

**Estudio sobre acuerdos comerciales internacionales y derechos
humanos en Chile
2018**

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos en sesión
ordinaria N°437 del 6 de agosto de 2018

Consultores para esta publicación

Ignacio Mujica T.

Eugenio Rivera U.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

- I. ACUERDOS COMERCIALES Y DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS GENERALES
 1. Tratados de Libre Comercio
 2. Acuerdos de Asociación y Acuerdos de Asociación Económica
 3. Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI)

- II. LAS OBLIGACIONES GENERALES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS
 1. Estándares de derechos humanos aplicables a la celebración de Tratados de Libre Comercio
 - a. Desarrollar evaluaciones de impacto sobre derechos humanos que analicen los efectos de un tratado y garanticen procesos participativos y transparentes de consulta a los posibles afectados
 - b. Incluir la protección de los derechos humanos entre los objetivos del tratado
 - c. Adoptar las medidas necesarias para preservar la facultad del Estado de dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos humanos mediante su facultad de regular
 2. Otros estándares: Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos; OCDE y Global Compact
 3. Posibles tensiones entre las obligaciones en materia de derechos humanos y los tratados de liberalización del comercio
 4. Mecanismos de solución de controversia. Considerar lo señalado en el Principio 9 de los Principios Rectores de Empresas y DDHH
 - a. Mecanismo de solución de controversia Estado-Estado
 - b. Inversión y mecanismos de solución de controversia inversionistas-Estado

- III. OBSERVACIONES FINALES

- IV. RECOMENDACIONES

INTRODUCCIÓN

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), tal como lo establece su Ley 20.405, es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo mandato principal es “la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional” (artículo 2).

En el marco del debate sobre los deberes del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, han adquirido una relevancia creciente los problemas de derechos humanos que son resultado de la actividad de empresas públicas y privadas. En particular, en nuestro país, persiste el desafío de establecer una planificación sostenible del desarrollo que, por una parte, fomente la innovación y la inversión, pero que, por otra, se dé en un marco de respeto por los derechos humanos y el medio ambiente.¹ Tal como se plantea en los *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, de Naciones Unidas, “la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”.²

Lo planteado anteriormente es de la mayor relevancia, entendiendo que, desde principios de la década de 1990, Chile ha mantenido una política sostenida de apertura al comercio exterior y a la inversión extranjera, que se ha manifestado en la celebración de numerosos Tratados de Libre Comercio y Acuerdos de Protección y Promoción de la Inversión, los cuales han modificado el marco regulatorio y fomentado la inversión extranjera en el país. Esto ha significado que Chile sea hoy uno de los países de Latinoamérica con la mayor cantidad de acuerdos comerciales vigentes en toda la región (Delegación de la Unión

¹ Ejemplo de lo anterior fue lo que constató el INDH en su Misión de Observación en 2014 a la Provincia de Petorca, en la cual se describe la grave escasez hídrica producida tanto por factores naturales (la ausencia de lluvias), pero también por factores humanos, especialmente la actividad empresarial en materia agrícola, minera y de extracción de áridos. Ver INDH, Informe Misión de Observación Provincia de Petorca, 2014, pp. 10-11.

² Naciones Unidas, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, 2011, principio 13, principios elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/HRC/17/31), y aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, Resolución 17/4, de fecha 16 de junio de 2011.

Europea en Chile, 2016). Al mismo tiempo, desde 1990 hasta la fecha, el Estado chileno ha asumido una gran cantidad de obligaciones en materia de derechos humanos, como producto de la ratificación de una serie de tratados sobre la materia.³

En los últimos veinticinco años, el desarrollo normativo en materia comercial y en materia de derechos humanos se ha dado en paralelo. En otras palabras, la política comercial y la política de derechos humanos han discurrido por caminos separados. Sin embargo, la creciente complejidad de los tratados en materia de liberalización de la economía que van más allá de la mera eliminación tarifaria, alcanzando incluso la creación de regímenes regulatorios comunes, sumado al amplio alcance de las obligaciones del Estado en derechos humanos, hace necesario evaluar cómo interactúan estos dos sistemas.

En efecto, resulta importante examinar los compromisos asumidos por el Estado de Chile a través de sus acuerdos de liberalización del comercio y las inversiones para identificar las eventuales áreas de conflicto que estos pudieran generar con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Así, resulta urgente analizar si la suscripción de tratados de liberalización de la economía tensiona las obligaciones del Estado en derechos humanos, de manera de determinar qué acciones debe tomar al respecto, según los estándares internacionales de derechos humanos disponibles.

Lo anterior resulta más apremiante toda vez que el país se encuentra inmerso en la negociación y firma de nuevos y más amplios tratados en materia de libre comercio e inversión. Un ejemplo es la firma por parte de Chile, en febrero de 2016, del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP), cuyas perspectivas de entrar en vigencia se vieron afectadas por la decisión de Estados Unidos de no ratificarlo. Ello dio origen a la suscripción en marzo pasado, por el gobierno de Chile, de un nuevo acuerdo comercial con los mismos suscriptores del TPP, sin la participación de Estados Unidos, acuerdo conocido como TPP 11. En 2017 se desarrollaron negociaciones entre el gobierno de Chile y el gobierno de Canadá, que culminaron en la renovación del acuerdo de libre comercio suscrito en 1997 por ambos Estados. En paralelo, Chile junto a la UE, en noviembre de 2017, en Bruselas, lanzó formalmente las negociaciones para modernizar el actual Acuerdo de Asociación entre ambas Partes.⁴

El presente informe realizará un análisis legal de las normas de los Tratados de Libre Comercio (TLC), los Acuerdos de Asociación (AA) y los Acuerdos de Protección y Promoción de la Inversión (APPI) celebrados por Chile y actualmente vigentes, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. El objetivo será

³ Chile ha ratificado 18 tratados internacionales de derechos humanos del Sistema Universal, 6 del Sistema Interamericano y 51 convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Para información sobre el Sistema Universal ver el Status of Ratifications Interactive Dashboard de ACNUDH, disponible en: <http://indicators.ohchr.org/> [consultado el 20 de enero de 2016].

⁴ <https://www.direcon.gob.cl/modulo-de-acuerdos-comerciales/>

identificar las fortalezas y debilidades que dicha normativa presenta a la luz de los estándares internacionales sobre derechos humanos.

Lo anterior supone poner el foco del análisis en el Estado, como sujeto obligado por el derecho internacional. Esta perspectiva analiza si la adopción de tratados de libre comercio y de protección de la inversión afectaría la capacidad del Estado de cumplir íntegramente las obligaciones asumidas con la suscripción de tratados sobre derechos humanos. De esta forma, el objeto del presente estudio será identificar dichas áreas potencialmente conflictivas, así como, también, las buenas prácticas que permitan prevenir dichos conflictos.

No obstante, el siguiente estudio no examinará el impacto que dichos tratados ha tenido en la práctica en cuanto al disfrute y la protección de los derechos en Chile, lo cual supondría otro tipo de análisis.

En cuanto a los estándares y normas bajo los cuales se realizará el examen, se empleará fundamentalmente la normativa general de derechos humanos vinculante para el Estado de Chile, por ejemplo, aquella contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Asimismo, se emplearán también los estándares internacionales específicamente aplicables a la problemática de los tratados de libre comercio e inversión desarrollados por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH) y otros órganos expertos de Naciones Unidas, los que no constituyen propiamente normas vinculantes para el Estado, pero sí son lineamientos de buenas prácticas recomendados desde el derecho internacional de los derechos humanos.

El estudio analiza seis áreas temáticas clave, a saber: la regulación de la propiedad intelectual, el derecho laboral, el medio ambiente, los pueblos indígenas, los mecanismos de solución de controversias, y la protección de la inversión y los mecanismos de solución de conflicto inversionista-Estado.⁵ Finaliza con conclusiones y recomendaciones que el INDH realiza a los órganos del Estado, en el marco de las facultades legales que le otorga la Ley 20.405.

⁵ La selección de propiedad intelectual, derecho laboral, medio ambiente y pueblos indígenas como ámbitos a profundizar, se debe principalmente a que son las áreas sobre las cuales se han planteado mayores reparos y preocupaciones por parte de la sociedad civil organizada en cuanto al efecto de diversos TLC en el ejercicio de derechos humanos. Por su parte, el análisis de los mecanismos de selección de controversias y la protección de la inversión y los mecanismos de solución de conflictos inversionista-Estado, responden a las principales instancias de acceso a la justicia, por lo que resultaba necesario su análisis en la presente publicación.

I. ACUERDOS COMERCIALES Y DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS GENERALES

1. Tratados de Libre Comercio

Los tratados internacionales, en cuanto fuente formal del derecho internacional,⁶ constituyen un “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (art. 2.a Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). En este sentido, los Estados pueden celebrar tratados bilaterales o multilaterales en un sinnúmero de materias, tales como derechos humanos o libre comercio, de donde surgen obligaciones internacionales para los Estados.

De acuerdo a la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores (DIRECON), un tratado de libre comercio (TLC) consiste en “un acuerdo comercial regional o bilateral que busca ampliar el mercado de bienes y servicios entre los países participantes. Básicamente, su objeto consiste en la eliminación o rebaja sustancial de los aranceles para los bienes entre las Partes, y acuerdos en materia de servicios. Esta clase de acuerdos se rige por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o por mutuo acuerdo entre los países participantes” (DIRECON, 2013).

Sus disposiciones establecen relaciones preferenciales entre las Partes, las que pueden profundizar las obligaciones comerciales contraídas por los Estados en virtud de su membresía a la OMC⁷ y, asimismo, acordar materias que no han sido abordadas en dicho foro.

Asimismo, los TLC se caracterizan por establecer obligaciones recíprocas entre las Partes, lo que los diferencian de otros acuerdos como los APPI analizados más adelante, en donde un Estado concede de forma unilateral un beneficio a otro.

Se han clasificado los tratados de libre comercio en distintas categorías o “generaciones” de tratados. Dichas categorías “dependen de la cantidad y calidad de los compromisos y temas abordados por el tratado” (González y Rojo, 2008, p. 110). Se han llamado acuerdos de primera generación los tratados en que se establece la eliminación de barreras comerciales y arancelarias. Por su parte, los acuerdos de segunda generación están constituidos por las uniones aduaneras que incluyen, “además de la eliminación de

⁶ Ver art. 38.1.a del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁷ La Organización Mundial del Comercio (OMC) es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos Parlamentos. El objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores, a llevar adelante sus actividades.

barreras comerciales y no arancelarias al comercio, un arancel externo común” frente a las importaciones de terceros Estados (MERCOSUR es un ejemplo). Los llamados acuerdos de “tercera generación” establecen compromisos que van más allá de un intercambio comercial de bienes o servicios, e incluyen materias relacionadas con inversión, competencia, propiedad intelectual, servicios financieros, etcétera (González y Rojo, 2008). Finalmente, algunos tratados también regulan cuestiones en el ámbito del trabajo, medio ambiente, y establecen mecanismos de cooperación (Goode, 2007).

Los tratados de “primera” y “segunda” generación pueden ser entendidos como “acuerdos para el comercio del siglo XX”, en el sentido que se trataba de intercambiar bienes producidos en un país determinado para ser vendidos en otro, es decir, el énfasis estaba puesto en cómo bienes producidos nacionalmente cruzaban las fronteras. En cambio, los tratados de “tercera” generación son aquellos surgidos en el marco mayormente globalizado del “comercio del siglo XXI”, en que los productos ya no son fabricados en un solo lugar; el énfasis está puesto en las redes internacionales de producción, en las que existen complejas cadenas de producción que van más allá del ámbito nacional. “La clave para el comercio del siglo XXI es la recombinación de tecnología y factores de producción a través de las fronteras. En su forma más directa, el comercio del siglo XXI implica industrias de alta tecnología de países de altos ingresos que combinan sus conocimientos técnicos, gerenciales y de marketing con el trabajo de bajo costo [y los recursos naturales] de naciones en vías de desarrollo” (Baldwin, 2014, p. 17).

Los TLC suscritos por Chile que se encuentran vigentes (desde el suscrito con Canadá en 1997 en adelante) pueden entenderse como tratados de tercera generación, en el sentido que regulan aspectos que van más allá del mero intercambio comercial de bienes o servicios.

En efecto, estos tratados contienen, por lo general, materias o capítulos relacionados con comercio de bienes (importación/exportación de mercancías, derechos aduaneros), comercio de servicios, inversión, contratación pública, políticas de competencia, propiedad intelectual, medidas sanitarias y fitosanitarias, servicios financieros, telecomunicaciones, entrada temporal de personas de negocios, cooperación, derecho laboral, medio ambiente, disposiciones institucionales y mecanismos de solución de controversias.

Los tratados suscritos tienen, por tanto, efectos regulatorios no solamente en lo comercial, sino también establecen ciertas reglas del juego que determinan el margen de acción de los Estados que los suscriben –como sucede con todo tratado internacional, por lo demás– en diversas áreas de la actividad económica y aún más allá de ello.

2. Acuerdos de Asociación y Acuerdos de Asociación Económica

Según la DIRECON, un Acuerdo de Asociación (AA) es “tan completo como un TLC, sin embargo, también incluye materias del ámbito político y de cooperación como es el caso del Acuerdo de Asociación que existe entre Chile y la Unión Europea (UE)” (DIRECON, 2013).

En la clasificación vista recientemente, los Acuerdos de Asociación pueden entenderse como un tipo de TLC de última generación que, además, pone especial énfasis en aspectos no económicos. Así, en el Acuerdo de Asociación suscrito por Chile con la Unión Europea, se puede encontrar una fundamentación de la cooperación que incorpora una cláusula democrática⁸, una cláusula evolutiva⁹, la ampliación de los ámbitos e instrumentos de la cooperación, y mecanismos que fortalecen el diálogo político con especial miras al fortalecimiento de los valores democráticos (Biblioteca del Congreso Nacional, s.f.).

