

VII. Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

7.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el marco de la globalización económica han aparecido en la escena de los derechos humanos actores privados, generalmente más fuertes y poderosos que los propios Estados y con una enorme capacidad para influir en la orientación de las políticas públicas, especialmente en lo relativo a la privatización de los servicios públicos y la explotación de los recursos naturales de los países en los que operan. Evidentemente, estas condiciones permiten que a través de sus actividades tengan una mayor relación directa o indirecta con las personas, lo que los coloca en una posición parecida a la del Estado en cuanto a la posibilidad de transgredir los derechos humanos de la población.

En el continente americano, los procesos de integración económica están allanando el camino para que actores no estatales, como las empresas transnacionales, adquieran cada vez más protagonismo en la esfera del comercio, la inversión y los servicios, y en otros aspectos claves de las economías nacionales que parecen afectar la capacidad de los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Aunque debe reconocerse que estas empresas generan empleo para millones de personas, también hay que señalar que algunas de sus prácticas pueden tener un efecto negativo sobre los derechos humanos, sobre todo por la forma en

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

que sus procesos de producción repercuten en los trabajadores, las comunidades y el medioambiente.¹

Una de las formas en que la integración económica se visibiliza en la región es con la adopción de acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales, entre los que destacan el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM), el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA), entre otros, los cuales, de acuerdo con sus promotores, representan una herramienta necesaria para el progreso y el desarrollo de los países, especialmente de América Latina. No obstante, debido a que estos acuerdos no toman en cuenta las asimetrías existentes entre los países económicamente más débiles y los más fuertes (Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea), *prima facie* pareciera que este libre comercio entre socios desiguales coloca a los primeros en franca desventaja frente a los segundos, lo cual genera dudas sobre su impacto real en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones de los países más débiles.

Por otro lado, estos tratados tienen el mismo carácter vinculante y jerarquía que los instrumentos de derechos humanos como la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador, y al regular ambas cuestiones relativas a derechos humanos de manera directa o indirecta, los posibles conflictos de prevalencia entre derechos humanos y derechos comerciales es un tema de preocupación, sobre todo porque los TLC contienen mecanismos precisos que garantizan severas sanciones en caso de incumplimiento, mientras que algunos tratados de derechos humanos no están acompañados de los mecanismos idóneos para hacer efectivo su cumplimiento, especialmente los relativos a los derechos económicos, sociales y culturales.² En un caso hipotético, un Estado

¹ Amnistía Internacional, Informe de política exterior y derechos humanos del Gobierno español 2004-2005. ¿Una política de gestos?, Madrid, España, Amnistía Internacional, 2005, pp. 47-48.

² Como se sabe, el Protocolo de San Salvador solo reconoce la competencia de la CIDH y la Corte IDH para dos derechos —el derecho a la educación y la libertad sindical—, mientras que el resto queda sujeto a un sistema de informes.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

parte podría violar el derecho a la salud consagrado en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador sin que pueda ser denunciado ni sancionado, pero si el mismo Estado violara la prohibición de expropiación directa o indirecta establecida en los TLC, sería objeto de denuncia por parte de la empresa afectada y de una posterior sanción por las instancias instituidas para tal efecto.³

Evidentemente, el análisis sobre las posibles consecuencias de los TLC sobre los derechos humanos en general, y los derechos económicos, sociales y culturales en particular, resulta más fundamentado si tomamos en cuenta las experiencias concretas de los TLC con mayor tiempo de implementación, en este caso el TLCAN y en menor medida el DR-CAFTA. Por ello, en primer lugar examinaremos brevemente el contexto en el que se dan estos tratados, los contenidos más importantes y conflictivos de cara a la garantía de los derechos humanos, y las herramientas con que cuenta el Sistema Interamericano en relación con el papel que deben jugar la CIDH y la Corte IDH al respecto.

7.2. LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN CONTEXTO

En el año 1994 se celebró en Miami la Primera Cumbre de las Américas, en donde se presentó la iniciativa de formar un Área de Libre Comercio de las Américas, el ALCA, que para el año 2005 potenciaría el libre comercio entre 34 países americanos, a excepción de Cuba. En términos concretos, el ALCA representaría la extensión del TLCAN adoptado en 1993 a los otros países de la región. Sin embargo, ante la lentitud y los obstáculos encontrados en el proceso de negociación, el ALCA fue prácticamente

³ Otro dato que demuestra la importancia dada por los Estados americanos al derecho mercantil frente al derecho internacional de los derechos humanos es la asignación de recursos otorgados a los organismos relacionados con ambos. Así, en el proceso de negociación y conformación del ALCA trabajaron 900 personas, mientras que la CIDH en ese mismo periodo contaba con un equipo de 41 personas, en Cubas, Raúl, "ALCA y derechos humanos", en *Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea)*, consulta 20 mar 2009, disponible en <<http://www.derechos.org/ve/actualidad/opinion/2003/ao130503.pdf>>

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

enterrado en la IV Cumbre de Presidentes de las Américas, celebrada en Mar del Plata, Argentina, en 2005. En esta cumbre, la falta de consenso entre los 34 gobernantes fue casi insalvable, debido sobre todo al disenso de cuatro miembros importantes del Mercado Común Suramericano: Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay, a lo que se sumó Venezuela.

La discrepancia fue tanta que en el párrafo de la declaración final referido al ALCA no se logró ningún acuerdo y fue necesario incluir las dos posiciones en conflicto. Así, el artículo 19 de esta declaración reconoce la importancia de la integración económica en la creación de trabajo para enfrentar la pobreza y fortalecer la gobernabilidad democrática en el continente americano, e incorpora la posición de quienes están a favor del ALCA en el sentido de admitir que pese a las dificultades del proceso de este acuerdo, mantienen el compromiso “con el logro de un acuerdo equilibrado y comprensivo dirigido a la expansión de los flujos comerciales y, en el nivel global, un comercio libre de subsidios y de prácticas que los distorsionen, con beneficios concretos y sustantivos para todos”; y acto seguido incluye la posición de quienes consideran

que todavía no están dadas las condiciones necesarias para lograr un acuerdo de libre comercio hemisférico y equitativo con acceso efectivo a los mercados, libre de subsidios y prácticas de comercio distorsivas y que tome en cuenta las necesidades y sensibilidades de todos los socios así como las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías.⁴

