

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO RATIFICADOS POR CHILE

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

RODRIGO BUSTOS BOTTAI

JAIME GAJARDO FALCÓN

Profesor Guía: José Zalaquett Daher

Santiago, Chile 2004

INTRODUCCIÓN . .	5
CAPÍTULO I . .	8
Marco actual de los derechos, económicos, sociales y culturales . .	9
1.1. Evolución de los derechos humanos. . .	9
1.2. Textos jurídicos internacionales que consagran los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio del pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Revisión de los derechos consagrados en el PIDESC. . .	11
1.3. Análisis de la normativa vigente en Chile referente a derechos económicos, sociales y culturales. . .	16
1.4. Fundamentación de los derechos humanos en general y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular. . .	21
1.5. Estructura jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos civiles y políticos. . .	26
1.6. Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales . .	32
CAPITULO II: . .	36
La política económica de Chile y los Tratados de Libre Comercio . .	37
2.1. Algunas consideraciones acerca de la política económica de Chile . .	37
2.2. Los tratados de libre comercio dentro de la política económica de Chile . .	40
2.3. <u>Procesos de Negociación de los tratados de libre comercio de Chile con Canadá, la Unión Europea y Estados Unidos.</u> . .	43
Distintas clases de tratados comerciales . .	46
. Los Tratados de Libre Comercio y sus efectos en los derechos económicos, sociales y culturales . .	48
CAPITULO III . .	49
Normas de los Tratados de Libre Comercio que contengan derechos económicos, sociales y culturales . .	50
3.1. Consideraciones Previas . .	50
3.2. Análisis de las normas medio ambientales contenidas en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile ¹⁴⁰ . .	54
3.2.1. Motivos de la incorporación de normas medio ambientales en los acuerdos comerciales. . .	54
3.2.2. Normas ambientales en los TLCs suscritos por Chile con Canadá y EE.UU. . .	55
3.2.3. Normas ambientales en el Acuerdo de Cooperación Social y Económica entre Chile y la Unión Europea. . .	62
3.3. Análisis de las normas laborales contenidas en los tratados de Libre Comercio firmados por Chile . .	63
3.3.1. Declaración de compromiso compartido . .	64
3.3.2. Fiscalización de la legislación laboral . .	67
3.3.3. Garantías procesales e información pública . .	70
3.3.4 Consejo de Asuntos Laborales . .	73
3.3.5 Mecanismo de Cooperación Laboral . .	74
3.3.6. Consultas Cooperativas . .	75
3.3.7. Lista de árbitros laborales . .	76

3.4 Referencias a otros derechos económicos, sociales y culturales contemplados en los tratados comerciales suscritos por Chile . .	76
Capítulo IV: . .	79
“Los Tratados de Libre Comercio firmados por Chile y su incidencia en los derechos económicos, sociales y culturales” . .	80
4.1. Las normas de protección a las inversiones y el principio de progresividad consagrado en el PIDESC. . .	82
4.2. Análisis del impacto en los derechos económicos, sociales y culturales de las normas de protección de las inversiones contenidas en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile. . .	88
4.2.1. Consideraciones generales acerca de las normas sobre protección a las inversiones. . .	88
4.2.2. Trato nacional y trato de nación más favorecida. . .	90
4.2.3. El nivel internacional mínimo de trato. . .	91
4.2.4. Las prohibiciones sobre requisitos de desempeño. . .	92
4.2.5. Prohibiciones de expropiación. . .	93
4.3. Algunas consideraciones acerca de los mecanismos de solución de controversias establecidos en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile. . .	94
Estructura general de los mecanismos de solución de controversias. . .	95
Principales fases de los procedimientos de solución de controversias. . .	95
4.3.3. ¿Principio de la Publicidad o del Secreto en los mecanismos de solución de controversias? . .	96
4.3.4. Posibilidad de Intervención de la ciudadanía en los juicios sobre inversiones . .	97
CAPÍTULO V . .	98
CONCLUSIONES . .	99
BIBLIOGRAFÍA . .	104
LIBROS CONSULTADOS . .	104
ARTICULOS CONSULTADOS . .	106
ACUERDOS INTERNACIONALES Y LEGISLACION CONSULTADA . .	108
DIRECCIONES ELECTRÓNICAS CONSULTADAS . .	109
ANEXOS . .	111

INTRODUCCIÓN

Tanto en el ámbito de la teoría, como de la práctica de los derechos humanos, muchos han sido los avances producidos en los últimos dos siglos, acentuándose después de la Segunda Guerra Mundial y la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Así, en plano formal, durante la segunda parte del siglo XX, se han sucedido las declaraciones y tratados de derechos humanos, se ha consagrado la jurisdicción universal para conocer violaciones a los derechos fundamentales y ha existido una incorporación paulatina de las normas internacionales sobre estas materias a las legislaciones nacionales.

Los derechos humanos logran reconocimiento y eficacia durante el siglo XX debido a la internacionalización que realizan los estados, gracias a la labor realizada por la sociedad civil y en particular los movimientos de derechos humanos.

Para las sociedades civiles occidentales y en particular para las latinoamericanas, luego de las dictaduras militares que sufrieron sus países en la segunda mitad del siglo XX los derechos humanos no podían depender de las alternativas de poder, de mayorías o de minorías, ni siquiera de las circunstancias de guerra, de revolución o de anarquía, al menos en su esencia y reconocimiento.

Sin embargo, esta evolución se ha dado en forma desigual dependiendo de la clase de los derechos humanos de que se trata. En efecto, lo mencionado anteriormente se aplica en mayor medida tratándose de los Derechos Civiles y Políticos¹, no siendo igual respecto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales². Respecto de estos últimos derechos, han existido básicamente dos visiones consagradas en torno a su naturaleza y a su relación con los derechos civiles, junto a una tercera posición que se encuentra en construcción teórica y práctica. Algunos autores³, entienden que los derechos sociales no tienen diferencias con los derechos civiles, ni en lo relacionado a su naturaleza, ni en lo referente a la posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales para exigir su cumplimiento. En cambio, otro sector de la doctrina⁴ los conceptualiza como simples declaraciones programáticas, como manifestaciones de buenas intenciones de los Estados hacia los individuos, dejando a la discreción de los gobiernos su efectiva exigibilidad.

Una tercera posición, la sostienen principalmente Víctor Abramovich y Christian Courtis, quienes expresan que “la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que

¹ En adelante, DCP.

² En adelante, DESC.

³ Louis Favoreu, plantea que no se deben hacer diferencias entre los derechos fundamentales que se encuentren debidamente consagrados en la Constitución de un país. Ver Favoreu, Louis. “La Notion de Cour Constitutionnelle”, Perspectivas Constitucionales, Editorial Coimbra, 1998, pp. 25-59.

⁴ Cfr. Cea Egaña, José Luis, Tratado de la Constitución de 1980: características generales: garantías constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, p. 317.

lo caractericen”⁵. De esta forma, identificar a un derecho en particular en el grupo de los DCP o de los DESC, es resultado de un convencionalismo.

Si analizamos el recorrido histórico de los derechos humanos podemos ver que la consagración de los DESC, esta intrínsecamente ligado a la concepción del modelo de Estado social, el cual surge como crítica al modelo del derecho privado clásico⁶. En el derecho privado clásico, se excluye al estado de la posibilidad de tomar decisiones que desplacen a las decisiones individuales o que tengan incidencia sobre bienes afectos a una opción individual.

Justamente lo que se intenta con la consagración de los DESC, es crear un modelo de Estado social que pueda corregir lo que se consideran disfunciones del modelo de derecho privado clásico. En este modelo, se intenta mirar el derecho privado clásico desde una perspectiva crítica, usando como principio la idea de justicia distributiva, para lo cual se permite la intervención estatal en el funcionamiento del mercado, cuando este no garantice resultados aceptables.

Los DESC surgen de manera aislada a lo largo del siglo XIX, principalmente como una forma de realizar el principio de igualdad, con mayor énfasis en los procesos revolucionarios de 1848. Será hasta los primeros años del siglo XX, especialmente a partir de las Constituciones mexicana de 1917, de la República de Weimar de 1919 y junto a la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1917.

Sin embargo, aún en los ordenamientos jurídicos nacionales existen notables diferencias en cuanto a la regulación de los que se han denominado DESC, en comparación a la de los DCP. Estas diferencias se expresan principalmente en la posibilidad que tiene la sociedad civil para exigir el cumplimiento de estos derechos por parte de los órganos de la administración del Estado.

Por otro lado, junto con la consagración en tratados internacionales y su reconocimiento constitucional, se ha creado toda una normativa en el plano legal para regular estos derechos. En muchos casos, ello se ha realizado incorporando a nivel interno las normas internacionales que han suscrito los diferentes Estados.

Sin embargo, en nuestro país esta incorporación sigue siendo una tarea pendiente en varias materias. Así, por nombrar un ejemplo, muchas de las normas que se encuentran en los tratados de la OIT, que han sido suscritos por Chile, aún no han sido recepcionadas adecuadamente por la legislación nacional o no se han producido las debidas modificaciones legales para ello.

Con la suscripción de tratados bilaterales de libre comercio, que incorporan normas sobre derechos económicos, sociales y culturales, se abre un nuevo marco de análisis de los mismos. Dichas disposiciones pueden constituir cambios de relevancia respecto a la legislación interna y son, por ello, de gran importancia práctica. La presente memoria pretende abocarse especialmente al análisis de las disposiciones de algunos tratados de libre comercio ratificados por Chile, que se refieren a normas que regulan los derechos económicos, sociales y culturales, como también a la revisión de efectos indirectos que puedan producirse en relación a estos derechos.

En el primer capítulo haremos un recuento de las posiciones doctrinarias existentes acerca de los temas más discutidos en relación a esta clase de derechos, tales como su fundamento, estructura jurídica, y justiciabilidad. Además se realizará una descripción la evolución de los

⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 27.

⁶ “El modelo del Estado social (o modelo del derecho ligado al Estado social) surgió de la crítica reformista al derecho formal burgués”. Habermas, Jürgen. Factibilidad y validez, Fondo de cultura económica, México, 2001, p. 483.

derechos humanos y se analizará la normativa existente en el Derecho Internacional y en nuestro ordenamiento interno.

En el capítulo segundo, veremos los procesos de negociación que existieron en los tratados comerciales que celebraron Chile con Canadá, la Unión Europea y los Estados Unidos, los cuales serán el objeto de nuestro estudio. Posteriormente, haremos una mención a los fundamentos que presentó el gobierno chileno para alcanzar estos acuerdos y a las principales críticas formuladas a los mismos, para luego examinar en profundidad los efectos que los tratados de libre comercio han producido o pudieran en el futuro llegar a producir, en los derechos económicos, sociales y culturales. Esto último, que se introducirá en la parte final del capítulo segundo, se desarrollará en los capítulos tercero y cuarto.

En el capítulo tercero, se hará una revisión de las normas que regulan derechos económicos, sociales y culturales contenidos en los tratados de libre comercio mencionados con anterioridad. La parte principal de este capítulo consistirá en un análisis de las normas laborales y medio ambientales, ya que en los acuerdos comerciales objeto de nuestro estudio las principales normas acerca de DESC recaen sobre estas materias, como consecuencia de la finalidad de evitar los denominados dumping social y ambiental.

En seguida, en el capítulo cuarto, nos abocaremos a examinar otros efectos indirectos de los instrumentos en cuestión que repercuten en los derechos económicos, sociales y culturales. Esta parte del trabajo se desarrollará revisando en particular la incidencia de las normas referentes a la inversión extranjera y su relación con las normas que consagran DESC, teniendo especialmente en consideración el principio de progresividad consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷. Por último, analizaremos los mecanismos de solución de conflictos existentes en los tratados, ya que ellos constituyen una novedad importante en acuerdos comerciales celebrados por Chile y pueden llegar a tener efectos de relevancia para los derechos económicos, sociales y culturales.

A modo de conclusión del trabajo, nos proponemos identificar cuáles son las posibles interpretaciones, modificaciones legislativas e incluso cambios culturales, que pueden ser necesarios para que estos derechos en la práctica no sean meros planteamientos programáticos, sino que efectivos derechos que cada persona puede exigir frente a los poderes públicos. En especial, esperamos que un análisis fundamentado de los principales tratados de libre comercio que ha suscrito nuestro país en la última década, pueda servir para avanzar en el fortalecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en futuros tratados comerciales que nuestro país suscriba o en las eventuales reformas de los acuerdos comerciales ya celebrados.

Creemos que los tratados de libre comercio, dentro del contexto creciente de integración económica a nivel mundial, han adquirido gran importancia teórica y práctica para países en desarrollo como Chile y esto tendrá un reflejo no menor en los derechos económicos, sociales y culturales de la población. Por lo mismo, esperamos que la presente memoria pueda ser una contribución en el debate sobre estas materias y un aporte para la adopción de futuras políticas públicas referentes a los derechos económicos, sociales y culturales.

⁷ En adelante, PIDESC.

CAPÍTULO I

Marco actual de los derechos, económicos, sociales y culturales

1.1. Evolución de los derechos humanos.

La concepción que sitúa a la dignidad de la persona como la base de los derechos humanos no es nueva. Lo que sí es relativamente reciente es el planteamiento de derivarse de esa idea derechos que le corresponden a todas las personas por su calidad de seres humanos.

No obstante lo anterior, si vemos las listas de derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales o en las constituciones de cada país, podemos ver que varios de esos derechos se encontraban consagrados en normativas de varios siglos atrás. En efecto, ya en el Medioevo europeo aparecieron los primeros antecedentes de derechos reconocidos a las personas, en especial en Inglaterra, entre los que destaca la Carta Magna de 1215. Los derechos reconocidos en dicho documento eran básicamente fruto de un pacto entre el Rey y la nobleza en que se concedían privilegios feudales, tratándose siempre de derechos establecidos a través de acuerdos particulares y en términos contractuales. Sucesivamente, de forma gradual se va produciendo un proceso de conquistas, donde los derechos asegurados a unos pocos dentro de un régimen de derecho privado, pasan a ser libertades generales en el plano del derecho público. Así, va culminando este periodo de positivación de documentos en Inglaterra en el siglo XVII, con la Petición de Derechos de 1628, el Acta de Hábeas Corpus de 1679 y la Declaración de Derechos de 1698. No obstante, todas estas normativas consagraban garantías para ciertos grupos de personas, en sociedades que se encontraban aún muy divididas en estamentos que tenían distintos derechos.

Para hablar de los derechos humanos entendidos como los concebimos hoy en día, o sea como derechos esenciales reconocidos universalmente a todas las personas, tenemos que remitirnos al siglo XVIII con los dos grandes eventos que significaron el inicio de la era moderna: la Independencia norteamericana, con la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de Independencia del mismo año, y la Revolución francesa, que culminó con el texto que consagró por primera vez los derechos civiles y políticos para todas las personas: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789. Se puede ver claramente el sentido universal de los derechos consagrados en estas declaraciones en la sección I de la de Virginia que en su primera parte proclama: “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos ...”.