Además del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, Chile ha celebrado otros dos acuerdos llamados Acuerdos de Asociación Económica (AAE): uno con la comunidad compuesta por Nueva Zelanda, Singapur y Brunei Darussalam (P4) en 2006, y otro con Japón en 2007. Sin embargo, estos AAE son más propiamente económicos que políticos, y no tienen la “cláusula democrática” o las referencias a derechos humanos contenidas en el tratado con la UE.

3. Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI)

Los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI) son tratados internacionales celebrados por dos Estados, por medio de los cuales estos se obligan a “asegurar a los inversionistas de la otra parte y a sus inversiones un trato no discriminatorio de parte del ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión [...], [lo cual se lleva a cabo por medio del] otorgamiento de la más completa protección para los inversionistas de la otra parte y a sus inversiones, que hayan ingresado al territorio de su contraparte de conformidad con la legislación vigente de esta última” (Lopeandía,

⁸ A modo de ejemplo, el artículo 1º del Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea, dispone: “El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y al principio del Estado de Derecho inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo”.

⁹ La cláusula evolutiva busca un mejoramiento o perfeccionamiento en el contenido del Tratado-Marco, no implicando revisión, enmienda ni modificación del acuerdo, sino que busca recoger la voluntad de las Partes de incorporar y regular progresivamente otras materias no consideradas o no desarrolladas suficientemente en el texto del acuerdo original.

2001, p. 17). En el caso de Chile, existen 36 APPI celebrados por el Estado y actualmente vigentes.¹⁰

Tal como se examinará, estos tratados otorgan un importante nivel de protección a los inversionistas, el cual incluye generalmente el reconocimiento de trato nacional, trato de nación más favorecida, la garantía de un nivel mínimo de trato que contemple una relación justa y equitativa y protección policial plena, el derecho a realizar transferencias de forma libre y sin demora, y la protección contra la expropiación.

Adicionalmente, dichos tratados también contemplan el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y el Estado receptor. Para estos efectos, los APPI contemplan el sometimiento de las disputas a un panel arbitral internacional o bien a los tribunales del Estado, parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

Ahora bien, en el caso de que el inversionista opte por el arbitraje internacional, estos son desarrollados usualmente ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), aunque en ocasiones se dispone alternativamente el uso de las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional para efectos de la elección y nombramiento de los paneles arbitrales (Herdegen, 2012, p. 409).

¹⁰ Al respecto, consultar los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones vigentes. Disponible en: <http://www.investchile.gob.cl/es/publicaciones/listado-acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-inversiones/>

II. LAS OBLIGACIONES GENERALES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Para comprender la forma en que los TLC, AA y APPI pueden interactuar con las obligaciones generales del Estado en materia de derechos humanos, es necesario revisar cuál es el contenido y alcance de estas últimas. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos imponen a los Estados obligaciones internacionales. En primer lugar, respetar tales derechos, lo que implica un deber de abstención del Estado en orden a no afectar el ejercicio legítimo de derechos humanos. En segundo lugar, garantizarlos, que implica un deber positivo del Estado para permitir el ejercicio de los derechos y evitar que terceros lo impidan, debiendo adoptar todas las medidas legislativas y de política pública. Justamente sobre esta obligación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señaló que supone “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹¹ Así, esta obligación impone sobre el Estado el deber de ejercer sus facultades reguladoras en todo caso en que ello sea necesario para generar las condiciones que permitan el disfrute pleno de los derechos reconocidos. Es importante señalar que la doctrina y jurisprudencia han establecido como obligaciones específicas de garantizar las relativas a prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones a los derechos humanos. Adicionalmente, la doctrina internacional –especialmente a partir de la reflexión sobre los derechos económicos, sociales y culturales– ha intentado precisar un tercer nivel de obligaciones que se denomina de realizar (facilitar, hacer efectivo y promover).¹²

En materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), el Estado se encuentra obligado a “adoptar medidas, [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, [...] la plena efectividad de los derechos”.¹³ Sobre este punto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de Naciones Unidas, ha establecido que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados”.¹⁴

Como contrapartida a la progresividad, en esta naturaleza de derechos, además se establece la obligación de no regresividad, la que, en términos del Comité DESC, solo

¹¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 166.

¹² Pezzano, Luciano (2014): “Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 30, pp. 303-346.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 2.

¹⁴ Comité DESC, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto período de sesiones, 1990, E/1991/23, párr. 2.

podrá aplicarse excepcionalmente y, en tales casos, “requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.¹⁵ Asimismo, como todo derecho humano, los DESC deben ser garantizados por el Estado sin discriminación.¹⁶

Lo anterior implica, entre otras cosas, que al momento de firmar un tratado internacional el Estado debe tener en consideración las implicancias del mismo en el ejercicio de todos los derechos humanos, tanto derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, y también el impacto sobre grupos vulnerados de la población como, por ejemplo, los pueblos indígenas.

1. Estándares de derechos humanos aplicables a la celebración de Tratados de Libre Comercio

En general, el ACNUDH ha llamado a los Estados a adoptar un *enfoque de derechos humanos* en la negociación y elaboración de los acuerdos de libre comercio e inversión. Así sostuvo, en relación al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC, que:

[...] desarrollar un enfoque de derechos humanos al AGCS, negociando, interpretando e implementando las normas de comercio en concordancia con las normas y estándares de derechos humanos maximizará los beneficios del comercio internacional de servicios, mientras que minimizará sus desafíos. Más aún, adoptar un enfoque de derechos humanos al AGCS, ayudará a los Estados a reconciliar sus obligaciones bajo el derecho mercantil y los derechos humanos. En términos simples, un enfoque de derechos humanos busca los mecanismos a través de los cuales la liberalización progresiva del comercio de servicios puede desarrollarse de forma tal que avance el objetivo de promover y proteger los derechos humanos.¹⁷

Bajo este enfoque, se busca que el Estado sea capaz de armonizar sus deberes. Para efectos de prevenir de mejor manera los conflictos entre normas de derechos humanos y las obligaciones derivadas de los tratados en materia de libre comercio e inversión, los organismos internacionales en materia de derechos humanos han desarrollado estándares que el Estado puede seguir previo a la adopción de un TLC. Estos estándares no tienen carácter vinculante, pero representan guías útiles emitidas por órganos expertos para efectos de prevenir y eventualmente solucionar conflictos entre estos dos cuerpos legales.

¹⁵ Comité DESC, Observación General N° 3, índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto período de sesiones, 1990, E/1991/23, párr. 9.

¹⁶ PIDESC, art. 2.2.

¹⁷ E/CN.4/Sub.2/2002/9, párr. 68. Traducción propia.

a. Desarrollar evaluaciones de impacto sobre derechos humanos que analicen los efectos de un tratado y garanticen procesos participativos y transparentes de consulta a los posibles afectados

Los tratados de liberalización de la economía pueden fijar estándares para la regulación de materias que van más allá de la eliminación de tarifas como, por ejemplo, la regulación del medio ambiente o el derecho del trabajo. Por ello, resulta particularmente difícil establecer *ex ante* cuáles serán los posibles conflictos entre las obligaciones que dichos tratados imponen y aquellas derivadas de los tratados en materia de derechos humanos. Para estos efectos, los organismos de supervisión de tratados (como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y otros organismos expertos de Naciones Unidas, han sugerido a los Estados la realización de estudios de evaluación de impacto en los derechos humanos de manera previa a la celebración de tratados sobre liberalización del comercio.

Al respecto, el Relator Especial para el Derecho a la Alimentación, Olivier De Schutter, ha señalado que:

Las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos pueden ser una herramienta importante para los Estados al negociar acuerdos sobre comercio e inversión, particularmente para asegurar que estos no impondrán exigencias o concesiones que vuelvan más difícil para el Estado, o para las demás Partes, cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos.¹⁸

Así, el objetivo de estas evaluaciones debe ser “medir el potencial impacto que un tratado sobre comercio o inversión tendrá sobre las metas de derechos humanos y sobre la capacidad del Estado para cumplir sus obligaciones sobre derechos humanos, así como también sobre la capacidad de los individuos de disfrutar de sus derechos”.¹⁹

A juicio del Relator, dichas evaluaciones son un mecanismo que permite al Estado cumplir de mejor forma con sus obligaciones en el plano del DIDH, en tanto le permiten prevenir la suscripción de acuerdo que hagan más difícil o imposible cumplir con dichas obligaciones.²⁰ Más aún, dicho Relator sostiene que la realización de evaluaciones de impacto debe ser considerada como parte de las obligaciones de cada Estado a la luz del derecho a participar en los asuntos públicos (art. 25 del PIDCP). Así, estas evaluaciones

¹⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 19° período de sesiones, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Olivier De Schutter, Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos, Adición, A/HRC/19/59/Add.5, 19 de diciembre de 2011, párr. 2. Traducción propia.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 2.1. Traducción propia.

²⁰ *Ibidem*, párr. 3. Traducción propia.

constituirían un elemento esencial para informar el debate público que debe preceder la adopción de un tratado y sus consecuencias sobre las personas y comunidades.²¹

El Relator De Schutter ha enfatizado que los Estados deben llevar a cabo estas evaluaciones con la debida antelación, de modo que sus resultados puedan ser tenidos en consideración durante las negociaciones del tratado sobre comercio o inversión en cuestión.²²

Además de lo anterior, se ha recomendado que las evaluaciones examinen también si el proceso de negociación del mismo tratado ha afectado los derechos humanos; esto es, si el proceso de negociación se ha realizado de manera “participativa, inclusiva y transparente, y si acaso se condujo con la apropiada supervisión parlamentaria”.²³ Este punto ha sido enfatizado por una serie de Expertos Independientes de Naciones Unidas, quienes recientemente formularon un llamado a los Estados a que: “todas las negociaciones actuales de tratados bilaterales y multilaterales en materia de comercio e inversión deben conducirse con transparencia y con la participación y consulta de todos los interesados, incluidos los sindicatos, asociaciones de consumidores, grupos ambientalistas y profesionales de la salud” (ACNUDH, 2015).²⁴

En cuanto a la metodología de la evaluación, esta debe garantizar que el órgano que la realiza cuente con suficiente independencia, experticia y financiamiento para llevar a cabo su labor.²⁵ Por último, el Estado debe asegurar que los resultados de dichas evaluaciones sean efectivamente tenidos en consideración por los órganos vinculados a la negociación y adopción del acuerdo en cuestión.²⁶

Ahora bien, si el estudio revela la existencia de incompatibilidades entre el convenio examinado y las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, el Estado debería adoptar las medidas necesarias para enmendar dicho acuerdo y así prevenir la adopción de obligaciones incompatibles. Las respuestas posibles del Estado incluirían, entre otras: la terminación del acuerdo, la enmienda del mismo, la adopción de salvaguardas o la adopción de medidas de mitigación.²⁷ Asimismo, el Relator considera que las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos deben aplicar el principio precautorio, esto es, ante la duda de si un aspecto del acuerdo será incompatible, la carga de demostrar que la incompatibilidad no existe debe recaer en los Estados negociadores.²⁸

²¹ *Ibíd*em, párr. 1.2. Traducción propia.

²² *Ibíd*em, párr. 3.1. Traducción propia.

²³ *Ibíd*em, párr. 4.1. Traducción propia.

²⁴ Traducción propia.

²⁵ A/HRC/19/59/Add.5, párrs. 4.6 y 4.3. Traducción propia.

²⁶ *Ibíd*em, párr. 3. Traducción propia.

²⁷ *Ibíd*em, párr. 3. Traducción propia.

²⁸ *Ibíd*em, párr. 3.2. Traducción propia.

Por último, dado que no todos los efectos de un acuerdo comercial pueden ser anticipados, el Relator recomienda que los Estados realicen evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos de manera posterior a la entrada en vigencia de los acuerdos comerciales. Para ello recomienda la realización de evaluaciones después de tres o cinco años de la adopción de dichos tratados.²⁹

Ahora bien, estas obligaciones deben ser examinadas de manera coherente con los demás compromisos asumidos por el Estado. A su vez, resulta relevante tomar en consideración las obligaciones impuestas por el Convenio 169 de la OIT, particularmente en lo que respecta a la obligación del Estado de llevar a cabo consultas con los pueblos indígenas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, como lo dispone su artículo 6. Al respecto, cabe recordar, tal como lo indicó el ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, que dicha obligación es de carácter amplio y resulta aplicable especialmente:

[...] siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.³⁰

De esta forma, en la medida que los tratados de liberalización del comercio y la inversión tengan la capacidad de afectar de modo especial a los pueblos indígenas, estos debieran sujetarse también a un proceso de consulta participativa con las comunidades potencialmente afectadas. Dicho proceso de consulta resultaría esencial para efectos de informar el proceso de evaluación del impacto sobre los derechos humanos antes descrito. En otras palabras, este proceso de consulta permitiría dimensionar de mejor manera el impacto que estos acuerdos tendrán en cuanto al disfrute de los derechos, visibilizando la situación particular de los pueblos indígenas. Cabe subrayar, en este punto, la preocupación manifestada por cinco relatores especiales y dos expertos internacionales de Naciones Unidas por la exclusión del proceso de elaboración del Acuerdo Transpacífico

²⁹ *Ibíd.*, párr. 3.3. Traducción propia.

³⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

de Cooperación Económica (TPP por sus siglas en inglés) de que fue objeto la ciudadanía, lo cual vulnera el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos.³¹ Al respecto, cabe destacar, asimismo, dos cuestiones adicionales para tener presente. En primer término, que, en general, esta es una crítica que podría extenderse a todo proceso de elaboración y aprobación de tratados internacionales, incluidos los de derechos humanos; y, en segundo lugar, que lo normal en Estados democráticos es que el proceso de suscripción y ratificación de tratados es realizado con participación de las autoridades representativas de la ciudadanía.

b. Incluir la protección de los derechos humanos entre los objetivos del tratado

El ACNUDH ha recomendado a los Estados la inclusión del respeto y garantía de los derechos humanos como parte del objeto y fin de los tratados de liberalización del comercio y promoción de la inversión. Señaló que:

[...] los Estados pueden considerar incluir una referencia explícita a la promoción y protección de los derechos humanos entre los objetivos de los tratados de liberalización de la inversión, sea en el preámbulo o en el cuerpo del acuerdo. Aunque ello no crea nuevas obligaciones para las Partes, dicha referencia reconocería el potencial de la inversión para afectar los derechos humanos. Reconocer este vínculo puede ser un paso importante para evitar la afectación de los derechos humanos en el proceso de liberalización de la inversión.³²

La inclusión de estos elementos como parte del objeto y fin del tratado puede ser útil para efectos de permitir al Estado llevar a cabo una interpretación de las cláusulas de dicho tratado que favorezca y preserve su capacidad para dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos humanos. Ello es así toda vez que el objeto y fin de un tratado es uno de los elementos que debe ser tenido en consideración al momento de interpretar las cláusulas de un tratado. En efecto, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dispone que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En este mismo sentido, el ACNUDH ha señalado que:

Más aún, una referencia a la promoción y protección de los derechos humanos incentivaría a que en la interpretación de los acuerdos de inversión se tomen en cuenta las obligaciones del Estado según el derecho de los derechos humanos. Finalmente, los Estados se verían incentivados a introducir sus obligaciones en

³¹ <http://www.fundacionconstituyentexxi.cl/?p=751>

³² Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 55° período de sesiones, Informe del Alto Comisionado sobre los derechos humanos, el comercio y las inversiones, E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 de julio de 2003, párr. 57. Traducción propia.

materia de derechos humanos en los procedimientos de solución de controversia en los que la decisión del tribunal pueda afectar el goce de los derechos humanos a nivel nacional o cuando la interpretación de un acuerdo de inversión pueda tener una dimensión de derechos humanos.³³

Por su parte, la Corte IDH, en el caso de Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, planteó que:

[...] cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.³⁴

En síntesis, la inclusión de los derechos humanos como parte del objeto y fin del tratado facilitaría una interpretación armónica de los tratados de comercio e inversión, que permita solucionar las contradicciones entre estos y las obligaciones derivadas del DIDH.

c. Adoptar las medidas necesarias para preservar la facultad del Estado de dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de DD.HH. mediante su facultad de regular

Como ha señalado el ACNUDH, resulta esencial que el Estado adopte medidas para asegurar que su capacidad de dictar regulación para proteger y garantizar los derechos humanos no se vea menoscabada por un nuevo tratado en materia de comercio o inversión. Es así como “los Estados deben asegurar que los tratados en materia de inversión mantengan la flexibilidad necesaria para que puedan usar ciertas opciones de política pública para promover y proteger los derechos humanos”.³⁵ En esta misma línea, la entidad ha enfatizado la necesidad de adoptar cláusulas legalmente operativas que resguarden la capacidad del Estado de adoptar medidas regulatorias:

Más aún, es importante destacar la necesidad de que el Estado pueda introducir nuevas regulaciones para proteger los derechos humanos en respuesta a las nuevas condiciones y conocimiento en relación a la salud, agua, educación, medio ambiente y otras materias que afectan el disfrute de los derechos humanos. En este contexto, interpretaciones amplias de ciertas cláusulas de los acuerdos de inversión, como las referidas a la expropiación, pueden afectar la capacidad o voluntad del Estado de regular en función de la salud, seguridad o el medio ambiente; para estos efectos, se recomienda la adopción de interpretaciones o incluso declaraciones explícitas de las Partes que protejan las acciones Estatales destinadas a la realización de los derechos humanos.³⁶

³³ *Ibíd.* Traducción propia.

³⁴ Corte IDH, caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 281.

³⁵ E/CN.4/Sub.2/2003/9, párr. 58. Traducción propia.

³⁶ *Ibíd.* Traducción propia.

Lo anterior es coherente con lo recomendado en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar.³⁷ Así, el Principio 9 dispone que:

Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión.³⁸

El comentario a dicho principio detalla que los Estados “deben asegurarse de que retienen las facultades normativas y regulatorias para proteger los derechos humanos en el marco de tales acuerdos, sin dejar de ofrecer la necesaria protección a los inversores”.³⁹

Así, además de la inclusión de la protección de los derechos humanos como parte del objeto y fin del tratado, los organismos internacionales han recomendado la adopción de cláusulas en el cuerpo de los acuerdos que provean al Estado de mecanismos jurídicos específicos para resolver posibles conflictos con normas de derechos humanos.⁴⁰

Si bien dichos organismos no han entregado estándares específicos sobre el contenido mínimo de dichas cláusulas, la práctica internacional y la doctrina entregan luces sobre cuáles son los elementos que estas deben contener. Dichas cláusulas podrían expresarse a través de una “excepción basada en derechos humanos, que permita a las Partes suspender sus obligaciones comerciales cuando ella sea necesario para cumplir con sus obligaciones [en materia de derechos humanos]” (Bartels, 2014, p. 9).⁴¹

³⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 17° período de sesiones, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de Derechos Humanos a través de la resolución 17/4 de 16 de junio de 2011.

³⁸ A/HRC/17/31, p. 13.

³⁹ A/HRC/17/31, p. 13.

⁴⁰ Así, el ACNUDH sostuvo, en relación al Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la OMC, sobre la inclusión de una referencia a los derechos humanos en dicho cuerpo legal, que: “Esto ayudaría a los Estados a aplicar las ‘excepciones permitidas’ en el Acuerdo sobre los ADPIC de conformidad con sus obligaciones dimanantes del Pacto. [...] En caso de una renegociación del Acuerdo, esta podría lograrse mediante una referencia expresa a los derechos humanos en el artículo 7”. Para mayor información, revisar: Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 52° período de sesiones, Informe de la Alta Comisionada sobre las consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 de junio de 2001, párr. 68.

⁴¹ Traducción propia.

Un ejemplo es la llamada “cláusula de derechos humanos” o “cláusula de elementos esenciales”, generalmente incluida por la Unión Europea en los tratados de libre comercio que celebra con otros Estados. En efecto, la Unión Europea ha incluido esta clase de disposiciones en sus tratados de libre comercio de manera habitual desde 1995. Dicha cláusula busca establecer que “el respeto a los derechos humanos es un elemento esencial del acuerdo en cuestión, de modo tal que ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por un Estado pueden ser consideradas como una infracción del acuerdo y dar lugar a justificar la suspensión del tratado u otras medidas similares” (Hachez, 2015, p. 8).⁴²

Dicha cláusula es una suerte de sanción al permitir a la Unión Europea suspender sus acuerdos con Estados que llevan a cabo violaciones de derechos humanos de cierta escala, no colaborando comercialmente con aquellos países que incurren sistemáticamente en violaciones de derechos humanos (Dolle, 2015). Sin perjuicio de ello, esta clase de cláusulas da pocas herramientas para que el Estado suspenda sus propias obligaciones comerciales cuando estas entran en conflicto con las impuestas por el tratado de derechos humanos. Por ello, la doctrina ya ha señalado que la cláusula de derechos humanos usualmente empleada por la Unión Europea, no permite al Estado adoptar medidas para tutelar los derechos humanos en su propio territorio (Bartels, 2014).

Un segundo ejemplo de esta clase de cláusula es la llamada cláusula de excepción general, usualmente incluida en los tratados de libre comercio e inversión. Dichas cláusulas autorizan a los Estados a la adopción de medidas que *prima facie* podrían considerarse contrarias al tratado, en la medida que estas sean necesarias para velar por ciertos intereses tutelados, como la salud, la vida y la moral pública. Así, por ejemplo, el artículo 91 del Acuerdo de Asociación celebrado entre Chile y la Unión Europea dispone:

Cláusula de Excepción General.

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen de forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes cuando prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio entre las Partes, ninguna disposición del presente título se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o aplique medidas:

- a) necesarias para proteger la moral pública;
- b) necesarias para proteger la salud y la vista de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) necesarias para garantizar la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con el presente Acuerdo, tales como leyes y reglamentos

⁴² Traducción propia.

relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, a la protección de derechos de propiedad intelectual y a la prevención de prácticas dolosas; [...].

Esta clase de cláusulas preservan en general la capacidad del Estado de ejercer sus facultades regulatorias para tutelar ciertos fines legítimos. Sin embargo, dichas cláusulas no suelen incorporar referencia directa a los derechos humanos como causal que justifique dichas medidas.

En efecto, el uso de las cláusulas de excepción para tutelar los derechos humanos ha sido examinado en detalle en el contexto de los acuerdos de la OMC. Particularmente, en un estudio elaborado por ACNUDH, se examinó si acaso las cláusulas incluidas en los acuerdos comerciales de dicha organización comercial podrían ser usadas de manera efectiva a efectos de resguardar la capacidad del Estado de cumplir con sus compromisos bajo el DIDH. Al respecto, el estudio concluyó que, sin perjuicio de que existan argumentos a favor, no es seguro que las causales que actualmente conforman las cláusulas de excepción de la OMC sean lo suficientemente amplias para permitir al Estado adoptar medidas de manera efectiva.

De modo similar, la doctrina ha señalado que las “excepciones generales encontradas en los tratados de comercio permiten medidas para proteger la salud y vida, pero [...] esto es apenas suficiente” (Bartels, 2014, p. 28).⁴³ Así, aplicar dichas cláusulas de excepción para resguardar el deber del Estado de tutelar los derechos humanos, supone un esfuerzo interpretativo que permita subsumir dichas obligaciones en las causales como moral pública, salud y orden público. Sin embargo, no existen garantías de que dicha argumentación será posible ni aceptada por los órganos de adjudicación de los tratados sobre comercio e inversión.

En efecto, parte de la doctrina ha reconocido que el uso de argumentos sobre derechos humanos es cada vez más frecuente ante tribunales arbitrales en materia de inversión, aunque no existen garantías de cómo dichos órganos enfrentarán dichos argumentos (Karamanian, 2013). Por ello, la doctrina ha recomendado la adopción de cláusulas que contengan referencias explícitas a los derechos humanos entre los supuestos que dan lugar a una excepción en el contexto de un tratado de libre comercio e inversión. En concreto, se ha sugerido la adopción de una cláusula adicional a las “excepciones generales incluidas en todo acuerdo de comercio, permitiendo a las Partes adoptar medidas necesarias para respetar, promover o garantizar los derechos humanos”⁴⁴ (Bartels, 2014, p. 30) a nivel nacional.

⁴³ Traducción propia.

⁴⁴ Traducción propia.

2. Otros estándares: Principios Rectores de empresas y Derechos Humanos, OCDE y Global Compact

La OCDE, en su documento “Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales”,⁴⁵ entrega principios y normas de buenas prácticas conforme con las disposiciones legales aplicables y otras normas reconocidas internacionalmente tanto a los gobiernos como a las empresas. Los gobiernos tienen derecho a establecer las condiciones con arreglos a las cuales las empresas multinacionales ejercerán su actividad en sus respectivas jurisdicciones, de conformidad con el derecho internacional.

En relación con las empresas dispone que ellas deberán:

1. Respetar los derechos humanos, lo cual significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas.
2. En el marco de sus actividades propias, evitar causar impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a que se generen, y resolver dichos impactos si los hubiera.
3. Esforzarse por prevenir y atenuar los impactos negativos sobre los derechos humanos directamente vinculados con sus actividades, bienes o servicios en virtud de una relación comercial con otra entidad, incluso si las empresas no contribuyen a generar dichos impactos.
4. Elaborar una política que formule su compromiso con el respeto de los derechos humanos.
5. Ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos en función de su tamaño, de la naturaleza y el contexto de sus actividades y de la gravedad de los riesgos de impactos negativos sobre dichos derechos.
6. Establecer mecanismos legítimos o cooperar mediante estos mecanismos para poner remedio a los impactos negativos sobre los derechos humanos cuando se descubra que han causado dichos impactos o que han contribuido a generarlos.

Por su parte, la iniciativa Global Compact ha identificado diez principios a los cuales deben ceñirse las empresas. Estos son los siguientes⁴⁶:

- Apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional;
- Asegurarse de no ser cómplices en abusos a los derechos humanos;

⁴⁵<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf><https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

⁴⁶ <http://www.corresponsables.com/actualidad/los-derechos-humanos-y-empresa-segun-el-pacto-mundial-de-las-naciones-unidas>

- Respetar la normativa laboral individual y colectiva, incluyendo la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
- Eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- Abolir de forma efectiva el trabajo infantil;
- Eliminar la discriminación con respecto al empleo y la ocupación;
- Apoyar los métodos preventivos con respecto a problemas ambientales;
- Adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental;
- Fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inofensivas para el medio ambiente;
- Trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno.

3. Posibles tensiones entre las obligaciones en materia de derechos humanos y los tratados de liberalización del comercio

Los tratados internacionales de derechos humanos no son contrarios ni *prima facie* incompatibles con la liberalización del comercio internacional. Así, no existe ninguna norma en el texto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que limite la facultad del Estado de celebrar tratados que busquen liberalizar el comercio y la inversión extranjera. Es más, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha reconocido que “el comercio puede ser un motor del crecimiento económico necesario para luchar contra la pobreza y promover el desarrollo” (ACNUDH, 2005, p. iii), lo cual resulta instrumental para la mayor garantía de los derechos humanos.

Sin perjuicio de ello, los tratados en materia de derechos humanos establecen amplias obligaciones para el Estado, las cuales podrían, en ocasiones, entrar en conflicto con los deberes adoptados bajo los tratados de libre comercio, asociación y protección de la inversión o, también, poner en riesgo la capacidad del Estado de cumplir con sus compromisos en materia de derechos humanos; esta es una posibilidad, por lo demás, que se aplica de modo análogo a cualquier tratado o compromiso internacional que adopte el Estado y no solo respecto de aquellos a los que se refiere este informe.