Ante la falta de consenso y la imposibilidad de lograr un área de libre mercado en todo el continente, Estados Unidos comenzó a celebrar TLC bilaterales y subregionales, tal como lo hizo con el TLCAN, en 1993 con Canadá y México. En 2003 firmó un TLC con Chile, en 2005 lo hizo con Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA), en el mismo año firmó con Perú, en 2006 con Colombia y en 2007 con Panamá. Hay que destacar que la entrada en vigor de todos estos TLC acelera y profundiza la política de apertura comercial y a las inversiones que se iniciaron

⁴ IV Cumbre de las Américas, Declaración de Mar de Plata, “Crear trabajo para enfrentar la pobreza y la gobernabilidad democrática”, Mar de Plata, Argentina, 5 de noviembre de 2005.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) firmado en 1947, que junto con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionado con el Comercio (TRIP), son administrados por la Organización Mundial del Comercio (OMC) que fue establecida en 1995.⁵

Como hemos dicho, de forma oficial se considera que estos TLC implican grandes beneficios para los países suscriptores y, en consecuencia, tienen repercusiones positivas en las condiciones de vida de la población. No obstante, desde diversos sectores se pone en tela de juicio tal afirmación, ya que por una parte, desde un inicio el proceso de las negociaciones se ha caracterizado por su hermetismo, desarrollado a puertas cerradas, en cumbres ministeriales, con lo cual pareciera que el interés de los negociadores es que la población no se entere sobre lo que ahí se discute; y por otro lado, aunque lo económico es el contenido central de los TLC, también la pobreza y los derechos humanos son temas que han sido discutidos en las mesas de negociaciones, por lo que sin duda la aplicación de dichos tratados tendrá efectos directos sobre los derechos humanos de más de 800 millones de personas y la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales. Evidentemente, la forma en que se han negociado estos acuerdos restringe varios derechos importantes para la gobernabilidad democrática que tienen que ver con el acceso a la información y la participación política.

7.3. EL CONTENIDO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y SUS POTENCIALES EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

En términos generales, los temas más importantes dentro de los TLC son: *a)* el acceso a mercados; *b)* las inversiones; *c)* los servicios; *d)* las compras del sector público; *e)* la agricultura; *f)* los derechos de propiedad intelectual; *g)* los subsidios *antidumping*

⁵ Para un análisis sobre la relación entre los derechos humanos y la OMC, véase Pípan, Anita, *Los derechos humanos y la OMC*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2006.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

y derechos compensatorios; *h*) la política de competencia, e *i*) la solución de controversias. Para América Latina, el acceso al mercado y su impacto en la agricultura es de vital importancia para la seguridad alimentaria, ya que este sector es una fuente fundamental de financiamiento y de subsistencia en la región. A su vez, el tema de las inversiones y la propiedad intelectual tiene implicaciones que van más allá de lo meramente económico, especialmente en lo relacionado con el conocimiento ancestral de los pueblos indígenas y tribales; y por último, muchos de los aspectos mencionados dentro de los TLC constituyen una seria limitación para que los Estados puedan diseñar e implementar políticas públicas de desarrollo, que tal como lo ha señalado la CIDH, junto a “[1]a política económica, al igual que la defensa nacional, constituyen asuntos vinculados estrechamente a la soberanía nacional.”⁶

El acceso a los mercados tiene como objetivo la eliminación gradual de los aranceles en la exportación de las mercancías por sectores productivos, las medidas no arancelarias y las salvaguardias (excepciones a la eliminación de aranceles). Uno de los sectores más sensibles en este rubro es el sector agropecuario, ya que en América Latina y el Caribe, 25% de la población depende de la agricultura y de este 63.7% vive en la pobreza. El aspecto más controvertido de las políticas de liberalización agrícola incluidas en los TLC son los subsidios a la producción y a la exportación que mantienen los países desarrollados. Por ejemplo, Estados Unidos quiere eliminar cualquier barrera al comercio para poder exportar sus productos, pero al mismo tiempo, la ley agrícola de 2002 (*The Farm Bill*) incrementó la partida presupuestaria para subsidios superando los 180 mil millones de dólares. Esto contrasta con las políticas agrícolas de América Latina, que a partir de los años ochenta disminuyeron los aranceles y otras barreras no arancelarias a la importación, así como el apoyo estatal al campo, cumpliendo con lo dispuesto en los programas de ajuste estructural ordenados por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).⁷

⁶ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980, 2 de octubre 1980, cap. VI, párr. 5.

⁷ Amat, Patricia y Fried, Mark *et al.*, *Comercio con justicia para las Américas. Agricultura, inversiones y propiedad intelectual, tres razones para decir no al ALCA*, Oxfam Internacional, 2003, pp. 3-8.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

Es revelador el hecho de que para 1999 se calculaba que el gobierno de Estados Unidos otorgaba subsidios por 21 mil millones de dólares en promedio a cada productor de tiempo completo; Canadá lo hacía con 9 mil millones de dólares, y México con mil millones, lo cual desvela la clara asimetría en la que compiten los socios comerciales.⁸ Evidentemente, este subsidio permite a los agricultores disminuir los costos y vender más barato, por lo que ante el hecho de que la mayoría de los gobiernos latinoamericanos subsidian poco o nada a sus agricultores, y más aún, los TLC prohíben dichos subsidios, esta situación los coloca en desventaja y desigualdad frente a los agricultores estadounidenses, provocando una infinidad de consecuencias negativas tanto para su subsistencia como para el desarrollo del campo y, en consecuencia, una pérdida de soberanía alimentaria.

En términos generales se podría decir que con la vigencia del TLCAN, la experiencia de México en cuanto al libre comercio ha sido mixta. Ciertamente ha habido beneficios, como el crecimiento de las exportaciones mexicanas a un ritmo rápido del 10% anual durante los años noventa y el aumento de la inversión extranjera directa. Pero por otro lado, los salarios reales han descendido, los productos agrícolas estadounidenses han inundado el mercado y han bajado los precios de los productos nacionales, y la pobreza y la inequidad han incrementado.⁹ Así, la agricultura mexicana se encuentra en una grave crisis a tal grado que México compra en el exterior 50% del arroz y 40% de la carne que consume. Las importaciones de maíz han crecido en un 3 mil % y el precio del maíz cayó, entre 1993 y 1999, un 45%. Desde que entró en vigencia dicho tratado, 6 millones de mexicanos han abandonado el campo y casi 2 millones de hectáreas de tierra se han dejado de cultivar, trayendo consigo un aumento de la migra-

⁸ Arroyo Picard, Alberto, *Resultados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en México: Lecciones para la negociación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas*, México, Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio-Oxfam Internacional, 2001, pp. 76-77.