Posteriormente durante todo el siglo XIX, la situación social que se vive en los países europeos -con grandes desigualdades socioeconómicas y una realidad de dramática precariedad que viven los trabajadores-, va originando conflictos sociales, nuevas doctrinas y movimientos que buscan hacer frente a esa realidad de manera muy distinta a lo intentado hasta ese momento. Los derechos consagrados en las declaraciones de la segunda mitad del siglo XVIII tenían una inspiración marcadamente individualista, protegían valores tales como la libertad, la igualdad formal, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, pero no consideraban al hombre en su condición social y no tenían en cuenta que muchos

derechos individuales inspirados en el principio de la igualdad formal quedaban como meras declaraciones de principios al no existir igualdad real entre los ciudadanos. Ante esta situación, surgen los derechos económicos, sociales y culturales inspirados en la idea de igualdad sustancial y al revés de los derechos civiles y políticos –que exigen que el poder estatal se abstenga- requieren del Estado una participación activa para poder obtener su efectiva realización⁸.

Por el hecho de ser reconocidas las diversas clases de derechos en distintos y sucesivos periodos de tiempo se ha acuñado el concepto de generación de derechos para referirnos a cada tipo de derechos. Así, los derechos civiles y políticos por haber sido los primeros en ser reconocidos por declaraciones y constituciones vienen denominados “derechos de primera generación” y los derechos económicos, sociales y culturales “derechos segunda generación”. A los anteriores derechos se han agregado posteriormente otros derechos, que vendrían a constituir una tercera generación de derechos y que serían los llamados derechos de solidaridad, entre los que estarían, entre otros, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la paz y el derecho al desarrollo⁹. Incluso, ha existido una propuesta de Vasak que realizó un anteproyecto para que se dictara un tercer pacto internacional que protegiera esta clase de derechos, en él planteó la codificación de aquellos derechos que han alcanzado un nivel de madurez suficiente¹⁰.

Sin embargo, han existido críticas a la noción de “generaciones de derechos”¹¹, fundamentalmente porque se ha ido imponiendo en la doctrina internacional de los derechos humanos la tesis de los derechos humanos como derechos interdependientes e indivisibles, lo que se ha consagrado en diversos pactos y declaraciones internacionales¹². En la medida que la noción de generaciones de derechos se refiera solamente al orden cronológico en que los derechos humanos alcanzaron un reconocimiento en los ordenamiento jurídicos de los países, es una noción que presta utilidad y no significa necesariamente implica la preponderancia de algunos derechos por sobre otros. De todas formas, nos parece también que es más adecuada y completa y completa la doctrina que grafica la evolución de los derechos humanos en las etapas de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación. A las dos primeras fases nos referimos en las páginas

⁸ Posteriormente veremos que ello no es tan tajante y que respecto a la intervención estatal en las diversas clases de derechos es necesario distinguir entre obligaciones principales o rectoras y obligaciones secundarias o accesorias.

⁹ La mayoría de los autores describen la clasificación de los derechos en generaciones en los términos señalados. Sin embargo, es pertinente mencionar que existen otros autores como Agustín Squella que plantean que los derechos de primera generación son los derechos civiles a los que llama también “de autonomía”, los de segunda son los derechos políticos a los que llama “de participación” y los de tercera son los derechos económicos, sociales y culturales, a los que denomina “de promoción”, Cfr Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, pp. 195 a 197.

¹⁰ Cfr, Vasak, K., *Revisiter la troisième génération des droits de l’homme avant leur codification*, Homenaje a Hector Groos Espeill, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1649-1679.

¹¹ Mónica Pinto, Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, criticando la noción de “generaciones de derechos”, expresa lo siguiente :”En efecto, la división Este-Oeste, las visiones antitéticas sobre el papel del estado en relación con los derechos de los habitantes, condujeron a una visión occidental que privilegió los derechos civiles y políticos y a la visión de los países del este que garantizaban vivienda, trabajo, educación y salud. De allí la in conduencia, a mi criterio, de la doctrina de las generaciones de derechos humanos que fue edificada con estos elementos y que procura –sin éxito en mi opinión- brindar sustento a la existencia de cuerpos normativos separados.”, “Los derechos humanos en el contexto internacional”, p. 4, ponencia realizada en el III Encuentro de Salamanca, La Paz y el Derecho Internacional, Salamanca, 23 a 26 de junio de 2004.

¹² El tema de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos será analizado con profundidad en el sub capítulo relativo a la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos civiles y políticos.

anteriores, siendo la positivación el proceso de codificación de los derechos reconocidos primero en forma estamental y después de manera universal y, siendo la generalización el momento en el que los derechos humanos vienen reconocidos a todas las personas por igual. El periodo de la expansión puede asimilarse al concepto de “generaciones de derechos”, ya que es el proceso de extensión de los derechos humanos a nuevos derechos que no estaban reconocidos.

Las etapas de internacionalización y de especificación merecen una atención especial porque no nos hemos referido a ellas hasta el momento. La internacionalización comenzó después de la segunda guerra mundial y puede ser vista como el periodo en el que los derechos humanos en cuanto a su consagración dejan de estar solamente en el ámbito interno y pasan al derecho internacional a través de declaraciones, pactos y tratados. Las primeras manifestaciones de este fenómeno fueron la Declaración Americana y la Declaración Universal, ambas de 1948. Posteriormente en el año 1966, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vienen a reforzar el reconocimiento de los derechos humanos de manera vinculante para los Estados Partes¹³. En el plano de la protección, el estatuto de Roma de la Corte internacional de 1998, constituye un paso fundamental al establecer la jurisdicción penal internacional para los crímenes más graves en contra de las personas. Respecto al periodo denominado de “especificación de los derechos humanos”, en la atribución de determinadas prerrogativas a aquellas personas que por determinadas circunstancias pueden encontrarse en una posición desmedrada dentro de la sociedad. Se habla en este caso de la protección, entre otros, de los “derechos de la mujer”, de “derechos del niño”, de los “derechos de los pueblos indígenas”. Cabe destacar como positivación del fenómeno de la especificación, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

1.2. Textos jurídicos internacionales que consagran los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio del pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Revisión de los derechos consagrados en el PIDESC.

1.2.1. Declaraciones, tratados y pactos en que están reconocidos los derechos económicos, sociales y culturales.

Los DESC comenzaron a recepcionarse en forma sistemática en instrumentos internacionales después de la segunda guerra mundial. Anteriormente, la creación de la Organización Internacional del Trabajo y la dictación de algunos tratados en temas

¹³ Respecto a la Declaración de Derechos Humanos, si bien en estricto rigor no tenía en un principio carácter vinculante para los Estados según la mayoría de la doctrina ha pasado a ser vinculante porque consagra normas de jus cogens, esto es, normas imperativas del derecho internacional.

específicos ya habían regulado determinados derechos¹⁴. También diversas constituciones habían incluido listas de garantías que incluyan no solo derechos de orden individual, si no también con un contenido social¹⁵.

La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 consagra de manera conjunta los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales. Así, reconoce el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo, a la protección contra el desempleo, a la igualdad por igual trabajo, a una justa remuneración, a la libertad de formar sindicatos, al descanso, a un nivel de vida digno, a la maternidad, a la infancia, a la educación, a participar en actividades culturales y a la propiedad intelectual¹⁶.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, como ya hemos mencionado, no tenía en sus inicios un carácter vinculante, pero pasó a tenerla por constituir derecho consuetudinario y, según la mayoría de la doctrina ha pasado a ser una norma de “jus cogens”, o sea una norma imperativa de derecho internacional¹⁷. A lo demás se agrega que múltiples constituciones han hecho referencia expresa o implícitamente a la declaración Universal de Derechos Humanos en la parte relativa a las garantías constitucionales.

Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos emprendió la labor de elaborar pactos de derechos humanos, los que tenían que ser ratificados por los Estados y alcanzar así fuerza vinculante. Dicha tarea concluyó con la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

También se han efectuado paulatinos reconocimientos de estos derechos en diversas declaraciones y tratados a nivel regional. En particular, en América Latina los derechos económicos, sociales y culturales fueron proclamados en la Carta de la Organización de Estados Americanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y el Pacto de San José de Costa Rica. En el caso de esta última convención, especial importancia tiene el Protocolo Adicional de 1988 llamado “Protocolo de San Salvador”, ya que reconoce en el plano interamericano el principio de interdependencia de los derechos humanos¹⁸ y establece un sistema de peticiones y controles que hasta ese momento no existía a nivel regional.

1.2.2. Estudio del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

¹⁴ Por ejemplo, en la primera Conferencia Internacional del Trabajo, que tuvo lugar en Washinton D.C., entre el 29 de octubre y el 29 de noviembre de 1919, se acordaron cuatro recomendaciones sobre seguridad e higiene del trabajo, dos sobre desempleo y se reconoció el carácter tripartito de la Organización.

¹⁵ Entre esas constituciones corresponde mencionar la Constitución de México de 1917, la Constitución germana de Weimar de 1919 y la Constitución soviética de 1936.

¹⁶ Ver artículos 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁷ Los artículos 53, 64 y 71 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son las disposiciones que regulan lo que es el “jus cogens”.

¹⁸ “Diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exige una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”, Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹ fue adoptado en 1966 para pasar posteriormente a ser ratificado por los Estados, paso necesario para alcanzar fuerza obligatoria. Este pacto internacional hoy se puede decir que tiene una validez internacional, ya que más de 140 países lo han ratificado²⁰.

La decisión de elaborar dos pactos distintos tuvo como fundamento las diferencias existentes entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, principalmente en lo relativo a su justiciabilidad²¹. No obstante vamos a volver más adelante en extenso sobre la justiciabilidad de los DESC, es oportuno señalar que se consideró que estos derechos podían ser exigibles de manera progresiva y no inmediata como los derechos civiles y políticos, por lo cual correspondía que su tratamiento se realizara por separado. En el PIDESC se consagró finalmente la progresividad de los DESC en el artículo 2.

De todas formas, el PIDESC fue el primer documento internacional donde se expresa el principio de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, afirmándose en su preámbulo que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Se dejó claro así, que la regulación en distintos cuerpos normativos de las dos clases de derechos tenía como exclusiva motivación las diferencias existentes en cuanto a su garantía y no la preponderancia de algún tipo de derecho sobre otro.

Además de la consagración del principio de progresividad y del principio de la interdependencia con los derechos civiles y políticos, el PIDESC también proclamó en el artículo 1 el principio de la libre determinación y el derecho de todos los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales²².

En el caso de este derecho se designa como titular a un sujeto colectivo: el pueblo en su conjunto. En la primera parte de la disposición se afirma que los pueblos “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Según algunos autores como Jorge Sosa Meza, lo anterior implica que el PIDESC no se pronuncia ni asigna una forma determinada para lograr el cumplimiento de los DESC. No se dispone la necesidad de adoptar un modelo económico determinado, o sea no se consagra ninguna “cláusula ideológica”, como la que existe en algunas constituciones –por ejemplo la de Ecuador y Colombia- que se han declarado “Estados Sociales de Bienestar”²³. Se deja abiertas por tanto las formas para alcanzar progresivamente un adecuado desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁹ En adelante, PIDESC.

²⁰ Al 10 de enero de 2003, los Estados Partes ascienden a 146; los Estados signatarios que no son Estados Partes son 7. [<http://www.unhcr.ch/pdf/reportsp.pdf>], consulta 01 de junio de 2004.

²¹ El tema de la justiciabilidad de los DESC más adelante se abordará en extenso.

²² “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”, artículo 1 del PIDESC.

²³ Sosa Meza, Jorge, Estudios de Derechos Humanos Fundamentales, Editorial Jurídica Míguez Mosquera, pp. 112 y 113.

Por último, es pertinente mencionar que entre los principios generales del Pacto se establecen otros dos de suma importancia, esto es, el principio de igualdad en la aplicación de los derechos emanados del Pacto, y el principio de legalidad en la adopción de restricciones de los derechos económicos, sociales y culturales²⁴.

1.2.3. Revisión de los derechos consagrados en el PIDESC²⁵

1.2.3.1. El derecho a un “nivel de vida digno”.

El derecho a un nivel de vida digno o derecho a un nivel de vida adecuado es según Roberto Mayorga la raíz o tronco del que emanan del demás derechos económicos, sociales y culturales²⁶. Dicho autor sostiene que dicho derecho está reconocido en el artículo 11.1. del PIDESC²⁷ y que por tanto los derechos a la salud, a la educación y a la cultura serían parte constitutiva de este derecho a un nivel adecuado de vida²⁸. Mayorga reconoce que la ubicación y redacción del precepto pueden producir confusiones, ya que no se ubicó la disposición como encabezamiento a todos los DESC como debió haber sido. No obstante, plantea que una correcta interpretación debe hacer ver que el PIDESC contempla el derecho a un adecuado nivel de vida porque este es la suma y complemento de todos los demás derechos.

Sin embargo, es pertinente tener presente que otros autores como Jorge Sosa Meza interpretan el artículo 11.1. del PIDESC concluyendo que la norma no reconoce el derecho a un nivel de vida. Según Sosa Meza de la mencionada disposición se entiende que el derecho a un nivel de vida, más que ser un derecho propiamente tal, es la consecuencia de la efectiva garantía del derecho a la vivienda, a la alimentación y al vestido²⁹.

1.2.3.2. Derechos económicos del PIDESC.

Entre los derechos económicos consagrados en el PIDESC se encuentra en primer lugar el derecho al trabajo. Este derecho, como otros en el Pacto, está reconocido en una doble dimensión: como libertad y como derecho a un trabajo digno. Respecto a lo primero el artículo 6 habla de que debe tratarse de “un trabajo libremente escogido o aceptado”. En cuanto al trabajo digno, el artículo 7 dispone cuales deben ser las características que tiene que tener el trabajo, mencionando entre ellas la remuneración mínima para los trabajadores, la existencia de un salario equitativo a igual por trabajo de igual valor –en especial se prohíben las diferencias arbitrarias de género-, la igual oportunidad en el ascenso, la seguridad y la higiene en el trabajo y el derecho al descanso.

²⁴ Ver artículos 2.2., 3 y 4 del PIDESC.

²⁵ Utilizaremos la distinción entre derechos económicos, derechos sociales y derechos culturales a sabiendas que puede parecer arbitraria, ya que así como existe interdependencia entre los DESC y los derechos civiles y políticos, con mayor razón existen múltiples vínculos entre los derechos de orden social.

²⁶ Cfr, Mayorga Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 43.

²⁷ “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”, artículo 11.1. del PIDESC.

²⁸ Cfr, Mayorga Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 42.

²⁹ Sosa Meza, Jorge, *Estudios de Derechos Humanos Fundamentales*, Editorial Jurídica Míguez Mosquera, p. 116.

Posteriormente, en el artículo 8 se consagran otros derechos en materia laboral: el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección y el derecho de huelga. Se trataría en el caso de estos derechos, de acuerdo a la clasificación de Squella, más de “derechos de autonomía” que “de promoción”, porque lo se reconoce es la posibilidad de la persona de pertenecer a un sindicato o de ejercer su derecho a huelga.