El Estado, como sujeto obligado por el derecho internacional de los derechos humanos, debe adoptar medidas para efectos de garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Este deber supone el ejercicio de sus facultades de dictar e implementar medidas de regulación, sea por medio de la adopción de leyes o reglamentaciones administrativas. Aquí también pueden surgir conflictos con las obligaciones impuestas por otros tratados en materia de liberalización del comercio o la protección de la inversión o, en general, por cualquier otro tratado. En efecto, en la medida en que los tratados, cualquiera sea su naturaleza, impongan cláusulas que limiten la capacidad del Estado de ejercer libremente su facultad de dictar la regulación que estimen necesaria para garantizar los derechos

fundamentales, pueden surgir contradicciones entre ambos cuerpos normativos; este es un inconveniente que tiene todo tipo de tratado internacional, en la medida en que implica una cierta limitación de la soberanía estatal. Al respecto, se debe tener en consideración que el Estado está obligado internacionalmente a no establecer restricciones ilegítimas al ejercicio de los derechos humanos. Esta obligación es independiente del mecanismo utilizado para el establecimiento de la restricción y, en ese sentido, habrá que evaluar la legitimidad o no de la restricción, verificando que cumpla con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.⁴⁷

Lo anterior cobra especial importancia en relación con los llamados TLC de tercera generación. Como ya se indicó, estos últimos suponen no solo la eliminación de tarifas, sino que se extienden a la adopción de verdaderos regímenes regulatorios comunes en áreas tan diversas como la protección de la propiedad intelectual, la regulación medio ambiental y el derecho laboral, entre otros.

La pregunta de si acaso pueden existir conflictos de derechos entre las obligaciones impuestas por el DIDH y aquellas derivadas de un TLC, AA o APPI, ya ha sido abordada por los órganos expertos en materia de derechos humanos, así como por académicos y organizaciones de la sociedad civil. El ACNUDH realizó un estudio en el que examina cómo las medidas tendientes a garantizar el derecho a la igualdad generarían conflictos con disposiciones derivadas de tratados de liberalización del comercio de servicios. En particular, dicho estudio presentó como ejemplo ciertas disposiciones contenidas en algunos TLC,⁴⁸ que buscan garantizar el otorgamiento de “trato nacional” a proveedores de servicios extranjeros, en el ámbito de la contratación pública. El “trato nacional” importa la obligación de “otorgar a las mercancías, servicios y proveedores de servicios extranjeros un trato no menos favorable que el concedido a las mercancías, servicios y proveedores de servicios nacionales ‘similares’, una vez que hayan atravesado la frontera y pasen a formar parte del comercio interior”.⁴⁹

Así, el ACNUDH evaluó el caso hipotético en que un Estado adopte medidas especiales para efectos de favorecer en la contratación pública a proveedores que sean parte de grupos estructuralmente discriminados. Dichas medidas, como es sabido, pueden ser necesarias para garantizar el derecho a la igualdad, aunque, como también se sabe, la

⁴⁷ Ver, Corte IDH, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrs. 89 a 91.

⁴⁸ El estudio se centra específicamente en el examen de normas contenidas en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica y en el Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública.

⁴⁹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 60° período de sesiones, Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el principio fundamental de la no discriminación en el marco de la globalización, E/CN.4/2004/40, 15 de enero de 2004, párr. 18.

adopción de ellas no es una obligación internacional.⁵⁰ Al respecto, el ACNUDH sostuvo que:

Los gobiernos hacen uso con frecuencia de su poder de compra para alcanzar una amplia gama de objetivos de interés público, incluida la promoción de los derechos de las personas desfavorecidas o marginadas. Así, por ejemplo, los gobiernos utilizan su poder de compra para promover empresas indígenas, empresas localizadas en zonas remotas o en zonas con altas tasas de desempleo, o para dar mayores oportunidades a minorías étnicas que tradicionalmente han sufrido discriminación.⁵¹

La pregunta que surge a partir de esto es si acaso dicha política entraría en conflicto con las obligaciones de otorgar “trato nacional” a proveedores extranjeros. Sobre la materia se sostiene que:

La aplicación del principio comercial del trato nacional contribuiría a reducir el proteccionismo al asegurar un trato no menos favorable a los proveedores oficiales extranjeros. Sin embargo, se plantea la cuestión de hasta qué punto esta reforma es compatible con la utilización de la contratación pública para mejorar las oportunidades de los grupos desfavorecidos. Considérese el ejemplo siguiente: un miembro del Acuerdo sobre Contratación Pública tiene una política que favorece en sus contratos a las empresas indígenas. El Gobierno adopta esta política como una medida especial y concreta para garantizar un desarrollo y protección adecuados de las comunidades indígenas que han padecido discriminación en el pasado [...]. Esta política es, sin embargo, potencialmente proteccionista ya que otorga un trato más favorable a algunos proveedores nacionales, aunque su objetivo sea reducir la discriminación más que promover el proteccionismo.⁵²

Si bien este es un caso hipotético, sirve para dar cuenta de cómo las obligaciones del Estado derivadas de tratados de libre comercio y protección de la inversión podrían, eventualmente, disminuir su capacidad de adoptar medidas que, en un momento determinado, estimara necesarias para objetivos legítimos de derechos humanos. Sobre todo, y como se desarrollará, dicho ejemplo pone en evidencia la necesidad de que el Estado actúe de manera diligente en cuanto a evaluar el posible impacto que los tratados de liberalización del comercio tendrán sobre sus atribuciones para utilizar diversos mecanismos, para el logro de objetivos legítimos en materia de derechos humanos.

⁵⁰ En este sentido, hay que distinguir entre herramientas obligatorias y no obligatorias para el Estado, pues este no puede disponer de aquellas que no lo son. Esto requiere de un cuidadoso proceso de evaluación y participación de representantes y ciudadanos para tener claridad qué implica firmar un tratado.

⁵¹ E/CN.4/2004/40, párr. 28.

⁵² *Ibidem*, párr. 30.

El ACNUDH también examinó las disposiciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS, por su sigla en inglés) de la Organización Mundial de Comercio. Dicho acuerdo busca asegurar que la regulación adoptada por los Estados en ciertas actividades comerciales “no constituya barreras innecesarias al comercio, asegurando que estén basadas en criterios objetivos y transparentes y que no sean más gravosas que lo necesario para asegurar la calidad del servicio”.⁵³ Estos compromisos alcanzan la regulación de materias como la acreditación de profesiones e instituciones educacionales, los permisos y licencias requeridos para operar clínicas y hospitales, entre otros.⁵⁴ Así, siguiendo al ACNUDH, una medida prevista para promover el disfrute de los derechos humanos –por ejemplo, la adopción de normativa y estándares sobre salud o calidad del agua–, podrían requerir al Estado evaluar de manera previa, y como elemento decisivo, cuán gravosa resulta para el comercio. Por ello, “la pregunta que surge es si acaso esto tiene el efecto de subordinar los derechos humanos a las obligaciones en materia de comercio”,⁵⁵ pregunta que debiera hacerse en los procesos preparatorios y de negociación de cualquier tratado internacional, sea de la materia que sea, ya que, en la práctica, ellos conllevan una limitación a las facultades del Estado.

Así, existe la posibilidad de que obligaciones internacionales del Estado emanadas de tratados internacionales ratificados y vigentes, pero de distinta naturaleza en cuanto a su contenido, entren en tensión, siendo necesario analizar qué mecanismos jurídico-interpretativos ayudarían a resolver dicho conflicto.

Un primer aspecto a observar es que, ante una tensión de este tipo, se debe verificar si alguno de los tratados en conflicto tiene alguna cláusula interpretativa al respecto, tal como se analizará respecto de las cláusulas de derechos humanos típicas de tratados de la Unión Europea. Un segundo aspecto a tener en cuenta es la aplicación genérica de las normas de interpretación de la Convención de Viena, específicamente en los artículos 31 (interpretación acorde a la buena fe) y siguientes. Sin embargo, las normas de interpretación están diseñadas para dar luces en lo tocante al alcance normativo de un tratado específico y no necesariamente para resolver una tensión entre obligaciones internacionales emanadas de tratados de contenido diverso.

Existen algunos antecedentes jurisprudenciales emanados del CIADI del Banco Mundial. Por ejemplo, en el caso de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina, la sentencia hace referencia a esta tensión, planteando que “Argentina está sujeta a ambas obligaciones internacionales, i.e. derechos

⁵³ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 54° período de sesiones, Informe de la Alta Comisionada sobre la liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 de junio de 2002, párr. 56. Traducción propia.

⁵⁴ E/CN.4/Sub.2/2002/9, nota LXI. Traducción propia.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 58. Traducción propia.

humanos y obligaciones de los tratados, debiendo respetar ambos de igual manera”. Con todo, plantea en el mismo párrafo que “las obligaciones de derechos humanos de Argentina para asegurar a su población el derecho al agua de alguna manera prevalecen sobre sus obligaciones bajo los tratados bilaterales de inversión y la existencia de un derecho humano al agua también le da implícitamente a Argentina la autoridad para tomar acciones independientemente de sus obligaciones de los tratados bilaterales de inversión”.⁵⁶ Aun cuando esta sentencia del CIADI constituye una excepción y no, una tendencia interpretativa generalizable,⁵⁷ es un antecedente que argumenta en favor de considerar a ambas obligaciones con el mismo peso jurídico y que las circunstancias de cada caso deberán definir si prevalece alguna en particular.

Ahora bien, desde una perspectiva de derechos humanos, deben plantearse algunos alcances. Uno de ellos es que siempre se debe considerar que la contradicción entre obligaciones internacionales no puede ser excusa para que se pasen a llevar normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos, más conocidas como *ius cogens*, que protegen aspectos tales como la prohibición absoluta de la tortura o el genocidio.⁵⁸

Un segundo elemento es comprender que la preocupación principal del derecho internacional de los derechos humanos es la persona, la dignidad como valor central y el conjunto de derechos humanos de los cuales se es titular por el solo hecho de ser persona. Así, desde esta perspectiva, adquieren especial relevancia los grupos vulnerados, como mujeres, niños, niñas y adolescentes, migrantes, trabajadores/as, pueblos indígenas o personas privadas de libertad y, por lo mismo, es deber del Estado adoptar todas las medidas para que dicha vulnerabilidad no constituya un obstáculo en el ejercicio de sus derechos. Ese deber también ha de ser considerado al momento que un Estado firma y ratifica un tratado de libre comercio, de manera tal de no profundizar la vulnerabilidad en la que ya se encuentran.

Un tercer elemento tiene relación con que el Estado limita su actuar en base a los derechos humanos. Tal como señala la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su preámbulo, lo que se busca consolidar es “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. En tal

⁵⁶ CIADI, caso de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina, N° ARB/03/19, párr. 262. Traducción propia.

⁵⁷ Se trata, efectivamente, de una excepción, pues el CIADI no considera los derechos humanos al resolver casos sometidos a su conocimiento. Más información en: <http://www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf>

⁵⁸ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

sentido, dar preeminencia a obligaciones internacionales comerciales o de otra índole que pudieran obstaculizar tal fin, implicaría supeditar las obligaciones internacionales de derechos humanos a las primeras, afectando justamente el fin para el cual fueron establecidas por la comunidad internacional.

Otra área a considerar desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, guarda relación con los mecanismos de solución de controversias empleados en el contexto de disputas entre inversionistas extranjeros y el Estado. Estas críticas encuentran su fundamento en el carácter privado de los mismos, lo que contradice el carácter público de las materias sometidas a su conocimiento, cuando involucran a los Estados como demandados. Ello pone en cuestión y debilita el acceso a la información, que constituye un elemento fundamental del derecho a la libertad de expresión. Por otro lado, pueden resultar, como ha sido la práctica, en serios impactos en la capacidad de los Estados de dictar su legislación interna o impulsar políticas públicas, afectando muchas veces los derechos y los intereses de terceras Partes o sectores de la población, los que no están representados en las instancias arbitrales.⁵⁹

Estos mecanismos de solución de controversias ya han sido objeto de críticas por falta de transparencia y por el potencial efecto que pueden tener sobre la facultad del Estado de dictar regulación –que, como ya se ha dicho, es la consecuencia de todo tratado internacional–, cuestiones que se analizan hacia el final de este estudio.

En suma, si bien los tratados en materia de liberalización de la economía no resultan *prima facie* incompatibles con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, ciertas disposiciones generarían tensiones con los mismos, lo que sucede con todo tratado en la medida en que supone una limitación a la soberanía estatal al asumirse compromisos que reducen su capacidad regulatoria. El cuadro siguiente expone los ámbitos de relacionamiento y/o tensión ente los acuerdos comerciales y los derechos humanos.

⁵⁹ Pahis, Stratos, *Bilateral Investment Treaties and International Human Rights Law: Harmonization through Interpretation*. International Commission of Jurists, Ginebra, 2011.

ÁMBITOS DE TENSIÓN ENTRE ACUERDOS COMERCIALES Y DERECHOS HUMANOS				
	Propiedad intelectual	Medioambiente	Derechos Laborales	Pueblos indígenas
Normas de AC que pueden ir en detrimento de los DDHH	Posibilidad de prolongación periodo de protección de patentes de medicamentos (Derecho a la salud) y especies vegetales (ADPIC - plus)	Posibilidad de que el incremento el amento global de la actividad económica (mayor explotación de RRNN, consumo de energía y aumento de contaminación y desechos) como efecto de la proliferación de acuerdos comerciales vaya en detrimento del MA		Potencial afectación al derecho a las tierras, los territorios y los recursos; al consentimiento libre, previo e informado; a sus derechos culturales; la libre determinación, así como a los derechos económicos y sociales... las cláusulas de no discriminación y expropiación de los acuerdos de inversión y de libre comercio pueden ir en detrimento de la protección de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y de los derechos culturales estrechamente conexos. Problemas para ejercer propiedad intelectual sobre variedades vegetales.
Normas de AC que fortalecen la promoción de los DDHH		Comercio internacional puede permitir reemplazar métodos contaminantes por otros más limpios así como generar demandas de protección del MA. Del mismo modo AC están incorporando cláusulas de protección y regulación del MA así como exigencias de mayor información. Desde la celebración del GATT en 1994 se indica que ninguna disposición del acuerdo puede ser interpretada en el sentido de impedir que una parte adopte o aplique medidas para proteger la salud y vida de personas y animales.	La amenaza del "dumping social" genera incentivos a los países desarrollados por incorporar reglas que protegen los derechos laborales (DDL) aún cuando en general los AC no contemplan expresamente la protección de los DDL. Si ocurre ello en el acuerdo con la Unión Europea.	
Normas de AC que fortalecen la participación ciudadana		AC incorporan normas que exigen participación ciudadana en consultas respecto del cumplimiento de las metas y objetivos medioambientales y en la elaboración de agendas.	Con el objeto de asegurar que los mecanismos de cooperación tengan un impacto real y vayan en beneficio de los trabajadores se establecen mecanismos de participación.	
Normas que generan exigencias de rendición de cuentas al Estado		AC incorporan normas que comprometen a los Estados a adoptar altos niveles de protección ambiental, evitar reducir exigencias de protección del MA para incentivar inversión y obligan a aplicar efectivamente la normativa ambiental existente.	Algunos AC exigen promover el conocimiento de la legislación laboral del país. Reafirman, además, las obligaciones como miembros de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento de 1998 y declaran que procurarán que dichos derechos sean reconocidos y protegidos por la legislación interna.	