⁹ Stiglitz, Joseph E. y Charlton, Andrew, *Fair Trade for all. How Trade can Promote Development*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 23. Traducción libre. En lo sucesivo, entiéndase que todas las citas de documentos en inglés han sido traducidas libremente por el autor de este artículo.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

ción hacia Estados Unidos, por cuyas fronteras cada año pasan de forma indocumentada más de medio millón de mexicanos, del cual, 70% es deportado a México.¹⁰

Con respecto a la propiedad intelectual, si bien teóricamente es un tema que debería establecer un equilibrio entre el interés de los creadores de productos socialmente útiles y los intereses de la sociedad, en virtud del TRIP, se ha favorecido la actividad comercial por encima del interés público y el desarrollo sustentable de los países empobrecidos del Sur, al otorgar a los dueños de las patentes monopolios de hasta 20 años. Bien es sabido que los principales impactos de este acuerdo se producen en las patentes farmacéuticas y agroindustriales, pues las grandes empresas transnacionales buscan dominar la venta y compra de sus productos patentados, aun por encima del interés general. Aunado a lo anterior, la posibilidad de patentar materia viva y los conocimientos sobre el uso de las plantas afecta directamente a los pueblos indígenas y pequeños agricultores de los países en desarrollo, que tienen casi 90% de los recursos biológicos del mundo.¹¹

Como la propiedad intelectual tradicional no está protegida, la regulación permite, mediante una pequeña modificación, apropiarse de esos conocimientos por parte de cualquiera y tener el monopolio de los mismos. A su vez, se limita la posibilidad de producir medicinas genéricas más accesibles para las personas de los países pobres, pese a que la Declaración Ministerial de Doha de 2001, de los países miembros de la OMC, estableció el principio de que la salud pública debe tener la prioridad por encima de los intereses comerciales.¹² No obstante, los

¹⁰ Gómez, Manuel Ángel y Schwentesius Rindermann, Rita, "Impacto del TLCAN en el sector agroalimentario mexicano. Evaluación a 10 años", en AA.VV., *Lecciones del TLCAN: El alto costo del "libre" comercio*, México, Alianza Social Continental-Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio, 2003, pp. 50-53; Arroyo Picard, Alberto, *Resultados del Tratado de Libre Comercio...*, cit., pp. 79-90.

¹¹ Amat, Patricia y Fried, Mark, *et al.*, *Comercio con justicia...*, cit., pp. 23-30.

¹² Dillon, John y Dawkins, Kristin, "Análisis del Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas sobre derechos de propiedad intelectual", en AA.VV., *El ALCA al desnudo: Críticas al texto del borrador del Área del Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*, Alianza Social Continental, 2003, pp. 98-106.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

TLC ignoran los principios de dicha declaración y tienden a ir más allá que el TRIP. Por ejemplo, en el marco del TLCA-DR, se obliga a los Estados a ratificar una serie de tratados entre los que destaca el Convenio Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de plantas (UPOV, por sus siglas en inglés) que aumenta la protección de las transnacionales en la producción y suministro de semillas. Pero no se hace mención alguna sobre el Convenio sobre la Diversidad Biológica que reconoce el derecho soberano de los Estados sobre sus propios recursos biológicos. Además, se limita la posibilidad de producir genéricos a cambio del pago de regalías; y establece un nuevo plazo para los derechos exclusivos sobre los datos de prueba, cuya información también se puede utilizar para la comercialización de medicamentos genéricos.¹³

En relación con la soberanía de los Estados, una de las principales asimetrías en los TLC es el diferente efecto que tiene en Estados Unidos y en los países latinoamericanos, de acuerdo con el derecho interno de cada uno. Así, para Estados Unidos en virtud de su derecho interno, los TLC son solamente acuerdos comerciales, jerárquicamente inferiores a la Constitución y a las leyes federales. Sin embargo, en el caso del DR-CAFTA, por ejemplo, según las constituciones políticas de los países centroamericanos y de República Dominicana, tiene un rango superior a las leyes ordinarias. Obviamente, lo anterior supone un debilitamiento importante del Estado de derecho en los países latinoamericanos, sobre todo si tenemos en cuenta algunos aspectos sobre la limitación que sufren los gobiernos para establecer políticas socioeconómicas encaminadas a proteger y promover los intereses de la población. Además, quienes negocian y firman los TLC son miembros del poder ejecutivo, y una vez que estos tratados llegan a las asambleas legislativas, estas solo pueden aceptarlos o rechazarlos pero no discutirlos para posibles modificaciones. Bajo estos parámetros es evidente la restricción al principio democrático de participación del pueblo mediante sus representantes y al principio del equilibrio de poderes.

¹³ Capítulo Quince. Derechos de propiedad intelectual. Los textos del TLCA-DR y el TLCAN disponibles en <<http://asamblea.racsaco.cr/tlc/tlc.htm>> y <http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp>

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Con respecto a las inversiones, los TLC profundizan la tendencia que ha caracterizado a los países latinoamericanos en los últimos años en el marco de las regulaciones previstas por la OMC, en el sentido de que en su pugna por atraer la inversión extranjera, se desregulan los controles sobre el capital, se flexibilizan las leyes laborales y ambientales, y se aumenta la protección de los inversionistas.¹⁴

La regulación de la inversión extranjera se basa en cuatro principios fundamentales:

- a) El principio de trato nacional y nación más favorecida, que implica que los Estados tienen que tratar a las compañías extranjeras al menos con las mismas condiciones que tratan a las nacionales y a los inversionistas de otros países.¹⁵ Así, un Estado no puede, por ejemplo, dar preferencia a pequeñas empresas o a empresas de zonas económicamente deprimidas.
- b) La prohibición de requisitos de desempeño, en virtud de la cual los Estados no pueden regular la inversión para que estas contribuyan a alcanzar objetivos económicos y sociales del país. Por ejemplo, no pueden establecer condiciones a la explotación de recursos naturales que respondan a objetivos nacionales (transferencia tecnológica, servicio a las zonas más deprimidas, entre otros).
- c) La prohibición de expropiación directa o indirecta, lo que implica que los Estados no pueden implementar regulaciones que amenacen con disminuir las ganancias esperadas por las empresas porque podría constituir expropiación indirecta. Por ejemplo, la promulgación de una ley

¹⁴ Pese a que en los TLC hay un capítulo expreso para las inversiones, se considera también que los capítulos de liberalización de servicios —que incluye desde la banca hasta el tratamiento de agua, la electricidad, etc.— y de compras públicas están directamente relacionados con la inversión de capital extranjero.