1.2.3.3. Derechos sociales del PIDESC.

Dentro de los derechos sociales contemplados en el PIDESC tenemos en primer lugar el derecho a la seguridad social, consagrado de manera escueta en el artículo 9 del Pacto. Este derecho busca asegurar condiciones adecuadas de vida a toda persona y según Roberto Mayorga debe concordarse con el derecho al trabajo, ya que ambos están dirigidos a asegurar un nivel de vida digno³⁰.

En segundo lugar, se establece en el artículo 10 el deber de los Estados Partes de proteger a la familia, a la maternidad, a los niños y a los adolescentes. La protección de la familia y de las etapas de la vida mencionadas, no están en el ámbito solamente de los derechos económicos, sociales y culturales, como vemos con la protección de la infancia que dispone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 24 y con la existencia de las normas sobre estas materias en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y en la Convención de Derechos del Niño.

Por último, entre los derechos sociales consagrados en el PIDESC está el derecho a la protección de la salud. Para lograr este objetivo el Pacto plantea algunas metas que los Estados Partes deben perseguir:

- La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En cuanto al “mejoramiento del medio ambiente” corresponde hacer algunas precisiones. De acuerdo a autores como Vasak el derecho a un medio ambiente sano se encuentra dentro de una tercera generación de derechos, denominados “de solidaridad”³¹. No obstante lo anterior, el PIDESC consignó esta norma por que se ha entendido que los derechos de tercera generación tienen aspectos de los derechos civiles y políticos por un lado, y de los derechos económicos, sociales y culturales por otro. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente sano o libre de contaminación, este derecho tiene una clara connotación social y se encuentra directamente relacionado con el derecho a la protección de la salud. Por lo mismo es un derecho que se encuentra contemplado también en el

1.2.3.4. Derechos culturales del PIDESC.

³⁰ “El derecho a la seguridad social es tan importante como el derecho al trabajo. Así como en circunstancias normales la persona se procura para si y para su familia un adecuado nivel de vida a través de su trabajo en circunstancias anormales debe asistirse en el logro de dicho nivel, ya sea por estar impedida de realizar un trabajo o porque éste es insuficiente para tales fines.”, Mayorga Lorca, Roberto, Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 42.

³¹ Ver p. 11.

Como derechos culturales contenidos en el Pacto podemos mencionar el derecho a la educación y los derechos culturales propiamente tales. El derecho a la educación dependiendo del criterio puede ser abordado como derecho social o como derecho cultural, pero a nosotros nos parece acertada la opinión de Roberto Mayorga que lo encuadra como un derecho cultural al afirmar que “el fundamento esencial de estos derechos está en que posibilitan la participación efectiva de toda persona en la vida y en las determinaciones del acontecer social”³². Bajo ese parámetro, el derecho a la educación sería un derecho cultural ya que las personas que tienen una mejor ilustración pueden participar de mejor manera en la vida social.

En el artículo 13 se regula el derecho a la educación, afirmándose que “la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Se dispone además que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, mientras respecto a la enseñanza secundaria y la enseñanza superior debe implementarse de manera progresiva de la enseñanza gratuita. Se establece además una excepción a la garantía de los DESC, al disponerse que los Estados que aún no hayan podido instituir la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se comprometen a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos³³.

En lo referente a la educación se proclama en el Pacto también la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza.

Respecto a los que podemos llamar “derechos culturales propiamente tales” el artículo 15 reconoce los siguientes derechos: el derecho a participar en la vida cultural, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y el derecho a la propiedad intelectual. Además se establece una obligación para los Estados, cual es comprometerse a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

1.3. Análisis de la normativa vigente en Chile referente a derechos económicos, sociales y culturales.

1.3.1. Antecedentes y contexto político de la Constitución de 1980.

La Constitución de 1925 reconocía y entregaba importancia a los DESC ya que en su artículo 10 número 16, decía que “el Estado adoptará las medidas que tiendan a la satisfacción de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y dignidad humana”.

La nueva Constitución de 1980 eliminó toda referencia a los DESC como clase de derechos. Lo anterior no debe sorprender en el contexto político en que fue elaborado el texto constitucional en nuestro país, siendo que uno de los objetivos primordiales de la nueva Constitución sería proteger los DCP y en particular el derecho de propiedad. A ello se agrega que a través de las normas constitucionales que vienen denominadas como del

³² Mayorga Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 56.

³³ Ver artículo 14 del PIDESC.

“orden público económico”, se estableció el rol subsidiario del Estado en la economía. De tal forma, no se podría a la vez exigir al Estado que garantizara adecuadamente derechos que requieren en gran medida de un rol activo del Estado.

1.3.2. Los DESC en la Constitución de 1980.

Podemos decir que en relación a los tratados internacionales sobre la materia, los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran débilmente consignados en la Constitución Política de 1980, e incluso –como veremos posteriormente- en varios casos algunos ni siquiera aparecen mencionados.

Una de las demostraciones de la existencia de una débil protección a los DESC está dada por el hecho de que el llamado “derecho a un nivel de vida digno” no está contemplado en nuestra Constitución. Como vimos anteriormente, Roberto Mayorga plantea que de ese derecho se desprenden los demás derechos económicos, sociales y culturales³⁴.

Siguiendo el mismo esquema utilizado para el tratamiento de los DESC en el PIDESC vamos a comenzar analizando la situación de los derechos económicos en la Constitución de 1980. En cuanto al derecho al trabajo el texto constitucional reconoce en el artículo 19 n° 16 el “derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”. Podríamos decir que tanto en el caso del derecho al trabajo, como en de los demás DESC, se reconoce la posibilidad de “acceder libremente” al derecho, pero no se garantiza el derecho sustantivo mismo. Por ejemplo, en cuanto al derecho al trabajo no se regula el “derecho a un trabajo digno”, ya que no se habla de remuneración mínima para los trabajadores ni de la existencia de un salario equitativo como ocurre en el PIDESC.

Se reconoce el derecho de sindicarse en el artículo 19 n° 19, poniéndose énfasis en la voluntariedad de la afiliación sindical. Sin embargo –como veremos posteriormente- el derecho a sindicarse es una derivación del derecho de asociación y su estructura se asemeja más a la de los derechos civiles y políticos que a la de los derechos económicos, sociales y culturales.

En lo relativo a los DESC tenemos en primer lugar el derecho a la seguridad social, donde se puede ver claramente manifestado el rol subsidiario del estado en la Constitución, ya que se establece en el artículo 19 número 18 inciso final que “El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

En el PIDESC se contemplan como derechos sociales la protección a la familia, a la maternidad, a los niños y a los adolescentes. Estos derechos no están reconocidos como garantías constitucionales, pero el artículo 1 inciso 2 proclama que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y estando esa norma ubicada en el capítulo de las Bases de la Institucionalidad debe entenderse que es una norma que inspira a las demás disposiciones de la Constitución y al ordenamiento jurídico en general.

Otro derecho social relevante es el derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 19 n° 9 del texto constitucional. Se establece en dicha norma que al Estado le corresponde la coordinación y control de las acciones de salud y que “es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud”. Relacionado con el derecho a la salud, se contempla también en el artículo 19 número 8 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Por último, respecto a los derechos culturales consagrados en el texto constitucional, ya vimos al estudiar su tratamiento en el PIDESC que el derecho a la educación puede

³⁴ Cfr. Mayorga Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 42.

ser entendido como derecho social o como derecho cultural. En la Constitución de 1980 se consagra en el artículo 19 número 10 el derecho a la educación, estableciéndose que corresponde al Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles y la libertad de enseñanza, que incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

Respecto de los “derechos culturales propiamente tales” en el texto constitucional no se encuentran reconocidos los derechos consagrados en el PIDESC: el derecho a participar en la vida cultural y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico. El derecho a la propiedad intelectual en cambio está regulado de manera extensa en el artículo 19 número 25 de la Constitución. También existe una regulación general de los medios de comunicación y de la libertad de informar y de emitir opinión en el artículo 19 número 12.

1.3.3. Los DESC y el Recurso de Protección.

Si hemos hablado de una débil protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución Política vigente en Chile ello es en gran parte porque –al revés de los derechos civiles y políticos- no existen recursos judiciales para el caso de que sean violados los que sí están reconocidos. El artículo 20 de la Constitución regula el recurso de protección, una novedad de la nueva constitución que tiene la función de entregar una acción rápida y eficaz para garantizar los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. En la Constitución de 1925 solamente se contemplaba un recurso que protegía la integridad y libertad personal. Sin embargo, de la lectura del artículo 20 se puede desprender que en general el recurso de protección sólo se refiere a los llamados derechos civiles y políticos y no a los derechos económicos, sociales y culturales.

Entre los DESC contemplados en la Constitución no están protegidos por el recurso de protección el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social. Existen otros derechos que están protegidos en determinados aspectos del derecho o bajo ciertas circunstancias. Es el caso, por ejemplo del derecho a la salud que está garantizado solo en lo relativo al inciso final del artículo 19 número 9, esto es, respecto al derecho a escoger el sistema de salud al que se desee acogerse, sea público o privado. La libertad de trabajo está protegida por el recurso de protección en lo referente a la libre elección y la libre contratación del trabajo. En el caso del derecho a vivir en medio ambiente libre de contaminación se puede interponer el recurso de protección cuando el derecho es afectado por un acto arbitrario e ilegal por un acto imputable a una autoridad o persona determinada. Se puede ver claramente en este último caso que se contempla un estatuto diferente para los derechos civiles y políticos que para los derechos económicos, sociales y culturales. Para el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se exigen de manera copulativa que el acto que afecta el derecho sea arbitrario e ilegal, mientras en general el recurso de protección procede cuando el acto es arbitrario o ilegal. Además se requiere que se trate de un “acto”, esto es, de una acción positiva por parte de quien afecta el derecho, mientras por regla general es suficiente que se trate de un “acto” o de una “abstención”.

En cuanto a la libertad de enseñanza y el derecho a sindicarse estos dos derechos son protegidos por el recurso de protección, pero es oportuno precisar que se trata de derechos que aunque suelen ser encuadrados entre los DESC tienen la estructura de los derechos civiles y políticos.

Como vemos entonces los derechos económicos, sociales y culturales en varios casos no están protegidos por el recurso de protección o lo están con requisitos más estrictos que los derechos civiles y políticos. Los motivos de lo anterior quedaron manifestados

en la discusión que se produjo en el seno de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución³⁵, siendo el principal argumento esgrimido entender que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales depende de la capacidad económica del Estado en un momento determinado y por tanto no pueden ser exigidos a través de una acción judicial³⁶.

1.3.4. La reforma al artículo 5 inciso 2 de la Constitución de 1980.

El inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, reconocía como única limitación al ejercicio de la soberanía, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Jaime Guzmán en el debate de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, adhiere a la doctrina del derecho natural, primando su posición al interior de la comisión. “La soberanía -dijo el señor Guzmán- tiene un solo límite fundamental, que es el derecho natural. Concuerda en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva, pero sí se podría hablar del respeto a los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana”³⁷

El 5 de octubre de 1988 con la derrota del gobierno autoritario de Augusto Pinochet Ugarte en el plebiscito que se convocó en virtud de la aplicación de las normas transitorias de la Constitución de 1980, se iniciaron negociaciones para poder realizar reformas democratizadoras a la Constitución de 1980. Se formó una comisión de expertos abogados constitucionalistas tanto de Renovación Nacional como de la Concertación de Partidos por la Democracia³⁸. Entre otras reformas que se realizaron posteriormente fruto de las negociaciones al interior de la mencionada comisión, se reformó el artículo 5 de la Constitución Política de la República.

En virtud de la reforma constitucional de 1989 al artículo 5 inciso 2³⁹, se incorpora a la Constitución Política de la República, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona, los cuales se encuentran garantizados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile.

³⁵ En adelante “Comisión Ortúzar”.

³⁶ El informe de la Comisión Ortúzar señala: “Es evidente que el Recurso de Protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social y otros. Sólo puede establecerse un recurso judicial como el que analizamos, respecto de aquellos derechos cuyo ejercicio exige únicamente el que no se ha perturbado por la conducta ilegítima de la autoridad o de un particular, obstáculo que una vez removido por resolución judicial, basta para que el titular del derecho pueda disfrutar adecuadamente de él. De ahí la necesidad de enumerar taxativamente los derechos respecto de los cuales se concede el mencionado recurso”.

³⁷ Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, sesión 49, pp. 17 y 18, disponibles en la Biblioteca del ex Congreso Nacional.

³⁸ La comisión estuvo integrada por: Enrique Barros, José Luis Cea, Oscar Godoy, Ricardo Rivadeneira y Carlos Reymond, de Renovación Nacional. De la Concertación de Partidos Por la Democracia: Carlos Andrade, Francisco Cumplido, Juan Enrique Prieto, Adolfo Veloso, José Antonio Viera Gallo.

³⁹ Con la reforma de 1989 el artículo 5 inciso 2 quedó con la siguiente redacción: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la persona. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Existen diversos puntos controvertidos a que ha dado lugar el inciso 2 del artículo 5 de la Constitución Política y algunas cuestiones tienen especial relevancia para nuestro trabajo.

*Lo primero que debe resolverse, es determinar cual es el concepto de tratado y por ende a cuales se refiere la Constitución. En este sentido, el artículo 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dispone que se “entiende por tratado, un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o mas instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”*⁴⁰.

Lo anterior tiene importancia porque se ha discutido si la norma constitucional se refiere solo a los tratados de derechos humanos o también a normas de derechos humanos existentes en tratados que versen sobre otras materias. Ello tiene importancia para nuestro estudio, ya que el análisis se centrará en normas de derechos humanos contenidas en tratados de libre comercio suscritos por Chile. Tomando en cuenta que el objetivo de la reforma a la Constitución Política de la República de Chile de 1989, es de reforzar la protección de los derechos esenciales, debe incluirse por tanto, todo tratado que contenga normas sobre derechos humanos, siendo además que la norma habla simplemente de “tratados internacionales”.

Un segundo debate dice relación con la jerarquía de las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales suscritos por Chile y vigentes en el país: se discute si esas normas tienen nivel legal o constitucional.

*Si se acepta la postura que la jerarquía constitucional de las normas de derechos humanos consagradas en tratados internacionales y se permite que con posterioridad a la reforma de 1989 a la Constitución Política de la República se ratifiquen y entren en vigencia tratados con las características mencionadas, se podría producir o realizar derechamente una autorización de modificación de la Constitución por medios no contemplados por ella. Este es el principal argumento en el que se apoyan los que sostienen que las normas de derechos humanos ubicadas en tratados internacionales sólo tienen jerarquía legal*⁴¹. Sin embargo, la argumentación descrita se basa en la idea de que la Constitución debe modificarse solo por un determinado procedimiento, cuando en realidad perfectamente podría también enmendarse la carta constitucional de maneras más flexibles tratándose de determinadas materias. Con este argumento y fundamentándose en una interpretación literal y finalista del artículo 5 inciso 2 de la Constitución la postura mayoritaria de la doctrina nacional defiende el rango constitucional de las disposiciones de derechos humanos⁴².