4. Mecanismos de solución de controversia. Considerar lo señalado en el Principio 9 de los Principios Rectores de Empresas y DDHH

a. Mecanismos de solución de controversia Estado-Estado

Un aspecto fundamental al momento de determinar cuán efectivos pueden resultar los TLC y AA en la protección de los derechos humanos ligados, entre otros, al trabajo, al medio ambiente, a la propiedad intelectual o a los pueblos indígenas, son los mecanismos establecidos para resolver los conflictos que se generan a raíz de la interpretación y aplicación de estos tratados. En esta sección, se abordarán los mecanismos de solución de controversia (MSC) entre Estados Parte.

i. Causales y condiciones para recurrir a los MSC

Todos los TLC suscritos por Chile incorporan un mecanismo de solución de controversias que generalmente contempla una primera fase de “consulta”, mediante la reunión de autoridades políticas en la cual se intentará una negociación, solución amistosa, mediación o conciliación, y de no llegarse a acuerdo, una segunda fase en la que se nombra un panel arbitral con poder para emitir una decisión sobre el conflicto y determinar eventuales sanciones.

Si bien los tratados generalmente establecen que el recurso a la “consulta” es posible para cubrir todas las materias contenidas en el tratado –en especial en aquellas referidas a cuestiones laborales o medio ambientales–, el acceso a la segunda fase de adjudicación por arbitraje es más restringido. Por ejemplo, los Acuerdos de Cooperación Laboral o Ambiental firmados junto con los TLC con el P4, Panamá y China, solo contemplan un mecanismo de consulta para solucionar conflictos vinculados a estas materias.⁶⁰ Asimismo, la mayoría de los tratados explícitamente excluyen las cuestiones ambientales y laborales del mecanismo de solución de controversias general del tratado, dejando únicamente consultas entre “puntos de contacto”, establecidos a nivel nacional.

Solamente en los casos de los Acuerdos de Cooperación Laboral y Ambiental con Canadá, y en el TLC con Estados Unidos en los capítulos sobre estas materias, se establece la posibilidad de recurrir a la segunda fase de los mecanismos de solución de controversias con paneles arbitrales para una causal restringida: que un Estado Parte deje de aplicar su normativa interna laboral o ambiental y siempre que esto, además, produzca efectos perjudiciales en el comercio.

Así, la mayoría de las obligaciones que los Estados contraen en virtud de los TLC y AA relacionadas con el respeto del medio ambiente o los derechos laborales, no tienen efecto vinculante para las Partes, sino meramente procesos de consulta que quedan sujetos a la voluntad política de cada Estado. Y para el caso excepcional en que estas materias sí

⁶⁰ Ver ACA y ACL P4, ACA y ACL Panamá y ACL China.

puedan conocerse por un panel arbitral con efectos vinculantes, la cuestión de derechos humanos siempre estará supeditada a que exista afectación a un interés comercial.

La otra forma por la cual una discusión relativa a derechos humanos puede terminar siendo discutida en un panel arbitral de un MSC entre Estados es cuando, en el caso de que un Estado Parte sea acusado de incumplir sus obligaciones comerciales, este alegue que la medida que adoptó se justifica en una de las excepciones generales del tratado, como las de proteger la salud o vida de las personas, o bien de proteger el medio ambiente y los recursos naturales. En estos casos, el asunto ligado a derechos humanos estará siendo discutido como una “defensa” frente a un incumplimiento comercial. En consecuencia, toda la carga de la prueba de demostrar que dicha regulación era necesaria, que no existía otro medio alternativo para cumplir el objetivo legítimo, y que en su aplicación no resultó discriminatoria o un medio encubierto de proteccionismo, recae sobre el Estado que estaba intentando proteger objetivos tales como la salud o la vida de las personas (ACNUDH, 2005).

ii. Participación en los MSC

Uno de los mayores problemas de los MSC establecidos en los tratados de libre comercio es el carácter limitado en el que admiten la participación de la sociedad civil organizada, y en especial la de las personas cuyos derechos humanos pueden haber sido afectados por el desarrollo de la actividad comercial derivada de un tratado.

Si bien en algunos de los TLC se ha contemplado la posibilidad de recoger las peticiones de los afectados o de escuchar la opinión de la ciudadanía en una fase inicial de la controversia entre Estados, una vez que se inician las consultas, y luego en el arbitraje, esta participación se hace más limitada o inexistente.

Por ejemplo, en los Acuerdos de Cooperación Laboral y Ambiental suscritos con Canadá, se establecen mecanismos para que particulares presenten peticiones relativas al incumplimiento de las obligaciones suscritas en virtud de dichos acuerdos.⁶¹ Sin embargo, no existe ningún procedimiento claro que garantice que las peticiones presentadas por los ciudadanos efectivamente se vayan a convertir en la base de un proceso de consulta para una supervisión de las obligaciones del tratado entre los Estados.⁶² Asimismo, si bien los

⁶¹ ACA Canadá, art. 14; ACL Canadá, art 3.2.

⁶² En efecto, en el ACA con Canadá no se especifica cómo un “expediente de hechos” que ha sido generado por un particular y fallado en virtud del art. 15 llegaría a constituirse en la base de un procedimiento de consulta entre Estados de acuerdo al art. 22 que exige una “pauta persistente” de omisión de aplicación de la legislación ambiental. Asimismo, en el ACL con Canadá, el art. 3.2 que establece la obligación de “garantizar que sus autoridades competentes otorguen la debida consideración, de conformidad con su legislación, a cualquier solicitud de un empleador, un trabajador o sus representantes, así como de otra persona interesada, para que se investigue cualquier presunta violación de la legislación laboral de la Parte”, no hay ningún procedimiento definido para recoger estas peticiones ni para que estas se transformen en base de las consultas reguladas en los arts. 20 y 21.

organismos encargados de tramitar las fases iniciales de una posible controversia entre Estados como el Comité de Evaluación de Expertos establecido en el Acuerdo de Cooperación Laboral tienen la facultad de solicitar del “público en general” o de “organizaciones con conocimientos pertinentes” información para generar un primer informe sobre el incumplimiento, tal consulta a la ciudadanía es facultativa.⁶³

Ya una vez que se entra en la segunda fase del procedimiento –aquella en la que se convoca al panel arbitral–, los mecanismos para la participación se restringen aún más: se habla únicamente de solicitar la opinión de “expertos”,⁶⁴ pero no de incluir una oportunidad procesal para la participación de otro tipo de actores no gubernamentales, en particular la de los principales afectados por el incumplimiento laboral o ambiental del Estado en cuestión.

iii. Transparencia

Las disposiciones en materia de transparencia en estos procedimientos también preocupan. Al respecto, los tratados presentan gran diversidad en su normativa sobre el tema: mientras algunos tratados establecen una confidencialidad casi total en estos procedimientos –se trata por lo general de los más antiguos, como aquellos celebrados con Canadá, México y Centroamérica–, los más recientes han ido ampliando en cierta medida su transparencia, aunque sin establecer completas garantías. En efecto, un mismo tratado puede establecer diferentes estándares de transparencia para distintas etapas del procedimiento.

- *Transparencia en los procedimientos previos a la consulta*

Como vimos para las materias laborales y ambientales en los tratados con Canadá y Estados Unidos, existen procedimientos anteriores a las consultas entre Estados que permiten a los particulares hacer llegar una petición sobre infracciones al cumplimiento de la normativa interna en estos dos temas. Sin embargo, en el caso del TLC con Estados Unidos, estos procedimientos no están claramente regulados, por lo que tampoco se establece garantía alguna de su transparencia.⁶⁵ En el caso de los Acuerdos de Cooperación Laboral y Ambiental con Canadá, no hay reglas expresas sobre la transparencia de estos procedimientos, aunque sí se especifica que los órganos encargados de decidir sobre estas peticiones o “expedientes de hecho” deben publicar su informe final.⁶⁶ No obstante, en el caso del capítulo laboral, se dice que dicha publicación procede “a menos que el Consejo [de Asuntos Laborales] decida lo contrario”.⁶⁷

⁶³ ACL Canadá art. 22.1.d y art. 22.1.e, ambos dicen que el Comité de Evaluación de Expertos “podrá” solicitar dicha información del público, no que “tendrá” que hacerlo.

⁶⁴ ACL Canadá, art. 31; ACA Canadá, art. 29.

⁶⁵ TLC Estados Unidos, art. 19.4.

⁶⁶ ACA Canadá, art. 15.

⁶⁷ ACL Canadá, art. 24.

- *Transparencia en las consultas entre Estados*

Durante el proceso de consultas entre Estados previo a un procedimiento arbitral, la mayoría de los tratados han establecido que toda la información intercambiada durante las consultas y/o las gestiones de buenos oficios o mediación son confidenciales.⁶⁸ Otro grupo de tratados son menos restrictivos, estableciendo que las Partes tratarán como confidencial la información intercambiada durante las consultas que así haya sido considerada por la otra Parte.⁶⁹

En todo caso, el proceso de consultas es, por lo general, cerrado al público, y aun cuando no ha sido establecido expresamente como confidencial, las Partes tienen facultades para dar a la información intercambiada el carácter de reservada o confidencial, manteniendo así una gran parte del proceso de consulta fuera de la luz pública.

- *Transparencia durante el procedimiento arbitral*

Respecto de la transparencia del procedimiento arbitral mismo, podemos dividir los tratados de libre comercio suscritos por Chile en tres grupos.

Por un lado, están los tratados que establecen derechamente que este procedimiento es cerrado y confidencial.⁷⁰ En segundo lugar, hay un grupo de tratados que establecen que el procedimiento es cerrado al público, pero que las mismas Partes pueden, si así lo desean, realizar declaraciones públicas o bien difundir ciertas piezas del procedimiento (deliberaciones del panel arbitral, transcripciones de audiencia, escritos presentados por las Partes). Sin embargo, siempre las Partes estarán sometidas a la regla de no difundir información que haya sido calificada de confidencial por la otra parte.⁷¹ En tercer lugar, hay tratados que establecen la posibilidad de hacer audiencias abiertas al público. Dependiendo del tratado, se establece como regla que las audiencias son cerradas, pero que las Partes pueden decidir hacerlas abiertas. En cualquier caso, siempre se establecen reglas para resguardar la confidencialidad de cierta información que así haya sido calificada por una de las Partes.⁷²

⁶⁸ AA U.E., art. 183.3; TLC Corea, art. 19.5.2; TLC EFTA, art. 90; AAE P4, art. 15.5.2; TLC China, arts. 82.5 y 83; AAE Japón, art. 177.4; TLC Panamá, art. 13.4.5.b; TLC Australia, art. 21.3.5; TLC Turquía, art. 40.7; TLC Vietnam, art. 12.6.6; TLC Tailandia, art. 14.3.5.

⁶⁹ TLC Canadá, art. N-06.b; TLC México, art. 18.04.4.b; TLC Centroamérica, art. 19.06.b; TLC Estados Unidos, art. 22.4.4.; y AAE P4, art. 15.4.b.

⁷⁰ TLC Canadá, art. N.12.b; TLC México, art. 18.10.1.b; TLC Centroamérica, art. 19.12.c.

⁷¹ TLC Corea, Anexo 19.10.36; AAE Japón, arts. 182.1, 182.5 y 182.6; TLC Australia, art. 21.8.6; TLC Malasia, art. 12.9.6; TLC Turquía, arts. 44.7 y 44.8; TLC Vietnam, arts. 12.8.6 y 12.8.7; TLC Tailandia, arts. 14.10.1 y 14.10.2.

⁷² TLC Estados Unidos, art. 22.10.1. letras c y e.; TLC Australia, art. 21.8.1; TLC Malasia, art. 12.9.1; AA UE, art. 189.3; AAE P4, Anexo 15.B.22; TLC Panamá, Anexo 13.9.20; TLC Turquía, art. 44.1; TLC Hong Kong, art. 17.8.1.

En cualquier caso, si bien algunos tratados establecen mayores posibilidades de transparencia durante el procedimiento arbitral, estas no constituyen garantías de acceso a la información, pues siempre queda a criterio del panel arbitral o de las mismas Partes la decisión de cerrar el procedimiento, así como amplios espacios para que las mismas Partes califiquen la información en dichos procedimientos como confidencial.

- *Informe final del procedimiento arbitral*

En lo que respecta a la publicación del informe final o laudo del panel arbitral, existen también tres tendencias en los tratados. Una primera establece que dicho informe se publicará “a menos que” las Partes o el panel arbitral decidan lo contrario,⁷³ y son, por tanto, los menos transparentes, pues existe completa discrecionalidad para no publicar el informe. Una segunda tendencia, con un grado mayor de transparencia, refiere a los que reglamentan que el informe final se publicará siempre, pero resguardando en dicha publicación la información que haya sido clasificada como confidencial durante el procedimiento.⁷⁴ Finalmente, un último grupo de tratados con el mayor grado de transparencia, establece que el informe final del panel arbitral se publicará sin señalar ninguna condición.⁷⁵

iv. Complejidad y duración del procedimiento

Otro aspecto importante dice relación con la rapidez y efectividad del procedimiento mismo. Nuevamente, cabe analizar los casos de Canadá y Estados Unidos. En ambos casos, el procedimiento de solución de controversias es lento y sujeto a múltiples “detenciones”, pues en todo momento el proceso busca una decisión consensuada entre los Estados. La extensión de este procedimiento hace difícil considerarlo como un mecanismo efectivo en la solución de una controversia de naturaleza laboral. En efecto, para los trabajadores afectados, la materia discutida representa la mayoría de las veces una cuestión urgente en términos de permitirles sustentar sus medios de vida. Para ellos, el procedimiento establecido en virtud de estos tratados podría no constituir una garantía de acceso a la justicia o un recurso rápido y efectivo.⁷⁶

Más aún, el énfasis que estos tratados ponen en que la controversia se resuelva por medio de una solución amistosa, si bien se puede comprender en el sentido que busca resguardar la armonía de las relaciones diplomáticas entre los Estados Parte (Leyton, 2005), podría no establecer las garantías adecuadas para que los derechos de las personas afectadas sean tomados en cuenta en la resolución del problema.