¹⁵ El TLCAN fue el primero en incluir el principio de trato nacional para las inversiones, ya que anteriormente solo se aplicaba a las mercancías, en Pérez Rocha, Manuel y Porter, Steve, *et al.*, “El proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas. «Un TLCAN Plus»: un análisis del borrador del capítulo de inversiones del ALCA”, en AA.VV., *El ALCA al desnudo...*, *cit.*, pp. 45-46.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

para proteger el medio ambiente puede ser considerada una expropiación indirecta si supone una pérdida de beneficios futuros para un inversionista.

- d) El mecanismo de solución de controversias en virtud del cual los inversionistas pueden demandar a los gobiernos ante paneles arbitrales internacionales y exigirles compensaciones cuando incumplan sus compromisos. En otros términos, este tipo de mecanismos otorga a las corporaciones extranjeras derechos especiales para el uso de arbitrajes internacionales al margen de verdaderos controles públicos, sustituyendo a las legislaciones y jurisdicciones nacionales. Contradictoriamente, estos cuatro principios anulan las herramientas políticas y jurídicas que los países desarrollados utilizaron como mecanismos de su propio desarrollo y de protección de los derechos de sus ciudadanos, sobre todo los laborales, los medioambientales y de salud.

Es importante subrayar que en el marco de los TLC, los Estados aceptan que las controversias que se susciten sean resueltas por un laudo arbitral. Sin duda alguna, el arbitraje es un mecanismo que ofrece muchas ventajas en el ámbito del comercio internacional, debido a la celeridad del procedimiento y a la neutralidad que teóricamente lo caracteriza; sin embargo, también se debe reconocer que su éxito depende no solo de sus virtudes sino también de aquellos agentes que lo han promocionado y que han hecho de él un medio idóneo para la resolución de diferencias.¹⁶ En este sentido, resulta preocupante que el derecho a aplicar por un árbitro internacional en caso de controversia es el que hemos analizado a lo largo de este apartado, el cual en muchos aspectos es contrario a las normas relativas a los derechos humanos.

¹⁶ Calvo Caravaca, Alfonso L. y Fernández de la Gándara, Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 41-43. Para estos autores, el arbitraje es “un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas —por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica— a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria —el laudo arbitral— que ponga fin a la diferencia entre ellas”, p. 19.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Analicemos uno de los ejemplos más emblemáticos al respecto, en el que la empresa de residuos sólidos Metalclad Corp. demandó al gobierno mexicano ante el Tribunal del Centro Internacional para la Resolución de Disputas sobre Inversiones por impedirle instalar un vertedero en el estado de San Luis Potosí. La sociedad civil de la región, preocupada por su salud y por los posibles efectos sobre el agua potable, logró convencer al gobernador del estado y al gobierno federal a no autorizar semejante proyecto. Sin embargo, el tribunal mencionado declaró inválido el derecho del gobierno mexicano a negar la autorización. Con ello, se envió un mensaje claro en el sentido de que cuando un gobierno promulga medidas de protección a la salud humana, del interés público o del medioambiente se expone a ser demandado por lesionar el “derecho” de los inversionistas. Así, el gobierno mexicano fue condenado a pagar 16,7 millones de dólares a Metalclad Corp. por su negativa a permitir la instalación de un vertedero de desechos tóxicos.¹⁷

En este caso, el tribunal arbitral se pronunció sin ambigüedades sobre el derecho de la empresa e incluso afirmó que la oposición de la sociedad civil había sido “amplia y agresiva” en sus manifestaciones públicas, y que las autoridades competentes “estaban en realidad fuertemente influidas por las presiones sociales y sus consecuencias políticas [...]”. Inexplicablemente, este tribunal ni siquiera consideró los efectos ecológicos de la inversión de esta empresa y afirmó que

[...] el Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una inversión de Metalclad, sin pagar a Metalclad una indemnización por la expropiación. México violó el artículo

¹⁷ Para un análisis más detallado del caso puede consultarse, Bejarano, Fernando, “El depósito de residuos tóxicos de Metalclad”, en Guadalcázar, San Luis Potosí,” en Salazar, Hilda y Carlsen, Laura (eds.), *Respuestas sociales ante la integración: Impactos socioambientales del TLCAN*, México, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio, 2001, pp. 17-21.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

1110 del TLCAN [...] En conclusión, el Tribunal sostiene que “[...] México expropió indirectamente [...]”, porque para el CIADI “[...] estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó [...], equivalen a una expropiación indirecta.”¹⁸

El ejemplo precedente nos muestra el alcance y las consecuencias que pueden tener los TLC en relación con los derechos humanos, ya que con este laudo arbitral quedó claro que el derecho de los inversionistas estaba por encima del derecho a la salud y a un medioambiente sano.¹⁹ Sobre esta base se puede sostener que los TLC, tal como están estructurados, excluyen o ignoran la obligación genérica de los Estados americanos de respetar y garantizar el libre ejercicio de algunos de los derechos de las personas sujetas a sus jurisdicciones, con lo que parece que el derecho interamericano de derechos humanos corre importantes riesgos ante el avance de la lógica del derecho mercantil de los TLC.²⁰ Por ello, desde diversas instancias de la ONU se ha criti-

¹⁸ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Metalclad Corporation demandante y Estados Unidos Mexicanos, caso núm. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, las citas textuales corresponden en su orden a los párr. 107, 111-112, consulta 12 mar 2009, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155>

¹⁹ Para un análisis del impacto del CAFTA-RD en los países pactantes véase, Washington Office of Latin America, *DR-CAFTA and Workers' Rights: Moving from Paper to Practice*, WOLA, Washington, D. C., may, 2009.