Un tercer problema suscitado en relación al inciso 2 del artículo 5 de la Constitución Política de la República, se refiere a la vigencia nacional o internacional de los tratados, para que un tratado se encuentre vigente en el plano nacional, implica que el Congreso

⁴⁰ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 2, párrafo uno, letra a). Disponible en www.minrel.cl.

⁴¹ Ver, Villavicencio Miranda, Luis, La Constitución y los Derechos Humanos, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998, pp. 128 a 136.

⁴² Ver, Cumplido, Francisco, Historia de una Negociación para la protección y Garantía de los Derechos Humanos, Instituto de Estudios Internacionales, Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo, Universidad de Chile, Santiago, 1991, p.193; Nogueira, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, Vol. 23 Nos 2 y 3, Tomo I, 1996, p.3.

debe aprobarlo, promulgarlo y publicarlo, en conformidad con el artículo 50 número 1 ⁴³ de la Constitución Política de la República. Pudiendo ocurrir nuevamente una situación similar como la del PIDESC, que fue ratificado por Chile el año 1972, promulgado en 1976 y publicado en 1989.

En este sentido, creemos más correcto el análisis que realiza la profesora Cecilia Medina ⁴⁴, sosteniendo que para que un tratado se encuentre vigente tanto en el plano nacional como internacional, sólo es suficiente que el Estado manifieste su intención de obligarse mediante el canje o depósito del instrumento de ratificación. El artículo 50 número 1, plantea que previa autorización del Congreso para ratificar un tratado por parte del Presidente de la República, esta debe someterse al trámite legal, lo que concuerda con lo establecido en el artículo 32 número 17 ⁴⁵ de la Constitución Política de la República.

Además hay que tomar en cuenta que las obligaciones que emanan de los tratados internacionales que contiene normas sobre derechos humanos, se generan para los órganos del estado y no para los particulares, por lo cual no parece adecuado que el tratado deba ser promulgado y publicado para que este entre en vigencia.

1.4. Fundamentación de los derechos humanos en general y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular.

1.4.1. Fundamentación de los derechos humanos.

El primer gran punto de controversia en relación a los DESC, es si se trata de derechos propiamente tales, entendidos como aquellos que tienen una acción para hacerlo valer ante los Tribunales de Justicia, o bien simplemente de meras expectativas.

Para poder responder la pregunta anterior, es previo dilucidar que se entiende con el concepto de derechos humanos, en la medida de poder establecer sus condiciones de aplicabilidad y la fundamentación.

Los derechos humanos surgieron como una técnica para limitar y contrarrestar el poder, por lo cual la alusión a estos adquiere una importancia sustancial para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones. Por otro lado, al tener estos derechos una consagración universal, no se identifican solamente con su reconocimiento positivo interno, sino que se

⁴³ “Art. 50. Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

⁴⁴ Medina Quiroga, Cecilia, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno en Constitución, Tratados y Derechos Esenciales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1993, pp. 53 y 54.

⁴⁵ “17) Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere”, artículo 32 número 17 de la Constitución Política de la República.

entiende que estos son independientes de su recepción jurídica. Se reclama el respeto de los derechos humanos incluso frente a ordenamientos jurídicos que no los reconocen⁴⁶.

Desde la perspectiva del derecho internacional se entienden como parte del concepto de derechos humanos, los que se encuentran contenidos en los tratados internacionales⁴⁷ y en el derecho consuetudinario. Además, puede haber otros derechos humanos de aquellos establecidos en los tratados internacionales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29⁴⁸ claramente lo preceptúa así.

Para la profesora Cecilia Medina⁴⁹, habría que demostrar la calidad de derechos humanos, de aquellos otros derechos o garantías que tiene el ser humano inherente al mismo, para poder hacer efectiva la responsabilidad del Estado.

La existencia de los derechos humanos no encaja en los esquemas del positivismo jurídico, como dice Ollero Tassara: "Si se suscribe el positivismo jurídico, y mucho más si se asume su vertiente legalista, tales derechos se convierten en un "dolor de cabeza para la teoría jurídica"⁵⁰.

En el caso de justificar una decisión judicial, los jueces deben recurrir -en forma explícita o implícita- las razones justificatorias o principios morales válidos⁵¹, los cuales no necesariamente emanan sólo del ordenamiento jurídico interno.

Para Ronald Dworking⁵², son dos los rasgos distintivos de los derechos. En primer lugar, estos se caracterizan porque pueden constituir objetivos colectivos, proveyendo de recursos u oportunidades a cada uno de los individuos que integran la clase que goza del derecho en cuestión. En segundo lugar, constituyen un límite para las medidas fundadas en la consecución de objetivos sociales colectivos.

⁴⁶ Algunos autores como el español Pérez-Luño sostienen que debe reservarse la denominación de derechos fundamentales para el caso de los derechos que se encuentran garantizados a nivel interno de cada Estado y la de derechos humanos, cuando nos referimos a aquellos derechos esenciales que no estando reconocidos a nivel nacional, sí lo están en declaraciones y convenciones internacionales. Pérez Luño, Antonio Enrique, "Derechos humanos, estado de derecho y constitución", Madrid, Técno, 1995, p. 30-31.

⁴⁷ Estos tratados internacionales serían: La Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales.

⁴⁸ "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:(...) c)Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno", Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29.

⁴⁹ Medina, Cecilia. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno en Constitución, Tratados y Derechos Esenciales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1993, pp. 13 a 54.

⁵⁰ Ollero Tassara, Andrés, Derechos Humanos y metodología jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 128.

⁵¹ "Que se fundamenten en las normas jurídicas mismas y no en las proposiciones que las describen. Pero en primer lugar, como hemos visto, no siempre hay una norma jurídica precisa para justificar acabadamente la decisión que debe adoptarse. En segundo lugar, aun cuando haya tal norma jurídica, ella no puede incorporarse, como tal, al razonamiento justificatorio de un juez o de un jurista con independencia de juicios valorativos. Ello es así porque es esencial al carácter normativo de una norma jurídica o a su distintividad como norma jurídica la existencia de ciertos rasgos que hacen a su formulación y que inevitablemente se pierden cuando se la trata de reproducir en el razonamiento justificatorio que conduce a una decisión." Nino, Carlos, Ética y Derechos Humanos, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 23.

⁵² Ver, Dworking, Ronald, Los derechos en Serio, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 158 a 162.

Teniendo en cuenta lo anterior Carlos Nino, caracteriza a los derechos humanos como una clase de derecho subjetivo moral, entendiendo por derecho subjetivo moral: “Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase de C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso”.⁵³

Así, para Carlos Peña⁵⁴, los derechos humanos tienen como características el ser intrínsecos, universales, igualitarios, absolutos e individualizados. Son intrínsecos porque su posesión no depende de ninguna otra característica que el hecho de ser mujer u hombre. Son universales, ya que todos los seres humanos son titulares, sin excepción. Son igualitarios, debido a que todos los seres humanos poseen el mismo título de derechos. Tienen el carácter de derechos absolutos por el hecho de que estos constituyen exigencias fuertes, superiores, la única razón para restringir su ejercicio son los propios derechos humanos. Por último, son individualizados, porque sólo los seres humanos poseen estos derechos.

La pregunta que surge en torno a los DESC, es cuales son los fundamentos esgrimidos por la doctrina jurídica, para explicar el carácter de los DESC y por ende si estos pueden llegar a ser considerados como derechos subjetivos morales.

De esta forma, los argumentos que cada escuela o doctrina jurídica esgrime en torno al carácter de los derechos humanos, depende de la extensión de los catálogos de derechos humanos, el alcance práctico de cada uno, su grado de obligatoriedad, sus opciones de vigencia en el tiempo y la escala de jerarquía de cada uno de ellos.

Las justificaciones tradicionales y de mayor relevancia, son las que han dado lo que se han denominado las escuelas jusnaturalista, historicistas e ética o moral. En seguida, revisaremos brevemente los principales argumentos y críticas a dichas escuelas.

Fundamentación jusnaturalista

La idea central de la tesis jusnaturalista, es la existencia de un derecho natural anterior a la ley positiva y al estado. Norberto Bobbio, para caracterizar la fundamentación jusnaturalista dice “es aquella que formula una distinción neta entre el Derecho Natural y el Derecho positivo, y sostiene la primacía del primero sobre el segundo”.⁵⁵

Al interior de la escuela jusnaturalista, podemos encontrar al menos tres variantes de la misma, las que se denominan jusnaturalismo tradicional, jusnaturalismo racionalista y jusnaturalismo valórico.

El jusnaturalismo tradicional, es el que se identifica con las ideas del derecho natural de la antigüedad, en la cual este derecho es un conjunto de normas a las cuales se debe adecuar el derecho positivo. De acuerdo a ello, los derechos humanos formarían parte del patrimonio moral de todos los hombres. De esta forma todos los hombres son titulares de los derechos humanos, aún cuando la ley positiva no lo hay reconocido.

⁵³ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, op. Cit., p. 40.

⁵⁴ Peña, Carlos, “Sobre el concepto y los fundamentos de los derechos humanos”, *Revista de Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, número 27, pp. 45 a 61.

⁵⁵ Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, Milán, 1977, p. 127.

El jusnaturalismo racional, surge a fines del siglo XVII, siendo sus principales exponentes Grocio y Locke. Esta escuela considera al derecho natural como una categoría de derecho subjetivo, diferenciándose en lo medular del jusnaturalismo tradicional, que esta categoría de derechos subjetivos debe ser reconocida por el derecho positivo.

Hay en el jusnaturalismo racional, una convergencia con las ideas contractualistas, que permiten al interior de Francia e Inglaterra, fortalecer el pensamiento laico en su crítica a las fundamentaciones filosóficas de sesgo escolástico.

Para el jusnaturalismo valórico, el ordenamiento natural no es necesariamente superior al derecho positivo, sino que es parte de lo que denomina como sentido común en la sana razón de la generalidad de los hombres. Los derechos humanos serían expresión de estos principios básicos, por lo cual deben ser respetados por el ordenamiento positivo.

Como similitudes y resumen, se puede decir que la tesis iusnaturalista, la podemos sistematizar de la siguiente forma:

El origen de los derechos naturales, no es el derecho positivo.

Los derechos naturales son expresión y participación de la naturaleza humana.

Los derechos humanos existen como expresión de la naturaleza del hombre, independiente de su reconocimiento jurídico positivo.

Las objeciones que se pueden hacer a las tesis iusnaturalista, son principalmente las siguientes:

Los derechos naturales, sólo pueden ser considerados como auténticos derechos cuando se encuentran reconocidos en una normativa jurídica, por lo cual en ningún caso se puede hablar de una superioridad jurídica del derecho natural.

Los derechos naturales al derivarse de la idea de “naturaleza humana”, son tan vagos como el concepto en el cual se basan.

Los derechos humanos no son invariables ni permanentes, en palabras de Bobbio, “no puede haber un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos”⁵⁶.

Fundamentación Historicista.

Para esta escuela, los derechos humanos son relativos, históricos, sociales y variables. Estos son manifestaciones de cada contexto histórico que los seres humanos viven y se encuentra vinculado con el desarrollo de la sociedad.

Para Eusebio Fernández, “el concepto y formulación de los derechos humanos se ha ido decantando a través de la historia a partir del núcleo teórico más amplio de humanidad, entendida ésta no en su apoyo sentimental, sino como un proceso de autoconciencia, mediante el cual se ha objetivado la esencia del hombre como un concepto unitario y abstracto”⁵⁷.

La principal crítica que se la ha realizado a esta fundamentación, dice relación con que esta tesis no responde la pregunta de por qué obligan tales derechos. No entrega un marco conceptual para poder realizar criterios de elección en caso de colisión de derechos o de generaciones de entendimiento de los mismos en un delta temporal prolongado.

Fundamentación ética.

⁵⁶ Bobbio, Norberto, op. cit., p. 98.

⁵⁷ Fernández, Eusebio, Teoría de la justicia y derechos humanos, Debate, Madrid, 1991, p. 101.

Para esta tesis, el fundamento de los derechos humanos es valórico y su origen por tanto es suprapositivo. Estos derechos son esenciales a la idea de dignidad de la persona humana, por lo cual el fundamento es de carácter ético.

Para esta teoría los derechos humanos son derechos morales, por lo cual el problema de la fundamentación de los mismos es un problema de argumentación político-jurídica en un momento histórico determinado. La necesidad y obligatoriedad de los derechos humanos se basa en el anhelo del consenso político a nivel universal.

Los derechos económicos, sociales y culturales: meras expectativas o derechos propiamente tales.

En relación a los DESC, se ha sostenido por algunos, que no están garantizados debido a las dificultades para hacer extensivos a ellos los mecanismos de garantía de que dispone el derecho subjetivo. Por ese motivo, diversos autores le han negado a los derechos sociales el carácter de derechos, atribuyéndoles la naturaleza de simples aspiraciones, posibilidades o idealidades, cuya satisfacción, por tanto, no resulta exigible.

Esta posición encuentra respaldo en nuestro país, en particular, en la actual Constitución Política de 1980. Son muy decidoras al respecto, las palabras del profesor José Luis Cea Egaña, que al referirse a los motivos por los cuales el recurso de protección establecido en la Constitución Política chilena que busca proteger las garantías constitucionales, no incluye a los derechos sociales, expresa lo siguiente: “¿Por qué algunos derechos y libertades quedan omitidos? Porque son metas para el Estado cuyo cumplimiento depende de los medios disponibles al efecto, de manera que son expectativas que no forman derechos”⁵⁸.

Sin embargo, la posición de que los derechos económicos, sociales y culturales no serían derechos por dificultades de técnica jurídica para su garantía, encuentra fuertes opositores. Entre ellos, Peña Freire⁵⁹, que plantea que lo que ocurre es que no existe voluntad política para hacer efectivos los derechos y que, a su vez, esta falta de voluntad política encuentra su excusa en las carencias técnicas. Por otro lado, Contreras Peláez⁶⁰, se plantea en contra de que los derechos sociales dependan de algún tipo de condicionante económica, afirmando que las necesidades (y por tanto los derechos), son las mismas para todos los hombres, y que la problemática está en el plano de la satisfacción de los derechos y no en la titularidad de los mismos.

Si se parte del supuesto que los DESC son derechos subjetivos morales, su existencia y regulación, por tanto, no dependerían de la situación social y política vigente en un país en un momento determinado. Al ser los DESC, parte integrante del concepto de derechos humanos, estos son punto de referencia ética y práctica del ordenamiento jurídico internacional. De esta forma los DESC, son marco al momento de la interpretación de un ordenamiento jurídico nacional o de un texto legal determinado.