⁷³ TLC Canadá, art. N-17.4; TLC México, art.18.14.4; TLC Centroamérica, art. 19.16.3.

⁷⁴ TLC Estados Unidos, art. 22.13.1; AAE P4, art. 15.12.1; TLC China, art. 91.1; TLC Panamá, art. 13.12.1; AAE Japón, art. 184.8; TLC Australia, art. 21.10.8; TLC Colombia, art. 16.12; TLC Malasia, art. 12.12.2; TLC Vietnam, art. 12.10.8; TLC Hong Kong, art. 19.10.8; TLC Tailandia, art. 14.12.8.

⁷⁵ AA UE, art. 186; TLC Corea, art. 19.13; TLC EFTA, art. 94.

⁷⁶ Ver arts. 1.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

v. Composición de los paneles arbitrales

Un asunto relevante en estos procedimientos, desde una perspectiva de derechos humanos, dice relación con la composición de los paneles arbitrales. En efecto, en el caso del TLC con Canadá y Estados Unidos, cuando se trata de resolver una controversia por incumplimiento de la aplicación de la normativa interna en materia laboral o ambiental, ambos tratados establecen que los árbitros designados deben “tener conocimiento especializado o experiencia”, ya sea en materia laboral o ambiental, o bien “en comercio internacional” o “en solución de controversias internacionales”.⁷⁷ En estos procedimientos, entonces, se esperaría que al menos algunos de los árbitros que han de fallar el caso vayan a tener cierto conocimiento de estas materias, y que, por tanto, otorguen debida consideración a los aspectos laborales o ambientales del caso, y no solamente a las consecuencias comerciales. Con todo, parece conveniente establecer medidas que aseguren de mejor manera que los árbitros tengan en consideración los derechos humanos involucrados.

vi. Sanciones

Por último, en cuanto a las sanciones que puede adoptar un panel arbitral en contra de un Estado infractor, los tratados de libre comercio suscritos por Chile no resguardan de la misma manera los casos en los que un Estado Parte es sancionado por infringir sus obligaciones en materia comercial, que cuando se trata, además, de supervisar las obligaciones laborales o ambientales que suscribió en virtud del tratado.

Estos mecanismos son diferentes de aquellos establecidos para la generalidad de los incumplimientos comerciales. En dichos casos, la compensación económica no tiene un tope máximo, sino que se calcula en función del valor del daño causado. Además, en caso de no cumplirse con el pago de dicha compensación, la Parte reclamante puede, en último término, suspender los beneficios comerciales pactados en virtud del tratado.⁷⁸ Es decir, en el caso del incumplimiento de obligaciones comerciales, el costo económico que puede resultar para el Estado infractor sería extremadamente elevado—tanto en el monto de la compensación económica como en las pérdidas derivadas de la suspensión del tratado—. En cambio, en el caso de la infracción de obligaciones laborales y medio ambientales, el costo de la infracción tiene un “tope máximo”.

Así, académicos han hecho notar que los incentivos para el efectivo cumplimiento de la legislación laboral y ambiental son escasos. En todo caso, el peso y extensión concreto y específico de estos incentivos dependerá evidentemente de las normas internas sobre responsabilidad que los propios Estados tengan establecidas en esta materia. Sea como sea, los incentivos que han destacado algunos académicos son los siguientes: al haber un

⁷⁷ TLC Estados Unidos, arts. 18.7.2.a y 19.7.2.a; ACL Canadá, art. 27.2.a; y ACA Canadá, art. 25.2.a.

⁷⁸ TLC Estados Unidos, art. 22.15; TLC Canadá, art. N-18.

tope máximo a la sanción y escasa probabilidad de que se genere una sustantiva suspensión de los beneficios del tratado, el Estado podrá, entonces, “sopesar el costo de hacer cumplir su legislación laboral versus el beneficio de ignorar dichas violaciones” (Martin, 2005, p. 219). Además, el hecho de que la contribución económica impuesta al Estado infractor de obligaciones laborales o medioambientales sea dirigida a un fondo que va a quedarse en el mismo país genera que el Estado pueda ver dicho pago como un simple desplazamiento de recursos del que va a seguir disponiendo, y no como una verdadera sanción. Por último, al dirigirse la sanción contra el Estado, pero no tener ningún efecto contra los particulares, no hay seguridad de que quienes son los empleadores o quienes dirigen empresas potencialmente contaminantes vayan a ver en el tratado ningún mayor incentivo para cumplir la normativa interna en materia ambiental o laboral (Martin, 2005).

vii. Conclusión

Los mecanismos de controversia Estado-Estado, establecidos por los acuerdos de libre comercio suscritos por Chile, pueden ser un foro en el que se discutan cuestiones relativas a derechos humanos, en tanto supervisarían el cumplimiento de obligaciones en materia laboral y ambiental, o bien pueden ser ámbitos en los que el Estado deba defender la adopción de regulación para el efecto de resguardar los derechos de su población. Sin embargo, estos presentan problemas desde la perspectiva de derechos humanos: el acceso a los MSC para cautelar derechos humanos es reducido y, además, los procedimientos en sí mismos parecen adolecer de reducidas garantías de participación y transparencia, extensos plazos del procedimiento, supeditación de los problemas de derechos humanos a los problemas comerciales, y un poder disuasorio de las sanciones que parece débil o escaso.

b. Inversión y mecanismos de solución de controversia inversionistas-Estado

Otra área de preocupación desde la perspectiva del derecho de los derechos humanos, guarda relación con la protección de la inversión extranjera y los mecanismos de solución de controversia empleados en el contexto de disputas entre los inversionistas y el Estado. Como ya se indicó, los APPI como los TLC establecen disposiciones destinadas a proteger la inversión extranjera. En el caso de Chile, existen 36 APPI actualmente vigentes, mientras que los TLC celebrados con Estados Unidos⁷⁹, Australia, Canadá⁸⁰, Colombia⁸¹, México⁸², Corea⁸³, Centroamérica⁸⁴ y el AAE con Japón⁸⁵, regulan de manera detallada la protección

⁷⁹ TLC Estados Unidos, capítulo 10.

⁸⁰ TLC Canadá, capítulo G.

⁸¹ TLC Colombia, capítulo 9.

⁸² TLC México, capítulo 9.

⁸³ TLC Corea, capítulo 10.

⁸⁴ TLC Centroamérica, capítulo 10 (incorporando al tratado los APPI celebrados con cada uno de los Estados parte).

⁸⁵ AAE Japón, capítulo 8.

de la inversión extranjera. Dichas disposiciones otorgan un alto nivel de protección a la inversión, y facultan a los inversionistas extranjeros a someter disputas relativas a la protección de esta a procedimientos arbitrales de carácter internacional.

El grado de protección a la inversión y los mecanismos de solución de controversia ya han sido objeto de críticas (Wythes, 2010; Van Harten, 2012; Berzero & Horvath, 2013; Van Harten, 2016). Por una parte, estas se fundan en que el amplio grado de protección a la inversión habilitaría a los inversionistas a impugnar acciones regulatorias estatales legítimas, considerándolas expropiatorias. A su vez, ello puede significar que el Estado se verá obligado a pagar altas sumas por concepto de indemnización a un inversionista, fundado en los efectos que su actividad regulatoria tuvo sobre su inversión, lo cual acarrearía un efecto paralizador sobre la actividad regulatoria estatal. Dichas críticas se ven agravadas por el hecho analizado de que los mecanismos arbitrales suelen carecer de suficientes garantías de transparencia.

Los APPI, como también algunos TLC, someten las disputas generadas entre el Estado y los inversionistas a arbitrajes, o bien, a la jurisdicción de los tribunales nacionales del Estado receptor. En el caso de los arbitrajes, estos son generalmente resueltos por paneles arbitrales formados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (CIADI) y son usualmente sometidos a las normas del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (en adelante, el Convenio de Washington), así como también a las normas específicas del APPI o TLC bajo el cual se llevó a cabo la inversión en cuestión.⁸⁶

i. La protección de la inversión en los APPI y TLC celebrados por Chile

En cuanto al nivel de protección otorgado a los inversionistas en los APPI y los capítulos referentes a la inversión contenidos en los TLC, estos alcanzan generalmente el otorgamiento de trato de nación más favorecida y trato nacional, la estipulación de un “nivel mínimo de trato” y la protección contra la expropiación, entre otros.⁸⁷ Por regla general, los TLC incluyen un nivel similar de protección al establecido en los APPI, aunque “en estos instrumentos estas normas se encuentran desarrolladas de forma más completa, con el objetivo de conformar un texto que otorgue más garantías y seguridades al inversionista extranjero y su inversión” (Lopeandía, 2001, p. 19).

El otorgamiento de trato nacional a un inversionista supone la concesión de “un trato no menos favorable que el que [el Estado] otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas”.⁸⁸ Por su parte, el trato de nación más favorecida consiste en otorgar un

⁸⁶ Las materias que específicamente pueden ser sometidas al conocimiento del tribunal arbitral dependerán del tratado en cuestión. Véase: Bijlmakers, 2012, p. 249.

⁸⁷ Así, por ejemplo, también se incluye la prohibición de imponer requisitos de desempeño y asegurar el derecho a realizar las transferencias de manera libre y sin demora.

⁸⁸ APPI Uruguay, art. 3.1.

tratamiento “no menos favorable que el que [el Estado otorga], en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier país”.⁸⁹

En cuanto al “nivel mínimo de trato” dado a los inversionistas, este supone, generalmente, garantizar un “trato justo y equitativo” y otorgar protección y seguridad plena. Esta última garantía consiste en garantizar “el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”.⁹⁰ Por su parte, el trato justo y equitativo bajo el derecho internacional es un concepto cuyo significado preciso no se encuentra completamente determinado (Wythes, 2010). Sin perjuicio de ello, en uno de los casos litigados por Chile ante el CIADI, el tribunal arbitral lo definió como “trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera”.⁹¹ Dicha definición fue complementada por el tribunal arbitral al sostener que el trato justo y equitativo supone:

[...] brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquel cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que este pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes.⁹²

Es interesante destacar que este estándar de protección fue impugnado por la defensa de Chile en dicho procedimiento, argumentando que el mismo imponía un programa de buen gobierno extremo, que no reflejaba verdaderamente el derecho internacional.⁹³ Sin embargo, el panel arbitral de anulación desechó los argumentos del Estado y afirmó que dicho estándar era aplicable,⁹⁴ lo que resultó en un laudo arbitral que ordenó al Estado a pagar cerca de 7 millones de dólares por concepto de indemnización.

En cuanto a dicho estándar, el mismo adolece de una indeterminación en cuanto a su contenido, lo que dificulta determinar a qué “exactamente está obligado un Estado que debe otorgar trato justo y equitativo a las inversiones” (Arrese, 2009, p. 77). El contenido

⁸⁹ *Ibíd*em, art. 4.1.

⁹⁰ *Ibíd*em, art. 5.2, letra b.

⁹¹ MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Caso CIADI N° ARB/01/7, Decisión de Anulación, párr. 70.

⁹² MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Caso CIADI N° ARB/01/7, Decisión de Anulación, párr. 65.

⁹³ *Ibíd*em, párr. 66.

⁹⁴ *Ibíd*em, párrs. 68-71.

asignado por el panel arbitral en el caso mencionado ya ha sido identificado como problemático, en tanto “tal enorme conjunto de deberes crearía problemas incluso al aparato gubernamental de las economías más avanzadas, ni qué decir de las naciones pobres menos desarrolladas” (Peterson, 2009, p. 13).

Por último, la protección contra la expropiación supone que el Estado no llevará a cabo actos constitutivos de expropiación con respecto a la inversión, tanto directa como indirectamente, salvo que esta se encuentre fundada en motivos de utilidad pública, que se realice de forma no discriminatoria, y mediando el pago de una indemnización.

Ahora bien, la protección de un inversionista contra la expropiación no solo se extiende a la expropiación directa, sino también a la llamada expropiación indirecta, esto es, “aquella en que el inversionista conserva el título legal de la propiedad pero ve limitados sus derechos de uso de la propiedad como consecuencia de una interferencia del Estado” (Páez, 2006, p. 8). Esto último incluye aquellas situaciones descritas como expropiación regulatoria, en las que el derecho de propiedad del inversionista se ve afectado por la dictación de regulación en áreas como “el medio ambiente, la salud, la moral, la cultura o la economía” (Páez, 2006, p. 9).

Desde la perspectiva del DIDH, la protección de la inversión frente a la expropiación indirecta y los mecanismos de solución de controversias que la regulan, podrían resultar problemáticos. Lo anterior, dada la posibilidad de que medidas legítimas adoptadas por el Estado para lograr la tutela de los derechos fundamentales sean cuestionadas por un inversionista que considere que han tenido efectos expropiatorios (Bijlmakers, 2012).⁹⁵ Ello supondría que el Estado deberá indemnizar al inversionista supuestamente afectado, aun cuando la acción en cuestión represente el ejercicio legítimo de la facultad del Estado de regular. Así, la doctrina ha planteado que:

[...] el señalar que las Partes no pueden expropiar, directa o indirectamente, una inversión proveniente de otra parte, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación, [puede dar lugar] a una amplísima gama de interpretaciones. Así, cualquier acto regulatorio de carácter ambiental, tributario, administrativo, o de cualquier otro tipo, puede ser interpretado como una expropiación indirecta o una medida equivalente a la expropiación, si tienen el efecto de privar al propietario del uso o del beneficio económico que se esperaría de su inversión [...]” (Rodas, 2005, p. 38).