²⁰ En este sentido, el Comité DESC ha sostenido que los Estados “deben velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho a la salud [lo que también es aplicable a otros derechos económicos, sociales y culturales], y, con tal fin, deben considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos legales. En relación con la concertación de otros acuerdos internacionales, los Estados Partes deben adoptar medida para cerciorarse de que esos instrumentos no afectan adversamente al derecho a la salud. Análogamente, los Estados partes tienen la obligación de velar por que sus acciones, en cuanto miembros de organizaciones internacionales tengan debidamente en cuenta el derecho a la salud. Por consiguiente, los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, sobre todo del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud influyendo en las políticas y acuerdos crediticios y las medidas internacionales adoptadas por esas insti-

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

cado la renuencia de las instituciones encargadas del comercio internacional a reconocer y respetar el valor fundamental de los derechos humanos,²¹ y se ha ratificado la obligación de *todos* los sectores (actores estatales y no estatales) de respetar y proteger los derechos humanos, en general, y los derechos económicos, sociales y culturales, en particular.²²

No se niega que el comercio entre las naciones es una herramienta fundamental para su desarrollo, pero solo si se realiza en un plano de igualdad real, tomando en cuenta las condiciones de cada país y, sobre todo, constituyéndose en un medio para lograr el bienestar general mediante el respeto y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.²³ Evidentemente, los países desarrollados podrían jugar un importante papel al respecto y, entre otras cosas, deberían asumir

tuciones”, en Comité DESC, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC), observación general 14, 2000, párr. 39.

²¹ Al respecto véase Oloka-Onyango, J. y Udagam, Deepika, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*, Preliminary report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission resolución 1999/8 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 jun 2000.

²² CESCR, Statement on Globalization and Economic and Cultural Rights: 11/05/98 (Other Treaty-Related Documents), 18 session, 27 abr-15 may, 1998; Statement of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Third Ministerial Conference of the World Trade Organization, Seattle, 26/11/99, Doc. UN E/C.12/1999/9, 30 nov-3 dic, 1999.

²³ Tal como lo ha señalado Danilo Türk, que muchos Estados abracen románticamente al mercado como la solución definitiva de todos los males de la sociedad, y se dan prisa en desnacionalizar y dejar la economía, la política y los asuntos sociales a los caprichos del sector privado, aunque el tema del día, inevitablemente tiene un impacto en la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por un lado, el sector privado, en sentido amplio, puede tener un efecto positivo mensurable sobre determinados aspectos de estos derechos, en particular en los ámbitos relacionados con iniciativas de autoayuda para el desarrollo. Por otro lado, sin embargo, la historia ha demostrado suficientemente que numerosos aspectos de la política social no pueden alcanzarse a través de la confianza ciega en las fuerzas del mercado, en *The realization of economic, social and cultural rights*, Final Report submitted by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Forty-fourth session, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 3 jul 1992, párr. 98.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

seriamente la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar que sus grandes empresas que desarrollan o tienen relaciones económicas y comerciales con los países del Sur, respeten en todo momento las normas internacionales de derechos humanos y no abusen de su poderío económico o de la existencia de vacíos legales en dichos países.²⁴

La experiencia de México con el TLCAN nos advierte que el objetivo de la integración económica debe ser elevar el nivel de vida de la población, pero evidentemente, la liberalización del comercio por sí sola no es suficiente para lograr este objetivo. En consecuencia, el verdadero reto es aplicar la liberalización de forma que favorezca el desarrollo sostenible, en donde los estratos bajos y medios de la sociedad vean aumentados sus ingresos para poder vivir dignamente,²⁵ que no es otra cosa que tener la libertad real de disfrutar el ejercicio de todos sus derechos humanos.

7.4. LAS HERRAMIENTAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO ANTE POSIBLES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Hoy en día es evidente que los poderes públicos ya no son los únicos capaces de violar los derechos humanos, y que las funciones del Estado están cada vez más dispersas y trasladadas al sector privado, lo que hace difícil trazar una línea clara entre las acciones estatales y las acciones privadas. Por tal razón, es necesario adaptar la función de los derechos humanos a las nuevas circunstancias en el sentido de que, en su doble faceta de derechos subjetivos y normas objetivas del ordenamiento, vinculen tanto a los poderes públicos como a los poderes privados.

En el contexto de los derechos humanos se pueden distinguir tres dimensiones del binomio derechos-obligaciones: (a) Las obligaciones verticales, cuando el Estado (*E*) tiene la obligación de hacer o no hacer *X* en sus relaciones con un actor no estatal

²⁴ Amnistía Internacional, Informe de Política exterior y derechos humanos..., *cit.*, p. 48.

²⁵ Stiglitz, Joseph E. y Charlton, Andrew, *Fair trade for all...*, *cit.*, p. 24.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

(N), porque N puede invocar un derecho humano contra E; (b) las obligaciones diagonales, cuando E tiene la obligación de proteger a un actor no estatal (N1), asegurándose de que otro actor no estatal (N2) haga o no haga X a N1, porque N1 puede invocar un derecho humano contra E; y (c) las obligaciones horizontales, cuando N1 debe hacer o no hacer X a N2, porque N2 tiene un derecho humano correspondiente a una obligación de N1.²⁶

Aunque los derechos humanos han estado asociados principalmente con la primera dimensión (obligaciones verticales) en virtud de su aparición histórica en el contexto de la lucha contra el Estado opresor, el enorme poder acumulado por ciertos actores no estatales —como las empresas transnacionales— presenta el desafío de proteger los derechos humanos de estos poderes privados, lo que en otros términos implica responder a la pregunta de cómo conseguir que el derecho internacional de los derechos humanos se pueda aplicar a las actuaciones u omisiones de las empresas transnacionales. Evidentemente, el principal problema es que no son sujetos de derecho internacional, ya que para este, el Estado es el único responsable de respetar, garantizar y promover el respeto de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción.

Hay un acuerdo doctrinal acerca de la existencia de algún grado de vinculación de los derechos humanos respecto de los actores no estatales en sus relaciones privadas; sin embargo, el desacuerdo se presenta en cuanto al alcance de dicha vinculación, en el sentido de que para unos los derechos humanos tienen una eficacia indirecta en esas relaciones privadas (teoría de la eficacia mediata), mientras que para otros tienen una eficacia directa (teoría de la eficacia inmediata).²⁷

²⁶ Hessbruegge, Jan Arno, "Human rights violations arising from conduct of non-state actors", en *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 11, 2005, p. 25.