“Si no queremos renunciar a hablar en serio de los “derechos humanos”, y del “derecho” mismo, se hace indispensable una batalla práctica con alcance de utopía social: una educación para el coraje cívico; una invitación a la actitud crítica -en lo teórico- y al empeño

⁵⁸ Cea Egaña, José Luis, Ibid.

⁵⁹ Cfr. Peña Freire, Antonio, “La garantía en el estado constitucional de derecho”, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 161.

⁶⁰ Cfr. Contreras Peláez, Francisco, “Teoría e ideología”, Editorial Tecnos de Madrid, 1994, pp.109-124.

ético y político -en lo práctico- que recuerde al ciudadano que no hay nada más inhumano que despreocuparse de la suerte del hombre”⁶¹.

De todas formas, en la actualidad, más allá del fundamento de los derechos humanos y de los DESC, la doctrina de derechos humanos está conteste en dos cosas:

1- que se trata de derechos esenciales y que se basan en la idea de dignidad de la persona humana.

2- que los derechos humanos deben ser protegidos y a ello deben abocarse los principales esfuerzos más que en su fundamentación.

En efecto, en el derecho internacional de los derechos humanos hoy en día casi no se discute el fundamento de los mismos, esa no es la tarea prioritaria. Además, muchas de esas teorías se complementan para explicar el origen de los derechos en cuestión y su fundamento. El objetivo en estos momentos es que las diversas clases de derechos humanos no solamente estén reconocidos en los tratados internacionales y constituciones de cada Estado, sino que puedan ser garantizados a través de mecanismos eficientes y se implementen políticas en pos de su cumplimiento en todas las partes del mundo.

1.5. Estructura jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos civiles y políticos.

Entre los autores que le atribuyen a los derechos económicos, sociales y culturales el carácter de derechos propiamente tales, el elemento esencialmente diferenciador entre los DESC y los DCP estaría dado por tener como contrapartida los primeros tipos de derechos, obligaciones positivas, y los segundos, obligaciones negativas o de no hacer.

Ello, a primera vista, parecería del todo acertado si analizamos la forma en que se estructuran la mayoría de los DCP, ya que éstos tienen como contrapartida, obligaciones principales de no hacer. Así, el Estado (y cualquier otro sujeto) está impedido de matar a alguien, o de vulnerar el derecho de propiedad de cualquier persona, o también de impedir el derecho a sufragio, o sea, de poder expresar la propia posición política a través del voto.

En el caso de los DESC es distinta, por ejemplo el derecho a la salud o el derecho a la educación, se traducirían en la práctica en obligaciones positivas del Estado hacia los individuos; se trataría básicamente de obligaciones de hacer, que además, según muchos, implicarían esencialmente desembolsos de recursos públicos (después veremos que no son el único tipo de obligaciones estatales).

Todo esto tiene que ver con el contexto histórico en el que tuvieron origen las dos clases de derechos que estamos tratando. Los DCP nacen con el liberalismo político, como base del ordenamiento jurídico del derecho privado clásico. De acuerdo a esa concepción del Estado -que en la actualidad no existe-, los derechos que tienen una real importancia son los que implican principalmente una obligación de abstención del Estado respecto de los ciudadanos y ellos son los DCP.

A diferencia de los DCP, los DESC fueron tomando importancia con las luchas de los movimientos obreros y con el surgimiento de diversas ideologías (socialismo,

⁶¹ Ollero Tassara, Andrés, op cit., p. 168.

planteamientos social cristianos y otros) que pujaban por una más equitativa redistribución de los recursos, intentando reformar el derecho privado clásico y surgiendo la noción de estado social o benefactor. Sin embargo, hoy en día se puede decir que esta clase de derechos no son privativos de determinados movimientos o ideas políticas, ya que Estados con las más diversas organizaciones políticas y económicas, han incorporado estos derechos a sus constituciones y adhieren a las declaraciones y tratados internacionales que versan sobre estos derechos.

No obstante ello, hoy en día parte importante de la doctrina sigue afirmando que la distinción entre obligaciones positivas y negativas es el elemento que esencialmente diferencia a los DCP de los DESC. Los autores del presente trabajo nos oponemos a dicha posición, ya que con un adecuado estudio de los dos tipos de derechos, podemos vislumbrar claramente que los DCP no implican solamente obligaciones negativas y los DESC no se manifiestan sólo como obligaciones positivas o de hacer. De lo que más propiamente cabría hablar, es que en el caso de los DCP las obligaciones principales o rectoras por parte del Estado son obligaciones de no hacer, pero sin descuidar que también existen obligaciones secundarias o complementarias que se traducen en obligaciones positivas o de hacer. Así, el derecho político al sufragio, no sólo requiere que el Estado no imposibilite a los ciudadanos la posibilidad de expresar su posición política a través del voto (obligación negativa o de no hacer), sino que implica que el Estado debe cumplir con establecer y regular el sistema electoral, de forma tal que las elecciones se realicen en condiciones de igualdad y transparencia (obligaciones positivas o de hacer). De la misma manera, el Estado no solamente tiene las obligaciones de no matar o torturar (obligaciones negativas o de no hacer), sino que también tiene la obligación de establecer un sistema judicial eficiente que contribuya a reparar las consecuencias de un eventual incumplimiento de las obligaciones de no afectar la vida humana (obligaciones positivas o de hacer). En estos casos, podemos ver que cumpliéndose las obligaciones principales o rectoras por parte del Estado, los derechos civiles y políticos se entienden cumplidos, pero que para que ello suceda de manera adecuada muchas veces tiene gran importancia el cumplimiento de las obligaciones positivas, aunque éstas puedan entenderse como secundarias o complementarias.

Robert Alexy, entiende en un sentido amplio la idea de derecho de prestaciones, en este sentido todo derecho a un acto positivo o una acción del Estado, es un derecho de prestación. “De esta manera, el derecho a prestaciones es la contrapartida exacta del concepto del derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a un acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado. La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y bienes”⁶². De esta forma, los derechos fundamentales, tanto DCP como DESC, deben ser considerados como un todo, constituidos por un haz de obligaciones y posiciones diversas, no pueden ser vistos en forma unívoca.

Todo esto ocurre también respecto de los derechos sociales, ya que ellos no se traducen solamente en obligaciones positivas sino que también implican en muchas hipótesis obligaciones negativas⁶³. Es el caso, por ejemplo del derecho a la salud, en el

⁶² Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op.cit., p. 427.

⁶³ “Un derecho fundamental ambiental responde mas bien a aquello que más arriba fue llamado “derecho fundamental como un todo”. Está constituido por un haz de posiciones de tipos muy diferentes. Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental ambiental o su adscripción interpretativa a las disposiciones iusfundamentales existentes puede, por ejemplo, incluir en este haz un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a

cual el Estado no solamente tiene la obligación de prestar una adecuada atención de salud a los ciudadanos (obligación principal positiva), sino que por cierto también tiene el deber de no afectar este derecho en sus diversos aspectos mediante conducta alguna, teniendo la obligación, por ejemplo, de no desperdiciar recursos públicos a través de la corrupción o de favorecer o permitir prácticas nocivas a la salud (obligación secundaria negativa).

Sin lugar a dudas, la mayor parte de las veces los DESC se expresan en obligaciones principales positivas para el Estado, y así lo manifiesta claramente Contreras Peláez, cuando al admitir la posibilidad de que estos derechos también impliquen obligaciones negativas, señala que “para los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho: en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado: la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”⁶⁴.

Compartiendo la idea de Robert Alexy, de que el problema no es la denegación del derecho en la medida de la no intervención estatal, sino que el incumplimiento de un fin perseguido, lo que no implica la no protección del derecho en cuestión. “...los derechos a acciones positivas comparten problemas que no pesan en absoluto o no pesan con la misma intensidad sobre los derechos a acciones negativas. Los derechos a acciones negativas imponen límites al Estado en la prosecución de sus fines. No dicen nada acerca de los fines que tienen que perseguir. En cierto modo, los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados objetivos. Por ello, en todos los derechos a acciones positivas del Estado se plantea el problema de saber si y en que medida se puede y se debe imponer la persecución de fines del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos”.⁶⁵

Por otro lado, también descartando que se asimilen en forma absoluta los DCP a las obligaciones de no hacer y los DESC a las de hacer, los autores Freíd Van Hoff y Asbjorn Eide⁶⁶, proponen un esquema que engloba ambas clases de derechos de manera conjunta. De acuerdo a su esquema, más que la simple distinción entre obligaciones negativas y positivas, cada derecho tendría diferentes niveles de protección. Así, existirían en primer lugar, obligaciones de respetar, que se caracterizarían por el deber del Estado de no impedir el ejercicio de un derecho a los individuos. En un segundo nivel, habría obligaciones de proteger, las que implicarían evitar que terceras personas afecten o impidan el ejercicio de los derechos protegidos. Enseguida, el Estado estaría obligado a garantizar el ejercicio del derecho, lo que se traduciría en permitir el acceso al ejercicio del derecho en cuestión a quien no pueda hacerlo por sí mismo. Por último, se establecen en este esquema, la existencia de obligaciones de promover, que significarían en la práctica que el Estado estaría obligado a generar las condiciones necesarias para que los titulares de un determinado derecho puedan acceder a él.

que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el medio ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica).” Ibid, p. 429.

⁶⁴ Contreras Peláez, Francisco, *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Editorial Trotta de Madrid, 1994, p.21.

⁶⁵ Alexy, Robert, Op cit. pp. 429 y 430.

⁶⁶ Cfr. A. Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, pp. 21-49, en especial pp.36-38.

El esquema descrito se refiere, como hemos dicho, tanto a los DCP como a los DESC. Sin embargo, a nosotros nos interesa analizar especialmente cuál es su aplicación en el caso de estos últimos.

El primer nivel de obligaciones que asumiría el Estado en relación a los DESC parte del presupuesto que en definitiva son los individuos los que primero deben satisfacer sus propios derechos y el Estado sólo tendría una función subsidiaria de protección. Esta idea que se aplicaría a ambos tipos de derechos, tanto a los DESC como a los DCP. Lo anterior, encuentra respaldo en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo -Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986- que en su artículo 2 identifica al individuo como el sujeto activo de todo desarrollo económico y social⁶⁷. Por lo tanto, sería siempre el sujeto particular el que en un primer lugar debe buscar, con sus propios medios, ejercitar sus DESC.

En el segundo nivel de obligaciones, estarían las de proteger, que derivarían en tutelar por parte del Estado la libertad de los individuos de acceder al ejercicio de sus derechos con sus propios recursos, sin ser afectados en su uso por terceras personas. Este nivel de obligaciones merece una explicación especial, ya que podría entenderse que no sería solamente el Estado el que puede afectar los DESC, sino que también los particulares, en lo que viene llamado en doctrina “efecto terciario” o “Drittwirkung”⁶⁸. Por eso, una de las obligaciones del Estado en relación a los derechos sociales dice relación con tomar las medidas necesarias para que los particulares no los vulneren, y además las que corresponda adoptar una vez que los derechos en cuestión hayan sido afectados. En el PIDESC existen varios pasajes que hacen referencia a la posibilidad que sean los sujetos individuales los que afectan los derechos contenidos en él. En primer lugar, en el considerando final del preámbulo del Pacto, cuando dice que “comprendiendo que el individuo por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto...”. También en el artículo 5 del mismo texto, ya que en él se afirma que “ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él”. De lo anterior, no debe desprenderse que los DESC (ni cualquier clase de derechos fundamentales) sean exigibles entre particulares, ya que los derechos humanos son en su esencia derechos que tiene la persona respecto del Estado. Lo que sí significa, en cambio, es que una de las obligaciones del Estado en relación a los derechos fundamentales y en particular respecto a los derechos sociales, es realizar todas las acciones que sean necesarias para que los particulares no impidan su libre ejercicio.

⁶⁷ “1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo. 2. Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad del pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo. 3. Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste.”, artículo 2, Declaración sobre Derecho al Desarrollo, 1986, Naciones Unidas.

⁶⁸ Cfr. Kart Doering, “Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, Frankfurt, 1976, p. 198; Soto Kloss, Eduardo, “El Recurso de Protección”, Santiago, 1982, p. 311.

En el caso de las obligaciones de garantizar y de promover, correspondientes al nivel tercero y cuarto del esquema de Van Hoff y Eide, ellas necesitan para su cumplimiento un rol más activo por parte del Estado y son las que más discusiones han provocado en cuanto a su justiciabilidad.

Es relevante destacar que el esquema anterior ha sido asumido (con pequeñas variaciones) en los principales documentos interpretativos del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁹.

Por otra parte, además de lo expresado en relación a los esquemas descritos de obligaciones rectoras y secundarias y del esquema de los niveles de protección estatales, podemos decir que existen muchas zonas grises, en que ni siquiera se puede hablar tajantemente de DCP o de DESC, ya que existen derechos que dependiendo del punto de vista pueden ser lo uno o lo otro. Es el caso por ejemplo de los derechos de sindicalización y de huelga. Estos derechos, desde una perspectiva histórica o sociológica han sido denominados como derechos sociales y ello queda de manifiesto por su incorporación en el artículo 8 del PIDESC⁷⁰. Además, se los ha entendido como derechos sociales por estar básicamente enfocados a proteger el derecho al trabajo, que es un derecho social. Sin embargo, desde un punto más estrictamente jurídico, analizando la estructura de estos derechos, por implicar obligaciones negativas para el Estado (de no impedir el derecho a la huelga o a la sindicalización), resultarían ser, en realidad un DCP y más específicamente: una expresión en el ámbito económico y social que atañe a los trabajadores, del derecho de asociación.

Por último, existen derechos que teniendo una estructura claramente identificable con los DCP, han adquirido cada vez con más fuerza una connotación social. Este es el caso del derecho de propiedad, que siendo un DCP, tiene cada vez más restricciones derivadas de la llamada “función social”⁷¹. “La pérdida de carácter absoluto del derecho

⁶⁹ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General (OG) Nro. 3 (1990) “La índole de las obligaciones de los Estados Partes – párrafo 1 del artículo 2 del Pacto”, OG Nro. 4 (1991) “El Derecho a la Vivienda Adecuada – párrafo 1 del artículo 11 del Pacto”, OG Nro.5 (1994) “Personas con Discapacidad”, OG Nro. 6 (1995) “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad”; “Principios de Limburgo” (1986); “Principios de Maastricht” (1997); CIJ, “Declaración y Plan de Acción de Bangalore” (1995); Encuentro Latinoamericano de Organizaciones de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Declaración de Quito” (1998).

⁷⁰ “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. 2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado. 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”, art. 8 del PIDESC.

⁷¹ “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la utilidad y la

de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único. Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distinción social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios. (...) En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos”⁷²

No obstante lo anterior, la diferencia entre los DCP y los DESC se mantiene y algunos autores han llegado a afirmar la existencia de una “relación de tensión” entre ambos tipos de derechos. Se ha planteado que siendo contrapuestas las estructuras jurídicas de las obligaciones derivadas de los DCP y las de los DESC (por lo menos respecto de las obligaciones principales o rectoras), el papel que le cabe al Estado en estos dos derechos es diametralmente opuesto, por lo cual los DCP y los DESC no pueden coexistir sin que alguna de las dos clases de derechos terminen por imponerse sobre los otros. En la práctica, se le estaría exigiendo al Estado un rol principalmente abstencionista para que cumpla sus obligaciones en el caso de los DCP, mientras tendría que jugar un rol principalmente activo e incluso intervencionista para dar efectivo cumplimiento a los DESC.