Para efectos de limitar los riesgos asociados a una lectura amplia de las garantías contra la expropiación indirecta, varios de los tratados celebrados por Chile incluyen disposiciones

⁹⁵ La autora menciona que medidas destinadas a la protección de los derechos humanos y el medio ambiente efectivamente son cuestionadas por inversionistas por medio de estos mecanismos.

que buscan delimitar su alcance y fijar ciertas acciones estatales como medidas regulatorias no compensables. Así, estos tratados suelen incluir cláusulas en sus anexos que establecen criterios específicos para evaluar cuándo una medida efectivamente constituye expropiación indirecta. Al efecto, dichas cláusulas suelen establecer que:

La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso a caso, que considere entre otros factores:

- (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
- (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y
- (iii) el carácter de la acción gubernamental.⁹⁶

Además de ello, algunos de estos tratados incluyen también una cláusula que busca excluir la actividad regulatoria estatal del ámbito de la expropiación indirecta. Dicha cláusula dispone, habitualmente, que: “Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”.⁹⁷

Estas cláusulas no se encuentran incluidas en todos los tratados que regulan la protección de la inversión extranjera. En efecto, los Tratados de Libre Comercio celebrados con Estados Unidos⁹⁸, Australia⁹⁹ y Colombia¹⁰⁰ incluyen ambas cláusulas, mientras que el Acuerdo celebrado con Japón solo incluye la primera de ellas.¹⁰¹ Sin embargo, los TLC celebrados con Canadá, México y Corea no contienen ninguna cláusula de esta clase, dejando la determinación del alcance de la expropiación indirecta enteramente en manos de los paneles arbitrales. Por su parte, salvo el APPI celebrado con Uruguay, los demás Acuerdos de Protección de la Inversión tampoco incluyen cláusulas de esta clase.

Tanto en los casos en que se hayan adoptado dichas cláusulas como en aquellos en que los tratados omitan cualquier referencia a las mismas, la determinación de si una medida constituye expropiación indirecta o no, quedará en manos de un panel arbitral internacional. Como algunos autores han señalado, “la línea entre el concepto de

⁹⁶ TLC Estados Unidos, Anexo 10-D, numeral 4, letra (a).

⁹⁷ TLC Estados Unidos, Anexo 10-D, numeral 4, letra (b).

⁹⁸ TLC Estados Unidos, Anexo 10-D.

⁹⁹ TLC Australia, Anexo 10-B.

¹⁰⁰ TLC Colombia, Anexo 9-C.

¹⁰¹ AAE Japón, Anexo 9.

expropiación indirecta y medidas gubernamentales regulatorias no compensables no ha sido sistemáticamente articulada” (OECD, 2004, p. 22).¹⁰² Así, las decisiones arbitrales del CIADI sobre dicha materia muestran una amplia gama de criterios a ser considerados al momento de evaluar dichas medidas (Páez, 2006).

Finalmente, la pregunta central es si acaso las medidas adoptadas específicamente para dar protección a los derechos humanos cabrán dentro del concepto de medidas regulatorias no compensables de acuerdo a la jurisprudencia de dichos órganos arbitrales. En efecto, desde hace algunos años, los Estados han comenzado a esgrimir argumentos fundados en sus obligaciones en materia de derechos humanos en el contexto de arbitrajes entre inversionistas y Estado (Peterson, 2009).¹⁰³ Al respecto, Karamanian sostiene que los tribunales arbitrales han dado un trato dispar y poco sistemático a los derechos humanos en el contexto de disputas entre inversionistas y Estados, cuestión que se ve agravada por la falta de publicidad y transparencia en estos procedimientos arbitrales (Karamanian, 2013). Por otra parte, ese trato dispar y poco sistemático dificulta también la estabilización de estándares que permita evaluar las medidas de manera más integral y conforme a los principios internacionales, como el pro homine y el de la buena fe.

ii. *Los mecanismos de solución de controversia entre inversionistas y Estado en los APPI y TLC y las tensiones con los derechos humanos*

Los mecanismos de solución de controversia entre inversionistas y Estado generan preocupación desde los derechos humanos en tanto suelen carecer de suficientes medidas de transparencia en cuanto a su funcionamiento y sus decisiones. En efecto, el Convenio de Washington no contempla normas específicas sobre la confidencialidad de los procedimientos. Sin embargo, los tratados de protección de la inversión o los tratados de libre comercio bajo los cuales se plantea el conflicto, regularían dicha materia. Asimismo, si no existen disposiciones convencionales al respecto, las Partes pueden acordar que el procedimiento tenga el carácter de confidencial. Por último, las Partes pueden dejar la decisión de si acaso los procedimientos serán confidenciales o no en manos del tribunal arbitral (ICSID, 2016). En definitiva, los procedimientos arbitrales pueden llegar a desarrollarse de forma confidencial, sin que las decisiones sobre el mismo –incluyendo los criterios sobre los cuales se basó y los montos de las compensaciones otorgadas– llegarían a ser conocidas por el público.

En el caso de Chile, los TLC celebrados con Estados Unidos, Australia y Colombia regulan de manera detallada el establecimiento de garantías de transparencia en la tramitación de procedimientos arbitrales entre inversionistas y el Estado.¹⁰⁴ Así, por ejemplo, el TLC

¹⁰² Traducción propia.

¹⁰³ Asimismo, véase: Continental Casualty Company contra la República Argentina, Caso CIADI N° ARB/03/9.

¹⁰⁴ Cabe destacar que los TLC celebrados con Estados Unidos, Australia (art. 10.20) y Colombia (art. 9.20), así como también el APPI celebrado con Uruguay (art. 21), incluyen también disposiciones que permiten la

celebrado con Estados Unidos dispone en su artículo 10.20 una serie de medidas destinadas a establecer la transparencia de ciertas actuaciones arbitrales, incluida la publicación de las notificaciones de intención y arbitraje, los escritos presentados durante la misma, así como también los laudos y órdenes emitidas por el panel arbitral.¹⁰⁵

Asimismo, dicho artículo dispone en su subsección 2 la publicidad de las audiencias celebradas en el contexto del arbitraje,¹⁰⁶ mientras que la subsección 5 de dicho artículo dispone también que “nada de lo dispuesto en esta Sección autoriza al demandado a negarle acceso al público a información que, de acuerdo a su legislación, debe ser divulgada”.

Si bien esta clase de disposiciones se incluyen también en los TLC celebrados con Australia¹⁰⁷ y Colombia¹⁰⁸, así como también en el APPI celebrado con Uruguay¹⁰⁹, los restantes APPI y TLC que regulan la inversión extranjera no incluyen disposiciones que garanticen la transparencia de los procedimientos arbitrales, quedando ello en manos del tribunal o de un eventual acuerdo de las Partes.¹¹⁰ Ello significa que la mayoría de los tratados celebrados por Chile no incluyen disposiciones que garanticen la publicidad y transparencia de los procedimientos arbitrales entre inversionistas y Estado.

participación en estos procedimientos arbitrales de terceros en calidad de *amicus curiae*. Así, el TLC celebrado con Estados Unidos dispone en su art. 10.19 que:

“3. El Tribunal estará facultado para aceptar y considerar informes *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente (“el titular del informe”). Dichos informes deberán hacerse en español e inglés y deberán identificar al titular del informe y cualquier Parte u otro gobierno, persona u organización, aparte del titular del informe, que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación del informe”.

Si bien esta no es propiamente una medida de transparencia, vale la pena mencionarla en tanto puede habilitar a la participación de terceros en dichos procedimientos.

¹⁰⁵ Al respecto, el TLC con Estados Unidos señala que: “Con sujeción a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregarán con prontitud a la Parte no contendiente y los pondrán a disposición del público:

- (a) la notificación de intención a que se refiere el art. 10.15(4);
- (b) la notificación de arbitraje a que se refiere el art. 10.15(6);
- (c) los alegatos, escritos de demanda y expedientes presentados al Tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el art. 10.19(2) y (3) y el art. 10.24;
- (d) las actas o transcripciones de las audiencias del Tribunal, cuando estén disponibles; y
- (e) las órdenes, fallos y laudos del Tribunal”.

¹⁰⁶ El TLC específicamente señala: “El Tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las Partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información comercial confidencial o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de una Parte, deberá informarlo al Tribunal. El Tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación”.

¹⁰⁷ TLC Australia, art. 10.22.

¹⁰⁸ TLC Colombia, art. 9.21.

¹⁰⁹ APPI Uruguay, art. 22.

¹¹⁰ El Anexo 10.41.4 del TLC celebrado con Corea faculta a hacer público el laudo.

Esto genera una serie de problemas desde la perspectiva de los derechos humanos. Primero, el hecho que las decisiones de los órganos arbitrales no sean públicas provoca “incerteza sobre los límites de su autonomía regulatoria” (Bijlmakers, 2012, p. 261). Así, si no es posible conocer la jurisprudencia de los órganos arbitrales en relación con, por ejemplo, el alcance del concepto de expropiación indirecta y los límites de la actividad regulatoria no compensable, resulta más difícil para el Estado anticipar la posibilidad de que una medida regulatoria sea exitosamente impugnada por un inversionista afectado.

Adicionalmente, el hecho que las decisiones arbitrales puedan tener carácter confidencial genera tensiones también desde la perspectiva del deber del Estado de garantizar el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información pública. En concreto, un procedimiento arbitral puede buscar cuestionar una medida regulatoria adoptada por el Estado, lo cual constituye un asunto de interés público. Estas materias caen precisamente dentro del alcance del derecho al acceso a la información pública (Bijlmakers, 2012), pues el desarrollo de procedimientos confidenciales para decidir sobre materias de interés público llegaría a ser contrario a las obligaciones del Estado en relación con la garantía de este derecho.

Por último, estos mecanismos de solución de controversias generarían tensiones con el derecho a la igualdad, especialmente en lo que respecta a la garantía del acceso a la justicia. Lo anterior en tanto dichos mecanismos habilitan a particulares –personas jurídicas o naturales– a acceder a mecanismos de adjudicación internacionales a los que los ciudadanos del Estado normalmente no tendrán acceso. En este punto, cabe subrayar las observaciones ya citadas de los cinco relatores especiales y dos expertos de las Naciones Unidas en cuanto a que su mayor preocupación respecto del TPP es la que dice relación con los sistemas de resolución de controversias entre los inversores y Estados previstos en el TPP, los que por su composición y procedimientos, a su juicio, “parecen no cumplir con las garantías del derecho a un recurso efectivo, a un juicio imparcial y debido proceso”, cuestión que sostienen resulta especialmente compleja para grupos tales como los pueblos indígenas, a quienes en la práctica se les niega el derecho a proteger sus derechos ante estas instancias. En relación a los mismos mecanismos de solución de controversia, los relatores especiales advierten que las disputas pueden ser presentadas “cuando una parte considera que un beneficio que razonablemente pudiera haber esperado recibir” bajo varios capítulos del TPP, sea “anulado o menoscabado como resultado de la aplicación de una medida de otra de las Partes que no es inconsistente con el Tratado”. Tales disposiciones, a juicio de estos RE, “podrían permitir que políticas públicas de los Estados, adoptadas con el fin de proteger y promover los derechos humanos, puedan ser puestas en cuestión”. Todo ello, argumentan, generaría un efecto paralizador de la acción de los gobiernos a través de legislación o de la implementación de políticas públicas orientadas a la materialización de los derechos humanos.¹¹¹

¹¹¹ <http://www.fundacionconstituyentexxi.cl/?p=751>

iii. Conclusión

En definitiva, la protección de la inversión y los mecanismos de solución de controversia establecidos en acuerdos comerciales internacionales, incluyendo los Tratados de Libre Comercio, y los Acuerdos de Asociación y Acuerdos de Protección de la Inversión, generarían tensiones con los derechos humanos. En particular, la protección de la propiedad de los inversionistas produciría colisiones con la facultad del Estado de adoptar regulación para efectos de tutelar los derechos fundamentales; que, como se ha señalado, es un inconveniente que enfrentan todos los tratados internacionales, cualquiera sea su naturaleza, pues todos ellos pueden implicar una restricción a las facultades regulatorias de los Estados. En este punto es clave destacar que solo algunos de los tratados celebrados por Chile han adoptado cláusulas que busquen excluir las medidas regulatorias legítimas del ámbito de la expropiación indirecta.

Por otra parte, los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estado ya han sido objeto de críticas en función de la falta de transparencia de la que adolecen sus procedimientos. Si bien algunos de los tratados celebrados por Chile han incluido disposiciones que buscan establecer procedimientos arbitrales públicos y transparentes, este no es el caso en la mayoría de acuerdos actualmente vigentes. Lo anterior llegaría a resultar contrario a las obligaciones del Estado en cuanto a la garantía del acceso a la información pública. Por último, estos mecanismos de solución de controversia también pueden llegar a generar tensiones con otros derechos.

III. OBSERVACIONES FINALES

El análisis normativo de los Tratados de Libre Comercio, Acuerdos de Asociación y Acuerdos de Protección de la Inversión, da luces sobre la existencia tanto de posibles conflictos como de oportunidades desde la perspectiva de los derechos humanos.

Un aspecto positivo es que los TLC han comenzado a emplear, en parte al menos, el lenguaje de los derechos humanos. Es el caso analizado del Acuerdo de Asociación celebrado con la Unión Europea. Asimismo, algunos de estos tratados incluyen también disposiciones sustantivas orientadas a dar protección a ciertos derechos, como aquellos vinculados con el trabajo y el medio ambiente. Esto representa una oportunidad en la medida que constituirían herramientas útiles para que el Estado y la sociedad civil organizada, fomenten una mayor y mejor protección de los derechos humanos a través de estos instrumentos. Para esto, resulta esencial que el Estado aproveche al máximo los mecanismos de cooperación internacional adoptados en el contexto de estos tratados.