²⁷ Al respecto puede consultarse Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Venegas Grau, María, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004; y Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

Más allá de las posiciones opuestas sobre esta materia, el derecho internacional ha reconocido en ciertas situaciones la eficacia inmediata o directa de los derechos humanos;²⁸ no obstante, teniendo en cuenta la posición mayoritaria en el derecho internacional, debemos asumir la dimensión diagonal de las obligaciones, que en vez de crear deberes directos entre los actores no estatales, exige que los Estados protejan a un actor no estatal de otro en ciertas situaciones.

Se puede argumentar que este enfoque podría ser inefectivo debido a que su naturaleza indirecta hace que el proceso legal para el establecimiento de las respectivas responsabilidades toma demasiado tiempo, y a que los Estados tienen un gran margen de apreciación al respecto. Sin embargo, esta última razón es realmente un argumento a favor para optar por la dimensión de las obligaciones diagonales en el contexto internacional, ya que el propósito de los tratados internacionales de derechos humanos no es limitar las opciones de política pública de los Estados, sino garantizar que las políticas escogidas permitan a las personas ejercer sus derechos y libertades. Aunque tanto la dimensión horizontal como la diagonal pueden regular las relaciones en la esfera privada, la dimensión diagonal deja que los Estados decidan cómo cumplir con su obligación. Así, un Estado podría admitir que las normas internacionales de derechos humanos sean directamente aplicables a las personas en el marco de su derecho interno, mientras que otro podría decidir que dichas normas orienten a los tribunales nacionales al momento de interpretar las normas de derecho privado.²⁹

Incorporando el análisis anterior al contexto del Sistema Interamericano, se pueden observar tres etapas, en las cuales la

²⁸ Para el análisis de algunos ejemplos al respecto véase Jochnick, Chris, "Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights", en *Human Rights Quarterly*, vol. 21, núm. 1, The Johns Hopkins University Press, feb, 1999, pp. 61-63, y Courtis, Christian, *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos-Universidad de Deusto, 2007, pp. 53-78.

²⁹ Hessbruegge, Jan Arno, "Human rights violations arising from conduct of non-state actors...", *cit.*, pp. 27-28.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH ha construido toda una teoría sobre la vigencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. La primera está constituida por un buen número de sentencias que se centran en el análisis de la obligación de respeto y garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana; la segunda se caracteriza por centrar el análisis en el carácter de la norma violada, en el sentido de consagrar la idea de que los derechos reconocidos en el Pacto de San José generan obligaciones *erga omnes* respecto de las actuaciones del Estado y de terceros particulares, y la tercera, en la que, con la adopción de la opinión consultiva 18, se establece definitivamente la eficacia directa de los derechos humanos en las relaciones entre particulares,³⁰ lo cual constituye una herramienta importante de cara a la protección de los derechos humanos frente a los posibles efectos negativos que pudiera tener la vigencia de los TLC.

Cuando un Estado ratifica la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador, se compromete a *respetar y garantizar* el ejercicio de los derechos en ellos contenidos (art. 1.1 del Pacto de San José). El deber de respetar implica una prohibición absoluta al abuso de poder por parte del Estado, ya que “el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”.³¹ Más aún, aunque *prima facie* es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención Americana, cometida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, también la responsabilidad estatal puede verse comprometida cuando

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 transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional

³⁰ Para un interesante análisis sobre este tema véase, Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, Madrid, UNED-Centro de Estudios Ramón Areces, 2007, pp. 583-608.

³¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, *supra*, párr. 165.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

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.³²

De esta manera, la Corte IDH ha considerado que un Estado incumple con su obligación de respetar los derechos reconocidos cuando no delimita y demarca los límites de la propiedad comunal de las poblaciones indígenas y cuando otorga concesiones a terceros “para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”.³³

En este sentido, la obligación de respetar requiere que los Estados organicen el poder público para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esta obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad. De esta manera, si en el marco de los TLC se profundizan los procesos de privatización de los servicios públicos, ello no excusa a los Estados de asegurar que tales empresas presten los servicios respetando los derechos humanos de la población, ya que aunque los Estados

pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción [...].³⁴

³² *Ibidem*, párr. 172.

³³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 153.

³⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró responsable al Estado de Brasil por la conducta del personal de un centro psiquiátrico privado que ejercía los elementos de autoridad estatal al prestar el servicio público de salud, y que provocó la muerte de un paciente. El Tribunal Interamericano estimó “que los Estados son responsables de regular y fis-

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Por su parte, el deber de garantizar incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana, y el deber de restablecer los derechos conculcados y, en su defecto, reparar los daños producidos. Por tanto, los Estados tienen la obligación de proteger a las personas sujetas a su jurisdicción de los actos y omisiones imputables a los agentes que ejercen el poder público, y también a personas o grupos particulares, y no deben tolerar que estos últimos “actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos reconocidos en la Convención”.³⁵

En el contexto de los TLC, la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos es fundamental, ya que es posible denunciar al Estado ante los órganos del Sistema Interamericano si, por ejemplo, permite que alguna empresa transnacional contamine un río con consecuencias negativas para la salud o la vida de las personas; si tolera que empleadores privados restrinjan el derecho a la libertad sindical; si en el marco de los programas de ajuste estructural reduce el presupuesto destinado a la educación y como consecuencia se limita el acceso a la misma a algunos sectores de la sociedad; si otorga concesiones a terceros para la explotación de los recursos pertenecientes a las comunidades indígenas sin escuchar su opinión y sin tomar en cuenta sus intereses, etcétera.³⁶

Si bien los Estados tienen la libertad de otorgar concesiones para explotar sus recursos y abrirse a las inversiones internacionales, la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes pueden crear serios problemas al medioambiente y a la salud que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por

calizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud”, en Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes...*, *supra*., párrs. 96-100.

³⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, *supra*, párr. 176.