La preocupación existente respecto de lo recién mencionado se expresa claramente en el Artículo 6 número 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷³, donde se establece que tanto el desarrollo como la plena ocupación deben alcanzarse en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales.

Sin embargo, lo anterior se desvirtúa de acuerdo con el esquema planteado de la existencia de obligaciones principales o rectoras y secundarias o complementarias para ambas clases de derechos, ya que el Estado para asegurar la realización de las dos clases de derechos debe cumplir frecuentemente tanto con obligaciones positivas como negativas. Además, hoy en día se habla ya no de una relación de tensión entre ambas clases de derechos, sino que de complementación, porque existe consenso acerca de la existencia de múltiples vínculos entre los DCP y los DESC. Este planteamiento fue realizado en el Informe Final de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de las Naciones Unidas, por el relator especial del tema “La Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, que destacó cómo la pobreza extrema conducía a la exclusión social y a la consecuente incapacidad de los afectados de ejercer plenamente sus derechos humanos, incluyendo también los DCP⁷⁴. Lo anterior, quedó además plasmado en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, que

salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”, Art. 19 n° 24 inciso 2 de la Constitución Política de la República de Chile, en adelante CPRC.

⁷² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, op .cit., p. 26.

⁷³ “Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.”, art. 6 n°2 del PIDESC.

⁷⁴ Danilo Türk (special report), The Realization of Social and Cultural Rights – Final Report, U.N. doc. E/CN.4/Sub. 2/1992/16, del 03.07.1992, pp.39, 4, 59 y 55.

estableció los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos⁷⁵.

En la actualidad, podemos decir que ante la visión que contrapone los DCP a los DESC, se impone cada vez con más fuerza en los organismos internacionales una visión integrada de los derechos humanos.

1.6. Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

En el tema de la justiciabilidad de los DESC existen autores como Roberto Mayorga, que diferencian entre el reconocimiento y la garantización de los derechos. El reconocimiento significaría básicamente asumir la existencia de determinados derechos dentro del ordenamiento jurídico, mientras la garantización se entiende como la posibilidad de contar con herramientas jurídicas apropiadas para poder exigir el cumplimiento de los derechos ante los Tribunales de Justicia⁷⁶. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aparece claramente expresada esta distinción en su artículo 2, ya que la plena efectividad de los derechos contenidos en su texto se plantea como una meta a alcanzar de manera progresiva⁷⁷.

El dualismo entre reconocimiento y garantización se manifiesta en la forma en que están redactadas prácticamente todas las disposiciones del PIDESC. Sin embargo, respecto de tres derechos regulados en el Pacto, el tratamiento es distinto. Se trata de los derechos a sindicación, a la huelga y a la libertad de educación. En efecto, en las disposiciones que los regulan ya no se habla de derechos “enunciados” o “reconocidos”, sino que en referencia a ellos se utilizan las expresiones “garantizar” y “respetar”, de lo cual se desprende que ya no se trataría de un cumplimiento progresivo, sino inmediato. Pero en realidad las excepciones mencionadas serían sólo aparentes, ya que si bien los derechos mencionados se encuentran en el PIDESC, su naturaleza jurídica sería la de DCP y el dualismo del que se ha hablado se mantendría respecto de todos los derechos cuya naturaleza es la de DESC.

En las Naciones Unidas se ha criticado la fórmula utilizada en el PIDESC de distinguir entre reconocimiento y garantización, porque serían fácilmente incumplidos los derechos regulados en su interior, por quedar de alguna manera al arbitrio de cada Estado las formas y plazos en que se garantizarían.

Sin embargo, hay ciertas situaciones respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que hacen variar lo anteriormente dicho, o por lo menos introducen algunos matices.

⁷⁵ Cfr. Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993, Naciones Unidas.

⁷⁶ Cfr. Mayorga Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp.145-146 y 168-169.

⁷⁷ “Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, Art.2.1. PIDESC.

En primer lugar, se ha entendido que una de las obligaciones de efecto inmediato para el Estado está constituida por el respeto al principio de no discriminación en la garantización de los derechos reconocidos en los tratados. El citado principio es un principio transversal que viene protegido en el ámbito de los derechos humanos, encontrándose consagrado en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁸ y en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁹. Hace un tiempo atrás era una preocupación permanente evitar que se vulnerara el principio de no discriminación en el caso de los DCP descuidando este aspecto en el caso de los DESC. Hoy en día, se ha reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que la no afectación del principio de la igualdad o no discriminación es un objetivo que debe ser perseguido de manera transversal, independiente de la clase de derecho de que se trate⁸⁰. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al pronunciarse acerca de cuales son las obligaciones inmediatas de los Estados Partes del PIDESC, señaló que entre ellas estaba la de garantizar el ejercicio de los derechos protegidos “sin discriminación”⁸¹.

En segundo lugar, tenemos que respecto de uno de los DESC contenidos en el PIDESC la fórmula que se utiliza para su protección es diferente. El derecho en cuestión es el derecho a la educación básica gratuita, respecto del cual se establece que en el plazo de dos años desde la entrada en vigencia del Pacto, cada Estado donde la educación básica no sea obligatoria ni gratuita, deberá formular un plan de acción detallado en el que especifique el plazo en el que se garantizaría dicho derecho⁸². El caso del derecho recién mencionado constituye entonces una importante excepción dentro del PIDESC, ya que al principio de progresividad se le agregan plazos precisos para el cumplimiento del derecho.

En tercer lugar, se ha planteado que no existirían problemas en cuanto a la justiciabilidad de los DESC que establecen obligaciones negativas para el Estado u obligaciones de respetar, de acuerdo al esquema utilizado por Van Hoff y Eide. Un ejemplo de ello sería la obligación del Estado de no afectar el derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes. Otro caso estaría dado por la afectación del derecho a la vivienda en caso de ordenarse el desalojo de grupos de personas que no tienen recursos económicos sin entregarles otra solución habitacional. Además, podría también entenderse como una afectación de un derecho, recurrible ante los tribunales de justicia, la adopción de medidas regresivas que empeoren el grado de goce de un DESC. Todas estas son situaciones claramente justiciables y ello consiste en

⁷⁸ “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”, Art.26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁹ “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”, Art.2.2 PIDSEC.

⁸⁰ Cfr, Cançado Trindade, Antonio Augusto, El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 120-121 y 126.

⁸¹ “Comentario General” n. 3, en U.N., Committee on Economic, Social and Cultural Rights – Report on the Fifth Session (1990), pp. 83-87.

⁸² “Todo Estado parte en el presente Pacto, que en el momento de hacerse parte de él, aún no haya podido instituir en su territorio la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro del plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijados en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.” Art.14 PIDESC.

modificar la actuación estatal que ha venido a vulnerar un DESC o a producir un retroceso en su goce.

Por último, otra forma de lograr la justiciabilidad de los DESC, estaría dada por la utilización de los mecanismos existentes para la protección de los DCP. Esto dice relación con lo mencionado en la parte 1.3. del presente capítulo en relación a la indivisibilidad e interdependencia entre los diversos tipos de derechos humanos. En muchas ocasiones, como se hizo ver en su oportunidad la vulneración de un derecho social puede significar también la afectación de un DCP y viceversa. Además, en muchos casos las obligaciones complementarias de un tipo de derecho pueden estar estrechamente relacionadas con obligaciones rectoras de otro derecho. Por ejemplo, en el caso del derecho a la vida, el Estado tiene la obligación principal de no vulnerar la vida de persona alguna, pero también tiene una serie de obligaciones positivas secundarias para resguardar dicho derecho, como buscar disminuir la mortalidad infantil, las epidemias y adoptar medidas con el objeto de elevar las expectativas de vida de la población. Esta ha sido la interpretación del Comité de Derechos Humanos en relación al derecho a la vida consagrado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸³. En el caso mencionado podemos ver como medidas complementarias necesarias para proteger un derecho civil como el derecho a la vida, coinciden con obligaciones principales del Estado para asegurar el derecho social a la salud. Esta situación también puede suceder con otros derechos vinculados, como son el derecho a la propiedad con el derecho a la vivienda o el derecho de manifestación con el derecho de huelga. Se ha planteado que en todos los casos en que derechos económicos, sociales y culturales no tengan establecidos adecuados mecanismos de protección y posean a la vez, una conexión con DCP podrán ser justiciables a través de los procedimientos existentes para estos últimos.

Todas las situaciones anteriores nos demuestran como en algunos casos es posible perseguir la justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, podemos decir que la forma normal de verificar el cumplimiento de los derechos contenidos en el PIDESC, es a través de Informes que los Estados deben presentar cada dos años al Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, lo cual representa una forma de control más que un mecanismo de justiciabilidad. Esto, a diferencia de lo que ocurre en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁴ que establece en su artículo 2.3 el derecho a un recurso efectivo en caso de violación de los derechos consagrados en el Pacto, lo cual no se encuentra establecido de manera expresa en el PIDESC.

La posibilidad de garantizar los DESC sería por tanto muy diferente a la de los DCP, que siempre tendrían plena efectividad de inmediato. Se ha sostenido por Horner⁸⁵, para graficar esta diferencia entre ambas clases de derechos, que los DCP constituirían “estados” y DESC “procesos”, queriendo significar con ello que los primeros estarían perfeccionados mientras los segundos se encontrarían en una etapa intermedia, en la que estando reconocidos aún no son justiciables, pero pueden llegar a serlo de manera progresiva.

Uno de los principales argumentos de quienes sostienen que los derechos sociales son meros planteamientos programáticos, es justamente que no existen los mecanismos

⁸³ Cfr. Observación General n. 6, Report of The Human Rights Committee. Official Records of The General Assembly, 37th Session, Supplement n. 40 (A 39/40), 1982.

⁸⁴ En adelante PIDCP.

⁸⁵ Horner, Franz, Die soziale Grundrechte, Salzburg, 1974, p. 244, cit. por Mayorga Lorca, Roberto, Naturaleza Jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 146-147.

judiciales adecuados para poder exigir el cumplimiento de estos derechos ante los Tribunales de Justicia. Nos parece que la inexistencia de instrumentos procesales concretos no es un argumento suficiente para afirmar que los DESC no son ni pueden ser justiciables. Si efectivamente no existen en los ordenamientos jurídicos nacionales, mecanismos para hacer realidad los derechos que se establecen, ellos se pueden crear e incluso el legislador puede estar obligado a hacerlo. ¿subsiste la deficiencia? Profundizar más esta idea. Además, hemos visto que en ciertas situaciones sí existe la posibilidad de justiciabilidad y por lo tanto ello va a depender del caso concreto que se presente.

En el caso del incumplimiento de obligaciones positivas del Estado con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, las dificultades de garantizarlos sí son efectivas -y en este caso pareciera que los argumentos de quienes se oponen a la justiciabilidad de esta clase de derechos tendrían más sentido-, ya que no resulta apropiado que se definan las políticas públicas en materias sociales a través de los Tribunales de Justicia. En efecto, no es imaginable que en causas judiciales específicas se pueda intervenir en la planificación de áreas tan relevantes como la salud, la educación y en general las que tiene que ver con los derechos sociales. En segundo lugar, si el poder judicial interviniera en algunos casos de una forma y en otros de una manera distinta, ello tendría un efecto perverso en cuanto a la equidad del sistema.

Estas son dificultades de la garantización de los DESC; pero como hemos visto, los problemas se producen solamente en algunos tipos de obligaciones estatales y en muchos casos el incumplimiento de estos derechos no ha tenido que ver solamente con la falta de acciones procesales, sino con la inexistencia de una voluntad política dirigida a dar cumplimiento a las normas que sobre la materias se han establecido tanto a nivel internacional como a nivel nacional.

La tendencia se dirige a la búsqueda de una mayor justiciabilidad de los DESC. Ha sido en esa dirección que se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al establecer obligaciones mínimas⁸⁶ para los Estados en el cumplimiento de los derechos reconocidos en el PIDESC. Además, el principio mencionado de la interdependencia entre los DCP y los DESC ha contribuido a que se vaya imponiendo cada vez con mayor fuerza en el Derecho Internacional una visión integrada de los derechos humanos y ello ha tenido y debiera tener en el futuro un efecto positivo para la efectiva realización de los DESC.

⁸⁶ Cfr. "Comentario General" n. 3, en U.N., Committee on Economic, Social and Cultural Rights – Report on the Fifth Session (1990), pp. 83-87.

CAPITULO II:

La política económica de Chile y los Tratados de Libre Comercio

2.1. Algunas consideraciones acerca de la política económica de Chile

Desde 1974 Chile dio un giro profundo en su estrategia de desarrollo. El diagnóstico que hicieron los economistas encargados de hacer este vuelco, tenía como idea central que el Gobierno de los años 1970 a 1973 de la Unidad Popular sólo profundizó un conjunto de políticas erradas del período 1930-1973⁸⁷.

A partir de 1974, con diferentes matices⁸⁸, el modelo de desarrollo aplicado por nuestro país, es centrado en la idea del libre mercado, utilizando como pilar jurídico el principio de subsidiariedad del Estado, esto es, limitar su intervención en el ámbito económico a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma. Esta estrategia económica, ha significado en la práctica una apertura comercial de Chile, que siguiendo la mayoría de las recomendaciones de la Organización Mundial del Comercio⁸⁹ ha llevado a cabo una profunda disminución del rol del Estado en materia económica y social.

Este modelo de desarrollo ha implicado para nuestro país gran estabilidad macroeconómica, teniendo Chile importantes índices de crecimiento económico y bajos niveles de inflación. De hecho, es frecuente que nuestro país sea mencionado en foros internacionales, como un ejemplo a seguir en cuanto a políticas macroeconómicas.

Sin embargo, las políticas llevadas a cabo han tenido una contrapartida en importantes materias sociales, disminuyéndose el rol del Estado en ámbitos relevantes como la educación y la salud (aunque el gasto público ha aumentado en estas áreas desde 1990 a la fecha)⁹⁰. Además, Chile tampoco ha podido mejorar la situación relativa a la distribución del ingreso, una de las dramáticas problemáticas que aún vive América Latina. La situación existente en nuestro continente respecto de la distribución del ingreso fue reconocida expresamente por los gobiernos latinoamericanos en la Cumbre Iberoamericana efectuada a mediados de noviembre de 2003 en Colombia, agregándose que las reformas económicas

⁸⁷ En concepto de la fundación Terram, "en el caso de Chile, el modelo de desarrollo desde 1930 a 1973 era uno de industrialización por sustitución de importaciones (ISI), con un Estado Empresario, una economía de bienestar y, en general, una fuerte influencia del Estado". Publicaciones Fundación Terram, "TLC con Estados Unidos: Neoliberalismo sin retorno", Serie APP, Número 15, Marzo 2003, p. 2.