Con todo, la inclusión de menciones expresas al respeto y promoción de los derechos humanos en el objeto y fin de los TLC y AA sigue siendo minoritaria: el AA celebrado con la Unión Europea es el único caso que incluye los derechos humanos en el objeto y fin del mismo. Lo anterior deja entrever la pasividad del Estado chileno en esta materia. La completa ausencia de menciones a esta materia en los demás TLC celebrados por Chile indica que, a nivel nacional, las políticas en materia de comercio y aquellas orientadas al cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos se han desarrollado de manera independiente y sin reconocer los puntos de contacto y tensiones que existen entre ambas.

Lo anterior es preocupante en tanto indica que el Estado no ha adoptado medidas que prevean posibles conflictos entre ambos cuerpos normativos y se adopten medidas para resolverlos o mitigar sus efectos. Ello representa un alejamiento de los estándares internacionales sobre la materia, según los cuales el Estado debe actuar con la debida diligencia para identificar y resolver los conflictos entre sus normas de comercio y sus obligaciones derivadas del DIDH.

En efecto, del texto de los tratados examinados en el presente informe, se observó la falta de incorporación de medidas que busquen preservar la facultad del Estado de ejercer su función regulatoria para los efectos de tutelar los derechos humanos, cuestión que no ha sido abordada de manera general y que se echa de menos en todos los tratados internacionales, cualquiera sea su naturaleza. Así, como se examinó, no se han incluido cláusulas entre las excepciones generales contenidas en dichos tratados que permitan tutelar específicamente la facultad de dictar regulación en el ámbito de los derechos humanos. Ello significa que, ante eventuales conflictos, el Estado deberá intentar subsumir sus acciones en las causales existentes, como la protección de la vida, la salud o

el orden público. El mismo ACNUDH ha llamado la atención sobre los riesgos de esta práctica, en particular, en tanto no existe claridad de que dichas causales sean suficientemente amplias para abarcar toda clase de medidas adoptadas en virtud de obligaciones derivadas del DIDH.

Otra de las debilidades identificadas en el presente informe es la supeditación de potenciales aspectos positivos para el desarrollo de los derechos humanos –como las disposiciones sobre derecho laboral y medio ambiente– a los objetivos comerciales. Así, los compromisos adoptados en estas áreas en los TLC actualmente vigentes, no tienen el mismo carácter vinculante que el resto de las obligaciones en materias comerciales y de inversión. Ello reduce de manera importante el potencial de dichas disposiciones para constituirse en un verdadero aporte al goce de los derechos humanos. Sin embargo, también es cierto que los Estados deben cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales y, por tanto, aquellas contraídas en virtud de los TLC deben interpretarse de manera que sean compatibles con aquellas que se derivan de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En esta misma línea, este informe también ha constatado un déficit en la normativa examinada en cuanto a las posibilidades de participación ciudadana y, en general, de las medidas de transparencia, tanto en las instancias de cooperación, en la implementación general de los tratados, como también en el contexto de los mecanismos de solución de controversia. Lo anterior resulta preocupante, en tanto las materias objeto de estos tratados involucran asuntos de interés público, los cuales quedan cubiertos por el derecho al acceso a la información que el Estado debe respetar y garantizar en función de sus obligaciones bajo el DIDH.

Los problemas antes descritos son particularmente agudos en el ámbito de la protección de la inversión, tanto por la vía de los APPI como de los respectivos capítulos incluidos en los TLC. Como ya se indicó antes, existen escasas disposiciones en dichos tratados tendientes a prevenir el cuestionamiento, por parte de inversionistas extranjeros, de medidas regulatorias legítimamente adoptadas con el objeto de tutelar los derechos humanos. Solo algunos de los tratados bajo análisis han previsto la inclusión de cláusulas que permitan proteger la potestad del Estado en materia regulatoria, las que dicen relación específicamente con la limitación del alcance del concepto de expropiación indirecta. Si bien estas disposiciones representan un avance, las mismas han sido incluidas en una porción menor de los tratados celebrados por Chile.

IV. RECOMENDACIONES

Recomendamos al Estado que, previo a la suscripción de acuerdos comerciales internacionales, se generen mecanismos que permitan la participación de la ciudadanía en general, incluyendo los sectores potencialmente afectados por las inversiones que estos puedan originar, en igualdad de condiciones que otros sectores interesados.

Igualmente, recomendamos al Estado que, en la negociación de estos acuerdos comerciales, y de conformidad con los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, se evite la introducción de cláusulas que, directa o indirectamente, limiten las capacidades de los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Previo a su suscripción, y en cualquier evento antes de su ratificación, se sugiere la realización de un estudio de evaluación de impacto que identifique los potenciales y futuros efectos que estos acuerdos tendrían en los derechos humanos, de modo de que se adopten las medidas que permitan evitar dichos impactos.

En este contexto, proponemos elaborar un convenio con la DIRECON del Ministerio de Relaciones Exteriores, con el objetivo de elaborar un estudio de impacto de las distintas normas de los acuerdos comerciales que puedan tensionar el respecto y promoción de los DDHH. Se contará así con una base objetiva para la evaluación oportuna de los futuros acuerdos comerciales que establezca el país, así como las modificaciones que se busquen incorporar en los existentes.

En caso de que estos acuerdos comerciales contengan disposiciones que sean susceptibles de generar afectación directa a los pueblos indígenas, que los mismos sean, de acuerdo al derecho internacional aplicable, sometidos a un proceso de consulta en forma previa a su ratificación.

ANEXO 1: LISTADO DE ABREVIACIONES

AA	Acuerdo de Asociación
AAE	Acuerdo de Asociación Económica
ACNUDH u OHCHR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
APPI	Acuerdo de Promoción y Protección de la Inversión
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIADI o ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIDH	Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos
Comité de Derechos Humanos	Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que supervisa la aplicación del PIDCP
Comité DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que supervisa la aplicación del PIDESC
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIRECON	Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile
EFTA	Asociación Europea de Libre Comercio que incluye a Suiza, Noruega e Islandia
MERCOSUR	Mercado Común del Sur entre Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela y Bolivia (en proceso de adhesión)
OEA	Organización de Estados Americanos
OECD u OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OIT o ILO	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio

ONU o NU	Organización de Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
P4	Acuerdo Estratégico Transpacífico que incluye a Brunei Darussalam, Nueva Zelanda y Singapur
TLC	Tratado de Libre Comercio
UE	Unión Europea

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUDH (2001). *Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*.
- ACNUDH (2005). *Los Derechos Humanos y los Acuerdos Comerciales Mundiales. Las cláusulas de excepción general como medio para proteger los derechos humanos*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.
- ACNUDH (2 de junio de 2015). *UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights*. Recuperado el 20 de enero de 2016, de ACNUDH:
<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031>
- Aguilar, G. & Alfaro, J. (2015). Los recursos naturales de los pueblos indígenas y las empresas: estándares interamericanos y jurisprudencia chilena. *Anuario de Derechos Humanos* (11), 183-193.
- Arrese, D. (2009). *Modelo Chileno de Tratados sobre Inversión. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Aylwin, J. (Ed.) (2004). *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas / Universidad de La Frontera.
- Aylwin, J., Gómez, M. & Vittor, L. (2016). *El TPP y los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*. Lima: IWGIA.
- Baldwin, R. (2014). Multilateralising 21st century regionalism. *Global Forum on Trade. Reconciling Regionalism and multilateralism in a post-Bali world*. París: OECD.
- Bartels, L. (2014). *A Model Human Rights Clause for the EU's International Trade Agreements*. Berlin: German Institute for Human Rights.
- Berzero, R. & Horvath, G. (2013). Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma. *Transnational Dispute Management*, 4.
- Biblioteca del Congreso Nacional (s.f.). *Acuerdo de Asociación Económica entre Chile – UE y sus Cláusulas Evolutivas*. Recuperado el 28 de diciembre de 2015, de http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/13659/1/93681_Informe-GRID_-ACUERDO-ASOCIACION-CHILE-UE-Y-SUS.doc
- Bijlmakers, S. (2012). Effects of foreign direct investment arbitration on a state's regulatory autonomy involving the public interest. *The American Review of International Arbitration*, 23(2), 245-266.
- Braunschweig, T., Meinebeg, F., Pionetti, C., Shashikant, S. & Dommen, C. (2014). *Owning Seeds, Accessing Food, A Human Rights impact Assessment of UPOV 1991 Based on Case Studies in Kenya, Peru and the Philippines*. Zurich: The Berne Declaration.
- CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Washington D.C.: OEA.

- Cordero, J. & Escobar, I. (2006). *El respeto de los derechos laborales en el ámbito del comercio internacional. Memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Delegación de la Unión Europea en Chile (2016). *La política comercial de Chile*. Recuperado el 20 de enero de 2016, de http://eeas.europa.eu/delegations/chile/eu_chile/trade_relation/chile_political_relation/index_es.htm
- DIRECON (2013). *Glosario de comercio internacional y definiciones contenidas en los acuerdos comerciales*. Recuperado el 23 de diciembre de 2015, de <http://direcon.gob.cl/glosario>
- Dolle, T. (2015). Human Rights Clauses in EU Trade Agreements: The New Strategy in Free Trade Agreement Negotiations Focuses on Human Rights - Advantages and Disadvantages. En N. Weib & J.-M. Thouvenin (Edits.), *The influence of Human Rights on International Law*, 213-228. Springer International Publishing Switzerland.
- Egaña, J. (2010). El Linkage y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. En AmCham, *La Propiedad Intelectual en Chile y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Serie de Estudios Técnicos N°2*, 35-44. Santiago de Chile: AmCham.
- El Mostrador (5 de octubre de 2015). *Firma del TPP: gobierno celebra y organizaciones ciudadanas se declaran en pie de guerra*. Recuperado el 20 de enero de 2016, de <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/10/05/firma-del-tpp-gobierno-celebra-y-organizaciones-ciudadanas-se-declaran-en-pie-de-guerra/>
- González Muñoz, R. & Rojo, R. (2008). Acuerdos internacionales en materia de inversión: las implicancias para la soberanía nacional. *Nomos* (1), 107-120.
- Goode, W. (2007). Third-generation free trade agreements. En *Dictionary of Trade Policy Terms*. Centre for International Economic Studies, World Trade Organization.
- Hachez, N. (2015). *'Essential Elements' clauses in EU Trade Agreement Making Trade Work in a Way that Helps Human Rights?* Leuven Centre for Global Governance Studies. Lovaina, Bélgica: KU Leuven.
- Herdegen, M. (2012). *Derecho Económico Internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario y Fundación Konrad Adenauer.
- ICSID (2016). *Confidentiality and Transparency. ICSID Convention Arbitration*. Recuperado el 26 de enero de 2016, de <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/process/Pages/Confidentiality-and-Transparency.aspx>
- INDH (2013). *Informe Anual 2013. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile: Autor.
- INDH (2015). *Informe Anual 2015. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile: Autor.
- Karamanian, S. (2013). The place of human rights in investor-state arbitration. *Lewis & Clark Law Review*, 17(2), 423-447.

- Leyton, P. (2005). Aspectos ambientales del Tratado de Libre Comercio EE.UU.-Chile: dos pasos adelante, un paso atrás, pero un gran paso atrás. *Revista de Derecho Ambiental* (2), 123-140.
- Lopeandía, F. (2001). *Informe Marco Jurídico Nacional e Internacional sobre Inversión Extranjera Directa en Chile*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Martin, S. (2005). Labor Obligations in the U.S.-Chile Free Trade Agreement. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 25(2), 201-226.
- Observatorio Ciudadano (2015). *Los impactos de las empresas en los derechos humanos del pueblo mapuche en Chile*. Temuco-Santiago de Chile: Autor.
- OECD (2004). Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law. En *OECD Working Papers on International Investment* (Vol. 4). OECD Publishing.
- OIT (2016). *Free Trade Agreements and Labour Rights*. Recuperado el 16 de enero de 2016, de OIT: <http://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/free-trade-agreements-and-labour-rights/lang--en/index.htm>
- OMC (2006). *Licencias obligatorias de productos farmacéuticos y ADPIC*. Recuperado el 6 de enero de 2016, de OMC: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/public_health_faq_s.htm
- OMC (2016). *Regionalism: friends or rivals?* Recuperado el 23 de enero de 2016, de https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm
- Páez, M. (2006). La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. *Revista de Estudios Internacionales*, 39(153), 5-36.
- Peterson, L. (2009). *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*. Quebec: Derechos y Democracia.
- Pezzano, L. (2014). Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 30, 303-346.
- PNUMA & IIDS (2001). *Manual de Medio Ambiente y Comercio*. Canadá: Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable.
- Rodas, M. (2005). Los regímenes de la inversión extranjera directa y sus regulaciones ambientales en México y Chile. En *Serie Estudios y Perspectivas* (Vol. 27). México D.F.: CEPAL, Unidad Industrial.
- Rodríguez Perozo, N. (diciembre de 2011). El Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y las Normas ADPIC Plus. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (1), 77-109.
- Roffe, P. & Santa Cruz, M. (2006). Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados. En *Serie Comercio Internacional* (Vol. 70). Santiago de Chile: CEPAL, División de Comercio Internacional e Integración.

- Tecklin, D., Bauer, C. & Prieto, M. (2011). Making environmental law for the market: the emergence, character and implications of Chile's environmental regime. *Environmental Politics*, 20(6), 879-898.
- Tsui, M. (2011). Access to medicine and the dangers of patent linkage: lessons from Bayer Corp v. Union of India. *Journal of Law and Medicine*, 18(3), 577-588.
- Van Harten, G. (2012). Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication. An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration. *Osgoode Hall Law Journal*, 50(1), 211-268.
- Van Harten, G. (2016). Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration. *Osgoode Hall Law Journal*, 53(2), 540-586.
- Wythes, A. (2010). Investor-State Arbitrations: Can the 'Fair and Equitable Treatment' Clause Consider International Human Rights Obligations? *Leiden Journal of International Law*, 23(01), 241-256.
- Zachary, D. (2009). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press.