³⁶ Para un excelente análisis al respecto véase, Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, *cit.*, pp. 171-211.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

la Convención Americana. Las normas del Sistema Interamericano no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones de respeto y garantía de tales derechos, por lo que en caso de haberse cometido anomalías en la explotación de los recursos, tanto el Estado como las empresas concesionarias son responsables de las mismas y ambos tienen la obligación de corregirlas. El Estado tiene, además, la obligación de verificar que tales anomalías sean corregidas.³⁷

En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, cuando un Estado permita concesiones para la explotación de recursos naturales, debe garantizar la participación efectiva de los miembros de los pueblos en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de sus territorios; que dichos pueblos se beneficien razonablemente del plan, y que no se emita ninguna concesión dentro de tales territorios, a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión estatal, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.³⁸

Bajo esos parámetros, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones entre particulares, ya que los Estados son los que determinan en su ordenamiento jurídico la regulación de las relaciones entre particulares (derecho privado), por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, so pena de resultar responsables internacionalmente por la violación de tales derechos por parte de los actores no estatales.³⁹ Así las cosas, la obligación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana se concreta en tres vertientes

³⁷ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 24 de abril 1997, cap. III: La situación de los derechos humanos de los habitantes del interior del Ecuador afectados por las actividades de desarrollo.

³⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 126-158.

³⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes...*, *supra*, párrs. 146-147.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

respecto de los Estados: a) como una responsabilidad directa; b) como una responsabilidad de adecuar el derecho interno a los estándares convencionales, y c) como una responsabilidad subsidiaria cuando, mediante sus políticas públicas, fomenta acciones y prácticas de terceros que constituyan violaciones de derechos humanos.⁴⁰

7.5. PUEBLOS INDÍGENAS Y PROYECTOS EXTRACTIVOS EN EL MARCO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

A la luz de los estándares interamericanos, los Estados tienen la obligación de establecer procedimientos destinados a consultar a los pueblos y comunidades con el fin de determinar si sus intereses pueden resultar perjudicados con la ejecución de cualquier proyecto de explotación o aprovechamiento de los bienes naturales existentes en sus territorios. En este sentido, la consulta previa constituye un pilar fundamental para la participación ciudadana, y puede ser una barrera que impida una serie de abusos a los derechos humanos.

Cuando las comunidades consideran que no han sido debidamente consultadas e informadas sobre la aprobación de un proyecto en su territorio, de su posible impacto en la salud, el medioambiente y otros derechos, las relaciones con las autoridades nacionales y las empresas pueden deteriorarse rápidamente y transformarse en conflictos que tienen un alto costo para los derechos humanos en términos de abusos que van desde la propia falta de consulta hasta la intimidación, desplazamientos, homicidios y criminalización de los actos de resistencia y oposición comunitaria.⁴¹

⁴⁰ Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”..., *cit.*, p. 603.

⁴¹ Slack, Keith, “Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina”, en *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, año 4, núm. 15, Empresa y derechos humanos: una relación compleja, Washington, sep, 2011, pp. 4-5.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

En este sentido, los Estados tienen la obligación de establecer la legislación necesaria que evite la violación de los derechos protegidos y derogar aquellas leyes, reglamentos o cualquier otra norma que sea inadecuada para la prevención efectiva de posibles violaciones a derechos humanos. Por tanto, los Estados tienen la doble obligación de suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación al derecho de las comunidades a participar y ser consultadas en relación con toda actividad extractiva en sus territorios, y de expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a su efectiva realización.⁴²

De esta manera, los Estados deben establecer normas y prácticas que garanticen la participación real de las comunidades mediante consultas efectivas y absolutamente informadas que permitan que sus miembros den su consentimiento pleno para la realización de cualquier proyecto en sus territorios, lo cual requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso”⁴³ y de los posibles riesgos ambientales y de salubridad que podrían correr, si es que existieran, en caso de aceptar la realización de un proyecto, plan de desarrollo o de inversión.⁴⁴

Para asegurar que la consulta se constituya en un mecanismo efectivo de prevención de conflictos y violaciones a derechos humanos, esta debe regirse por una serie de principios rectores ineludibles. En primer lugar, el principio de *buena fe*, que implica que el Estado realice la consulta en un clima de confianza, con la intención de tomar en cuenta la opinión que expresen los pueblos consultados sin que se les trate de engañar, traicionar o brindar información sesgada o parcial. Así, los procesos de consulta y la decisión de las comunidades no deben considerarse una mera formalidad para legitimar los proyectos.⁴⁵ En este sentido,

⁴² Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, *supra*, párr. 207.

⁴³ CIDH, *Comunidades indígenas maya en el distrito de Toledo vs. Belice*, informe 40/04, Fondo, caso 12.053, 12 de octubre de 2004, párr. 142.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam...*, *supra*, párr. 133.

⁴⁵ *Ibidem*; CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.I/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre 2009, párrs. 315-322; y Juliá Santiago, José Juan, *El derecho a*

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

“la mera socialización con la comunidad o brindar información no necesariamente cumple con los elementos mínimos de una consulta previa adecuada, en la medida que no constituye un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo”.⁴⁶

En segundo lugar, el principio de *previa* consulta, ya que el momento en que esta se realice es clave para un verdadero ejercicio de decisión por parte de las comunidades posiblemente afectadas. La consulta debe realizarse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no solamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. El aviso anticipado proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para ofrecer una respuesta apropiada al Estado.

En tercer lugar, el principio de *libertad*, pues un verdadero ejercicio de consulta exige que se realice libre de injerencias externas, coerción, intimidación y manipulación. Por tanto, condicionar servicios sociales básicos como la educación o la salud, reflejados en la construcción de escuelas o centros de salud, supone una coerción con respecto a la libre decisión de las comunidades consultadas, además de una violación a sus derechos económicos, sociales y culturales, que jamás deben ser condicionados a la realización de un proyecto. De esta manera, pretender plantear a las comunidades el dilema entre desarrollarse o continuar en la pobreza puede ser considerado como una forma de coerción.⁴⁷

Y en cuarto lugar, el principio de *información*, en el sentido de que las comunidades deben contar con la suficiente información que les permita tomar una decisión con respecto al proyecto

la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos, 2011, pp. 33-34.

