés Dal-Ré, F., "Transformaciones del Derecho del Trabajo y Orden Económico Globalizado", Trabajo núm. 12 nueva época, Universidad de Huelva, 2003.
- Zabalo, P., - "Las demandas inversor-estado, nueva expresión del desequilibrado terreno de juego neoliberal", El desafío del desarrollo humano. Propuestas locales para otra globalización, Congreso Hegoa, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007.
- Zolo, D., Globalización un mapa de los problemas, Ediciones Mensajero, Bilbao, 2006.

CIADI