⁸⁸ Se tiene presente que durante dicho período hay muchas variantes. Principalmente desde 1984 en adelante, debido a la crisis de la deuda donde el Estado tuvo que asumir una activa intervención en la regulación de los mercados. Sin embargo profundizar en esto excede la naturaleza de este trabajo. Ver Moguillanski, Globalización, Fondo de Cultura Económica, p. 270.

⁸⁹ En adelante, OMC.

⁹⁰ Ver en los Anexos del presente trabajo las estadísticas referidas al gasto público en educación y salud.

introducidas han incluso empeorado la situación⁹¹. En Chile, la desigualdad en los ingresos también se ha profundizado, llegando incluso a incrementarse en los gobiernos democráticos, desde 1990 hasta la actualidad con una leve mejoría en los últimos años⁹².

Otro aspecto destacado del cambio en la política económica seguida desde mediados de la década de 1970 hasta la actualidad, está constituido por la estrategia comercial de inserción internacional llevada a cabo, que tiene como base la idea que Chile al ser un país pequeño, requiere de una participación activa en el comercio internacional, para poder mantener su ritmo de crecimiento sostenido. Así, nuestro país ha aumentado notablemente sus exportaciones⁹³, sin embargo los envíos al exterior aún se encuentran concentrados en gran medida en materias primas con un bajo nivel de procesamiento o sin ningún procesamiento.

Mediante tres vías complementarias, Chile ha impulsado su inserción económica internacional: la apertura unilateral, las negociaciones comerciales multilaterales y la apertura negociada en el ámbito bilateral y regional⁹⁴ (estrategia que se comenzó a utilizar con mayor énfasis desde inicios de la década de los 90 y donde el Tratado de Libre Comercio⁹⁵ con Estados Unidos es su máxima expresión).

En efecto, durante las últimas tres décadas los gobiernos chilenos han utilizado la idea de Regionalismo Abierto, como parte fundamental de la estrategia de desarrollo del país. Esta estrategia se basa en la premisa fundamental que el desarrollo se logrará con un crecimiento sostenido de la economía nacional, para lo cual la política comercial de nuestro país es fundamental.

Así lo expresa la “Guía de Negociaciones Comerciales” de la Cancillería Chilena: “un país con un mercado interno reducido como el de Chile requiere de una participación activa en el comercio internacional para mantener su ritmo de crecimiento en forma sostenida”⁹⁶.

⁹¹ La Declaración de Santa Cruz señala: “Reconocemos que las reformas económicas estructurales llevadas a cabo con tanto sacrificio por nuestros pueblos, en muchos casos no han producido resultados suficientes sobre la disminución de las desigualdades y la exclusión social, e incluso en algunos casos han significado un retroceso o profundización de estos fenómenos”, Declaración de Santa Cruz, Cumbre Iberoamericana, 17 de Noviembre de 2003.

⁹² Ver en los Anexos del presente trabajo, las estadísticas del Ministerio de Planificación y Desarrollo de Chile (Mideplan) acerca de la distribución de los ingresos en Chile.

⁹³ En 1970, Chile exportaba US\$1.112 millones, de los cuales un 76% correspondía a ventas de cobre y el 24% restante a recursos naturales de primer nivel de procesamiento. En el año 2000, las exportaciones alcanzaron US\$18.425 millones, donde los recursos naturales con o sin algún tipo de procesamiento alcanzan más del 86% de los envíos totales. Datos obtenidos de [www.direcom.cl], Dirección Económica del Ministerio de Relaciones Exteriores, 15 de marzo de 2004].

⁹⁴ Es importante tener en cuenta que desde la propia OMC, esta es la forma más mayor es la probabilidad criticada para abrir los mercados a nivel internacional, ya que puede producir distorsiones en el comercio mundial a través de lo que se ha denominado “desvío comercial”. Por “desvío comercial” se entiende como la probabilidad de que los países comiencen a importar de sus nuevos socios bienes de consumo que acostumbraban a importar, con costos de cambio extranjero menores, de los productores más eficientes. Cuanto mayor es la cantidad de acuerdos de libre comercio y más diversas sus cláusulas, mayor es la probabilidad del desvío comercial. Cfr. J. Serra, G. Aguilar, J. Córdova, G. Grossman y otros, “Reflexiones acerca del Regionalismo”, Capítulo VII, 1997, Editorial Trotta, Madrid.

⁹⁵ En adelante, TLC.

⁹⁶ Guía de las negociaciones comerciales de Chile, [www.minrel.cl], Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 15 de marzo 2004].

Para poder concretar esta idea, en la década de los '80, Chile tuvo que cambiar gran parte de su ordenamiento jurídico, creando en la Constitución Política de la República, la idea de Orden Público Económico⁹⁷, protegiendo la inversión extranjera a través del Decreto Ley 600, reformando la Ley Tributaria y en general adecuando todo su ordenamiento jurídico en armonía al principio de subsidiariedad.

Con estas reformas y sus implicancias prácticas en materia económica, Chile se ha convertido en uno de los principales exponentes de las medidas dictadas por el Fondo Monetario Internacional⁹⁸ y la Organización Mundial de Comercio. Junto con lo anterior, gracias a la estabilidad institucional lograda a raíz del consenso en materia económica entre los dos principales bloques políticos existentes en Chile, nuestro país muestra muy buenos índices internacionales en libertad económica, transparencia y opacidad⁹⁹.

Según el Director General de Relaciones Económicas Internacionales de Chile, Osvaldo Rosales, estos indicadores muestran que nuestra nación cuenta con una economía abierta, competitiva, transparente y disciplinada en el acatamiento de las normativas internacionales. Esto ha permitido que Chile dé las pruebas suficientes durante las últimas décadas para que su calificación de riesgo país sea muy bajo, tomando en cuenta que nuestros vecinos se encuentran cruzados por profundas crisis económicas y sociales.

En diferentes presentaciones realizadas por el mismo Rosales¹⁰⁰, se expresan pormenorizadamente las principales características de la actual estrategia de desarrollo seguida por nuestro país:

- Modelo económico de apertura,
- Gestión macroeconómica rigurosa en democracia,
- Sólidos resultados en crecimiento, orientación exportadora y de equidad,
- Indicadores internacionales: riesgo-país, competitividad, transparencia, libertad económica y probidad,
- Consenso nacional sobre estrategia exportadora,
- Una transición ordenada,
- Solidez institucional,
- Socios confiables,

⁹⁷ Para Mario Verdugo, el concepto de Orden Público Económico es el siguiente: "el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas (...) El orden público económico debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldean la institucionalidad política, social y económica proclamada por la Constitución: libertad, subsidiariedad, igualdad de derechos y oportunidades, prohibición de discriminar arbitrariamente, entre otros". Verdugo, Manuel de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 290 a 291. Es importante decir que la idea de Orden Público Económico es una creación netamente doctrinal, que ha servido de base para la interpretación de los preceptos constitucionales, principalmente las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 N° 21 y 19 N° 22. En este sentido el concepto de orden público económico no es unívoco, por ejemplo para Jorge Streever el orden público es "...los intentos de precisar qué es el orden público económico se orientan por dos vías principales: la una, ve el orden público económico como un concepto meramente funcional, sin un contenido determinado; la otra, pone en cambio el acento en aspectos sustantivos que se refieren a la organización fundamental de una sociedad". Citado por Ruiz-Tagle, Pablo, Principios Constitucionales del Estado Empresario, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, año 2000, p. 58.

⁹⁸ En adelante, FMI.

⁹⁹ Índices disponibles en los Anexos del presente trabajo.

¹⁰⁰ Para una revisión exhaustiva consultar [www.direcon.cl, 7 de marzo 2004].

Experiencia negociadora.

2.2. Los tratados de libre comercio dentro de la política económica de Chile

“El efecto que este acuerdo tiene sobre la

economía chilena, nos va a hacer crecer - según algunos - casi un punto, pero más que eso, este acuerdo significa más empleo, más importaciones, y también que los productos que llegan de Estados Unidos serán más baratos porque no van a pagar aranceles”¹⁰¹

En la declaración del Presidente de la República, se expresa con meridiana claridad, el vínculo que existe entre la política comercial del país con su estrategia de desarrollo. Los tres acuerdos bilaterales de libre comercio ratificados por Chile con Canadá, la Unión Europea y Estados Unidos¹⁰², traerían, según las diversas autoridades encargadas en este tema, grandes beneficios para la economía de Chile en el marco de la actual estrategia de desarrollo, para la cual la política de relaciones exteriores en materia económica del país, cumple una función primordial.

Los convenios comerciales a los que nos referimos se insertan en un contexto mundial de integración económica caracterizada por una creciente reducción de las barreras a los flujos de bienes, servicios, capitales y conocimientos. Esta apertura al comercio internacional ha llevado a muchos países a aumentar sus niveles de crecimiento; además la inversión extranjera en diversas ocasiones ha contribuido a la superación de la pobreza en países en desarrollo. En ese marco, los acuerdos de libre comercio pueden llegar a tener varios efectos positivos en los índices económicos de las economías de los países que los suscriben, efectos que en definitiva contribuyen al bienestar de la población.

Sin embargo, este proceso de integración, al que se le ha denominado “globalización”¹⁰³, también ha tenido ciertos aspectos negativos para la población mundial, en particular la de los países en desarrollo. Uno de los grandes flagelos para la humanidad, como es la extrema pobreza, no está siendo enfrentado adecuadamente e incluso, de acuerdo a cifras del Banco Mundial, en la última década del siglo XXI aumentó en casi 100 millones de personas¹⁰⁴. Además, este proceso de integración económica no siempre ha tenido las mismas reglas comerciales para los países ricos que para los

¹⁰¹ Declaración pronunciada por el Presidente de la República de Chile, Ricardo Lagos Escobar, a raíz de la inminente firma del tratado de libre comercio con Estados Unidos. Diario La Nación, jueves 29 de Mayo de 2003, p. 2.

¹⁰² En adelante se abreviará Estados Unidos como EE.UU. y Unión Europea como UE.

¹⁰³ En general se ha entendido que la “globalización” es un proceso que no abarca solamente el ámbito económico, pero en este caso sólo nos vamos a referir a ese aspecto del fenómeno.

¹⁰⁴ Entre 1990 y 1998, las personas que viven con menos de dos dólares diarios aumentaron de 2.178 a 2801 millones. Cfr. Banco Mundial, Global Economic and the Developing Countries 2000, Washington D.C., World Bank, 2000, p. 29.

países en desarrollo. En efecto, mientras a los países en desarrollo se los ha instado por las instituciones financieras internacionales a adoptar políticas de libre mercado (con la amenaza de ser acusados de dumping si no lo hacen), los gobiernos de los países desarrollados han seguido una serie de medidas proteccionistas, en particular subsidiando la agricultura de sus países¹⁰⁵. Por otro lado, la inversión extranjera, que como dijimos puede ser una oportunidad de avanzar hacia la superación de la pobreza en los países en desarrollo, si no existen las reglas y controles que lo eviten, ha llegado a convertirse en una amenaza para el medio ambiente¹⁰⁶.

En definitiva, podemos decir que los procesos de integración entre los países, más allá incluso de lo estrictamente económico, son un hecho y de lo que se trata en definitiva, es de poder aprovechar todos los aspectos positivos que pueden tener para la población y de adoptar todas las regulaciones que sean necesarias para que no se produzcan sus efectos indeseados. Según el Premio Nóbel de Economía de 2001, Joseph Stiglitz, “la globalización en sí misma no es buena ni mala. Tiene el poder de hacer un bien enorme, y para los países del Este asiático, que han adoptado la globalización bajo sus propias condiciones y a su propio ritmo, ha representado un beneficio gigantesco, a pesar del paso atrás de 1997. Pero en buena parte del mundo no ha acarreado beneficios comparables. Y a muchos les parece cercana a un desastre sin paliativos”¹⁰⁷.

Hechas estas consideraciones, lo que resulta entonces importante en el caso de los tratados de libre comercio es de vislumbrar cuales son sus efectos para la economía de los países y para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de la población, que es el objetivo primario de nuestro trabajo. En el caso de Chile, nuestro país ha celebrado a la fecha varios acuerdos de libre comercio bilaterales¹⁰⁸ (además de una serie de acuerdos regionales). Como ya hemos dicho, los tratados objeto de nuestro estudio serán los que se han celebrado con Canadá, la Unión Europea y Estados Unidos.

De acuerdo a la visión del gobierno de Chile los efectos que se han generado y los que se van a producir en el futuro cercano, con la celebración de los acuerdos de libre comercio firmados en la última década son, sin lugar a dudas, positivos. Se expresa en un documento de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales¹⁰⁹ que “estas negociaciones (las llevadas a cabo con los tratados celebrados en la última década) nos han permitido avanzar en reducir la vulnerabilidad externa de la economía en tiempos de grandes turbulencias financieras, consolidar y ampliar el acceso de nuestros productos a las principales economías internacionales, diversificar las exportaciones y contar con reglas del juego claras”¹¹⁰. Además, como manifestaba el Presidente de la República en la cita mencionada anteriormente, refiriéndose en especial a la firma del acuerdo con los EE.UU.,

¹⁰⁵ “Estados Unidos y la Unión Europea representan el 52% del mercado global de alimentos pero lo obtienen apoyándose en subsidios ascendentes a US \$320.000 millones anuales.”, Fazio Rigazzi, Hugo, TLC. El amarre del modelo, 2004, Santiago, Editorial LOM Ediciones, p. 28.

¹⁰⁶ Cfr. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, “Derechos privados, problemas públicos”, 2001, Winnipeg, Canadá, prefacio.

¹⁰⁷ Stiglitz, Joseph E., El malestar en la globalización, Madrid, Editorial Santillana Ediciones Generales, 2002, p. 46.

¹⁰⁸ A la fecha Chile ha celebrado tratados de libre comercio con Canadá, Corea del Sur, Centroamérica, México, Estados Unidos y Europa. Esto se une a varios acuerdos de complementación económica con países de América Latina. En la actualidad se está evaluando la posibilidad de celebrar un acuerdo comercial con China. Informaciones en www.direcon.cl, 9 de Junio de 2004.

¹⁰⁹ En adelante DIRECON.

¹¹⁰ Ver en http://www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/f_bilaterales.html, 9 de Junio de 2004.

este tipo de convenios tiene como efecto que los consumidores tienen la posibilidad de adquirir bienes a un menor precio, como consecuencia de las disminuciones arancelarias a las importaciones y este es un efecto positivo importante para el bienestar de la población. En el caso específico del TLC con los EE.UU., según estudios de la DIRECON la expansión exportadora global debería tener un incremento equivalente al 0,7% de nuestro actual PIB¹¹¹.

Sin embargo, la celebración de los tratados de libre comercio por parte del gobierno chileno no tiene que ver solamente con la posibilidad de obtener determinadas ventajas económicas, sino que significa una consagración del modelo de desarrollo vigente en el país.