⁴⁶ Corte IDH. *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C. núm. 305, p. 173.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam...*, *supra*, párr. 134; CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, *supra*, párrs. 302-304; Juliá Santiago, José Juan. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas...*, *cit.*, pp. 34-35.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

consultado. Esta información debe incluir: *a)* la naturaleza, envergadura, impacto y alcances; *b)* la razón u objetivo; *c)* su justificación; *d)* su duración y tiempos; *e)* los lugares y zonas que serán afectados; *f)* una evaluación del probable impacto económico, social, cultura y ambiental; *g)* los posibles riesgos y beneficios, y *h)* los elementos de un posible desplazamiento.⁴⁸

Con respecto a la participación en los beneficios, los Estados deben garantizar que los miembros de las comunidades se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Los Estados tienen la obligación de garantizar la participación de las comunidades en la determinación de los beneficios que producirán los planes o proyectos propuestos, a través de procedimientos apropiados. Por ello, los Estados deben garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa se establezcan los beneficios que serán percibidos por las comunidades, así como las posibles indemnizaciones por cualquier daño ambiental, teniendo en cuenta sus propias prioridades de desarrollo. La determinación de los beneficios debe ser hecha en consulta con las comunidades y no unilateralmente por los Estados o por las empresas beneficiarias de las concesiones.

Es importante insistir en que no debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con la dotación de servicios sociales básicos que de cualquier modo corresponde a los Estados proporcionar en virtud de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, tales como centros de salud, pavimentación de calles, construcción o reparación de centros educativos, desarrollo de proyectos de electrificación o de servicios de agua potable, entre otros.⁴⁹

Finalmente, en relación con los estudios de impacto, es importante reiterar que los Estados deben garantizar que no se emita ninguna concesión dentro de los territorios de las comunidades, a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente

⁴⁸ Corte IDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales..., *supra*, párrs. 308-314; Juliá Santiago, José Juan. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas...*, *cit.*, p. 36.

⁴⁹ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales..., *supra*, párrs. 237-244.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

capaces, bajo la supervisión estatal, realicen un estudio previo del impacto social y ambiental, que evalúen la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre tales comunidades. El objetivo de estos estudios no solo es tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre los bienes naturales y las personas, sino también asegurar que los miembros de las comunidades tengan conocimiento de los posibles riesgos ambientales, culturales, sociales, económicos y de salud, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Evidentemente, los estudios de impacto deben realizarse y concluirse de manera previa a la aprobación y otorgamiento de las concesiones respectivas, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho de las comunidades a ser informadas acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. De cualquier manera, los Estados no deben aprobar un proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural de una comunidad.⁵⁰

7.6. CONSIDERACIONES FINALES

A diferencia de los órganos de la ONU, la CIDH y la Corte IDH no se han pronunciado directamente sobre las posibles afectaciones a los derechos humanos con la implementación de los TLC. Sin embargo, la CIDH dio un paso significativo cuando decidió conceder las dos primeras audiencias sobre este tema durante sus períodos de sesiones. El 22 de octubre de 2004, durante el 121° período ordinario de sesiones, la CIDH otorgó a varias ONG del continente una audiencia para que expusieran sus preocupaciones sobre el “Impacto de los procesos de integración económica sobre los derechos humanos en las Américas”; posteriormente, en su 125° período extraordinario de sesiones, celebrado en Guatemala, la CIDH otorgó una audiencia general el 19 de julio de 2006 a varias ONG centroamericanas —junto con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)—, para que expusieran sobre la “Violación de los derechos humanos protegidos

⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 232-233 y 245-267.

Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

por la Convención Americana sobre Derechos Humanos incurridos en la negociación, firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana”.

En esta última audiencia, las organizaciones solicitaron a la CIDH, entre otras cosas, que preparara un informe conforme al artículo 41 del Pacto de San José sobre la afectación de los derechos humanos por los TLC y que procediera a activar la competencia consultiva de la Corte IDH formulando la siguiente pregunta:

Quando un Estado parte asume compromisos o tratados comerciales internacionales, los cuales tendrán calidad de leyes internas dentro de su jurisdicción y mediante los cuales reducirá su capacidad de garantizar el desarrollo progresivo de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de grandes grupos poblacionales, ¿cuáles serán los efectos jurídicos de dichos compromisos o tratados internacionales de cara a las obligaciones emanadas del artículo 1.2 en relación con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 1 y 3 del Protocolo de San Salvador?⁵¹

Pese a que la CIDH dio a entender que solo abordaría este tema cuando se le presentaran casos que contuvieran denuncias de violaciones concretas de derechos humanos por la implementación de los TLC, el simple otorgamiento de las dos audiencias es una buena señal respecto de la creciente preocupación que genera para este órgano interamericano los efectos de la vigencia de tales tratados sobre los derechos humanos en el continente. Así, es importante que la sociedad civil ejerza un monitoreo permanente sobre los efectos de la vigencia de los TLC en los

⁵¹ AA.VV., *Violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos incurridos en la negociación, firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana*, Audiencia General “Tratado de Libre Comercio y Derechos Humanos en Centroamérica”, celebrada durante el 125° periodo extraordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ciudad de Guatemala, 19 de julio de 2006, p. 12 (copia del documento en manos del autor), disponible en <http://www.bilaterals.org/article.php?id_article=5343>

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

derechos humanos para construir un caso que pueda ser sometido a conocimiento de los órganos del Sistema Interamericano y comenzar a generar jurisprudencia al respecto.

Pero mientras se activan las competencias de ambos órganos para hacer frente a esta nueva amenaza a los derechos humanos, las organizaciones deben hacer uso de los precedentes legales y las directrices que tanto la CIDH como la Corte IDH han construido en relación con las obligaciones estatales relativas al debido proceso, la transparencia, el monitoreo de los programas de desarrollo, los estudios de impacto ambiental, la consulta y la participación de las comunidades en los proyectos de desarrollo y la explotación de recursos. Estas herramientas representan un punto de partida para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los TLC y pueden proporcionar insumos importantes para exigir que los actores no estatales también cumplan con la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador y en los demás instrumentos interamericanos en la materia.⁵²

Indudablemente, existe una triple obligación estatal para prevenir posibles violaciones a derechos humanos en el marco de los TLC, a saber: *a)* garantizar el derecho a la consulta previa e informada; *b)* asegurar la participación de los que tradicionalmente se han visto marginados o excluidos de los procesos de toma de decisiones, y *c)* establecer salvaguardias y mecanismos adecuados para garantizar que tales actividades no causen daños ambientales que afecten la vida, la salud, los medios tradicionales de subsistencia y la cultura de las personas y sus comunidades.

⁵² Jochnick, Chris, “Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights”..., *cit.*, pp. 78-79.