Son importantes en este sentido las afirmaciones de Osvaldo Rosales que, manifestándose sobre los motivos que han llevado a que Chile logre acuerdos comerciales con diversos países desarrollados manifestaba que estos “indicadores¹¹² son las principales razones que explican que una economía pequeña como la nuestra esté negociando acuerdos de libre comercio simultáneamente con Estados Unidos y la Unión Europea... entendemos ambas negociaciones como un momento decisivo para profundizar nuestro desarrollo exportador, y a través de ello, dinamizar el crecimiento, las inversiones, el empleo y la modernización de nuestro aparato productivo”¹¹³. Así se puede ver que una de las razones principales para firmar estos acuerdos es la de ir consolidando la actual estrategia de desarrollo seguida por nuestro país.

Es justamente esa una de las razones que llevaron a algunos parlamentarios oficialistas a votar en contra de la ratificación del TLC con EEUU por parte de nuestro país¹¹⁴. En efecto, como veremos en el capítulo IV de esta memoria, algunos tratados de libre comercio, en especial los que Chile ha celebrado con Canadá y EE.UU., consolidan el modelo económico al asegurar a los inversionistas las “reglas del juego” existentes hasta ahora en el país.

Por otra parte, es interesante conocer cuales son las razones que inspiran a potencias como Estados Unidos a celebrar convenios comerciales con países en desarrollo. Respecto a esto, en un documento oficial de EE.UU., de la Trade Promotion Authority (Instrumento al que nos referiremos más adelante) se señaló en su momento: “La expansión del comercio internacional es de vital importancia para la seguridad nacional de Estados Unidos. El comercio es un factor crítico para el crecimiento económico de Estados Unidos y su liderazgo en el mundo. Las relaciones de comercio estables promueven la seguridad y la prosperidad. Hoy día los acuerdos comerciales sirven el mismo objetivo que los pactos de seguridad durante la Guerra Fría, comprometiendo a las naciones por medio de una serie de derechos y obligaciones... Los Acuerdos de Libre Comercio maximizan las oportunidades para sectores críticos y básicos para la economía de Estados Unidos, como la tecnología de la información, telecomunicaciones y otras tecnologías líderes, industria básica, equipo de

¹¹¹ Ver en http://www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/f_bilaterales.html, 9 de Junio de 2004.

¹¹² Índices disponibles en los Anexos del presente trabajo.

¹¹³ Rosales, Osvaldo, “Libre Comercio con Estados Unidos y la Unión Europea”, documentos Direcon, Primer Trimestre 2002, p. 1.

¹¹⁴ “Yo me pregunto cuál es el modelo que se pretende asegurar. Aquel que permitió que el país creciera a una tasa del 7% anual, pero que al mismo tiempo mantuvo enormes desigualdades e injusticias, una salud y educación deficientes y a un sector importante de chilenos que no logra satisfacer sus necesidades básicas. Esas no son reglas del juego que yo quiero mantener estables, ni es tampoco el compromiso que asumí con mis electores.”, Extracto de la intervención del H. Diputado Sergio Aguiló en la votación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, Cámara de Diputados de Chile, 7 de octubre de 2003.

capital, equipo médico, servicios, agricultura, tecnología ambiental y propiedad intelectual. El comercio creará nuevas oportunidades para que Estados Unidos preserve su fortaleza sin contrapesos en asuntos económicos, políticos y militares”¹¹⁵.

En la cita anterior se puede ver con claridad cuales son las razones que llevan al Gobierno de Estados Unidos y en general a las potencias mundiales a celebrar acuerdos comerciales con naciones del tercer mundo. Éstas dicen relación no solo con motivos estrictamente comerciales, sino con la posibilidad de consolidar su liderazgo mundial y con objetivos geopolíticos en las regiones donde celebra estos acuerdos¹¹⁶. De hecho, de acuerdo a un estudio de la Universidad de Michigan, el TLC con Chile implicará para la economía norteamericana un crecimiento de 4200 millones de dólares, lo cual no es muy significativo para la principal potencia económica mundial.¹¹⁷

2.3. Procesos de Negociación de los tratados de libre comercio de Chile con Canadá, la Unión Europea y Estados Unidos.

Las negociaciones de los tratados de libre comercio celebrados por Chile con Canadá, la UE, y los EE.UU., se enmarcan en un proceso de apertura bilateral comenzado a inicios de la década de los noventa por parte de los países miembros de la OMC. Este, se debió al lento desarrollo de las últimas negociaciones multilaterales en el marco de la Ronda de Uruguay¹¹⁸.

Fue así como aparecieron diversas iniciativas regionales de liberalización económica, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte¹¹⁹, suscrito por Estados Unidos, Canadá y México y que entró en vigencia el 1 de enero de 2004.

De esta manera, a comienzos de la década pasada, Estados Unidos ofreció a Chile incorporarse al TLCAN, para fortalecer su posición negociadora con Europa. Esto trajo como consecuencia que el Estado chileno no se incorporara desde los inicios en la creación del Mercado Común del Sur¹²⁰. Sin embargo, en 1993 se firmó el TLCAN sin la inclusión de nuestro país.

A mediados de los noventa Chile continuó teniendo negociaciones para celebrar tratados de libre comercio, en especial con Canadá y Estados Unidos.

¹¹⁵ Trade Promotion Authority, División B, Título XXI, disponible en www.direcon.cl, 10 de marzo de 2004.

¹¹⁶ Cfr. Blustein, Paul. “U.S. Chile Agree on Free Trade. Bilateral Pacts Are Special Focus of Bush Administration”, Washington Post, 12/12/2002, Cit. por Solervicens, Marcelo, “Impactos del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos”, en Observatoire des Amériques, Chronique 03-09, Julio 2003.

¹¹⁷ Cfr. D.K.Brown, A.V.Deardorff, R.M.Stern, “Multilateral, Regional, and Bilateral Trade Policy Options for the United States and Japan”, Discussion Paper N1490, School of Public Policy, The University of Michigan, 2002, p. 16.

¹¹⁸ La Ronda de Uruguay tuvo por objetivo establecer nuevas reglas comerciales entre los Estados pertenecientes a la OMC. Se inició en Punta del Este, Uruguay, en 1986, y concluyó en Marrakech el 15 de diciembre de 1993, con un acuerdo de liberalización comercial firmado por 117 países.

¹¹⁹ En adelante, TLCAN.

¹²⁰ En adelante MERCOSUR.

En el caso de Canadá, las negociaciones fueron más simples y se celebró un tratado que entró en vigencia el 5 de julio de 1997. Dicho tratado contiene normas referentes a liberalización del comercio entre los dos países, protección de las inversiones e importantes acuerdos de cooperación laboral y ambiental. Los resultados de este acuerdo en lo comerciales han sido relevantes ya que de acuerdo a cifras de importación de ambos países, en 2001 el intercambio entre los dos países había alcanzado a US\$ 839 millones, un 26% más que en 1997, fecha comenzó a regir el tratado. En relación a los acuerdos de cooperación se han llevado a cabo diversas actividades en materia laboral y medio ambiental.

En el caso de las negociaciones para un tratado de libre comercio con Estados Unidos, podemos decir que la obtención de este acuerdo fue uno de los principales anhelos de los dos principales bloques políticos del país, la Concertación de Partidos por la Democracia – que es la alianza gobernante- y la Alianza por Chile -que es el principal sector de oposición-, además de la opinión abiertamente favorable del empresariado chileno¹²¹.

Después de la firma del TLCAN, en el que Chile no formó parte, continuaron las negociaciones para lograr un acuerdo, pero durante el Gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle¹²², Estados Unidos desahució la posibilidad de llegar a un acuerdo comercial con nuestro país.

El comienzo de las nuevas negociaciones con Estados Unidos se efectuó en octubre del 2000¹²³. El 29 de noviembre del 2000, el Presidente Ricardo Lagos Escobar y el Presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, informaron a la comunidad internacional, la decisión de comenzar las negociaciones. Éstas se realizaron formalmente el 6 de Diciembre del mismo año, en Washington, en una reunión entre la Ministra de Relaciones Exteriores de Chile, Soledad Alvear, y la Representante Comercial de Estados Unidos, Charlene Barshefsky.

En total se realizaron catorce rondas de negociación, donde se fueron fijando los contenidos del tratado. Durante la primera ronda, celebrada en Washington los días 6 y 7 de diciembre del año 2000, se estipularon los temas a negociar (teniendo como ejemplo el enfoque del TLCAN). De esta forma el Ministerio de Relaciones Exteriores informaba: “Haremos una revisión de lo que ha significado el NAFTA y los acuerdos de libre comercio con México y Canadá y no hemos dejado temas fuera de la agenda. Estamos en condiciones de incluirlos todos, será una agenda comprensiva”¹²⁴.

Así, las negociaciones siguen un buen ritmo hasta diciembre del 2001. Las elecciones presidenciales en Estados Unidos crearon incertidumbre respecto del tratado. La idea del equipo negociador era concretarlo antes de las elecciones, lo cual finalmente no se logró.

¹²¹ “Es una buena noticia para Chile, toda vez que facilita el acceso de nuestros productos al mercado norteamericano. Chile se convierte en un país más elegible para atraer inversiones desde Estados Unidos. Además, se crea un marco jurídico que da mayor estabilidad y nos compromete a avanzar en el establecimiento de todas aquellas iniciativas que hacen más competitiva a nuestra economía. Adicionalmente, colabora con una percepción de riesgo menor, con lo cual, incluso podría bajar, en algunos puntos, el riesgo país, con sus consecuencias favorables para el propio financiamiento del sector empresarial”, declaraciones acerca del TLC entre Chile y EE.UU., de Juan Claro, Presidente de la Confederación de la Producción y Comercio, informaciones en www.quepasa.cl/revista/2002/12/13/t-13.12.QP.NAC.CLARO.html , 14 de Junio de 2004.

¹²² Eduardo Frei Ruiz-Tagle fue Presidente de la República de Chile durante el periodo 1994-2000.

¹²³ Este anuncio lo realizó el Presidente de la República de Chile, don Ricardo Lagos Escobar, semanas antes del encuentro en Florianópolis, Brasil, donde Chile afinaba los detalles para su inclusión en el MERCOSUR.

¹²⁴ Noticias acerca de la primera ronda de negociaciones en www.minrel.cl , 8 de marzo de 2004.

Un nuevo impulso surgió cuando a mediados del 2002 se aprueba el Trade Promotion Authority (TPA)¹²⁵, que permitió a George W. Bush negociar acuerdos de comercio con otros países sin tener que someterlos al proceso de enmiendas del Congreso.

Para el equipo negociador de Chile era importantísimo el TPA, porque permitía salvar el principal escollo en materia de negociación con Estados Unidos, que era precisamente el Congreso Norteamericano. Eran los demócratas los que se mostraban más vacilantes en la firma de estos acuerdos comerciales.

Con el TPA las negociaciones concluyen en la decimocuarta ronda de negociación, el miércoles 11 de diciembre del 2002. En ella se terminó de establecer el contenido de lo que es hoy el tratado de libre comercio entre estos dos países que fue suscrito finalmente en Miami el 6 de junio de 2003, entrando en vigor el 1 de enero de 2004.

El 31 de mayo de 2004, la DIRECON realiza la primera evaluación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos¹²⁶. Al tener este tratado su primer trimestre de vigencia, la DIRECON considera que ha tenido un positivo impacto en la economía nacional.

Los principales puntos para considerar que este tratado ha tenido un buen efecto en la economía nacional son los siguientes:

Las exportaciones Chilenas han crecido en un 11%.

La dinámica de la canasta exportadora fue liderada por los productos industriales.

Existe una gran diversificación tanto de empresas como de productos exportados a los Estados Unidos.

Se ha reorientado el comercio con los Estados Unidos, luego de varios años de desviación por haber carecido este último de un acceso preferencial al mercado chileno.

“La actividad comercial entre Chile y EE.UU, es altamente complementaria. Las exportaciones agrícolas desde Chile, se ven altamente beneficiadas por la contraposición de las temporadas productivas. Las importaciones chilenas se concentran en bienes intermedios y de capital”¹²⁷

En este sentido, entendiendo que la DIRECON, es un organismo eminentemente de carácter económico, llama la atención que el análisis que se realiza del Tratado de Libre Comercio sea reducido a sus efectos comerciales, siempre mirados desde los índices de su impacto en las exportaciones y las importaciones. No hay un análisis de sus alcances en el ámbito del impacto del mismo en los derechos laborales, de implementación de los diversos órganos de fiscalización y complementación en materia laboral. En cuanto al impacto en los derechos medio ambientales, existe un estudio realizado por la DIRECON pero este es muy reducido.

Por último, respecto del TLC con la Unión Europea las negociaciones también comenzaron en la década de los noventa y tuvieron un momento importante con la suscripción del Acuerdo Marco de Cooperación en 1996, en Florencia, en el cual ambas

¹²⁵ El TPA establecía dentro de los objetivos comerciales de los Estados Unidos, el deber de que éste se comprometiera a observar las normas laborales fundamentales. Éstas corresponden a los principios contenidos en la declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento de 1998, con la incorporación del Convenio 182 de la OIT sobre la “Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación” de 1999. Todo esto se efectúa en garantía de la soberanía normativa y administrativa de los Estados Unidos, sin exigir homologación normativa.

¹²⁶ Direcon, Evaluación TLC Chile-EE.UU, Primer Trimestre 2004, disponible en www.direcon.cl.

¹²⁷ *opcit.*, p. 24.

Partes se comprometieron a iniciar posteriormente negociaciones conducentes a un amplio acuerdo de asociación. Sin embargo, fue solamente los días 10 y 11 de abril del 2000 que se llevó a cabo, en Santiago, la I Reunión del Comité de Negociaciones destinado a establecer una Asociación Política y Económica entre Chile y la Unión Europea. En definitiva se realizaron diez rondas de negociaciones entre abril del 2000 y abril del 2002, firmándose el acuerdo el 18 de noviembre de 2002.

De los tres tratados objeto de estudio el celebrado con la Unión Europea, es el que cubrió un más amplio espectro de temáticas, ya que no se definió –como en el caso de los tratados con Canadá y Estados Unidos- simplemente como un Tratado de Libre Comercio, sino como una Asociación Política y Económica. Se establecieron tres pilares en la negociación: un área comercial, un área de dialogo político y una área de cooperación. En el caso de la cooperación entre las partes se destacan cinco áreas: económica y financiera; ciencia, tecnología y sociedad de la información; cultura, educación y audiovisual; reforma del Estado y administración pública; y la cooperación social.

Después de poco más de un año de vigencia del acuerdo la evaluación en lo comercial se puede decir que es positiva, ya que las exportaciones a la UE tuvieron un crecimiento importante¹²⁸ y en el ámbito de la cooperación, además de las áreas señaladas, se acordó un programa de apoyo a la pequeña y mediana empresa de nuestro país.

Distintas clases de tratados comerciales

Los tratados comerciales suscritos que estudiamos en este trabajo, se pueden clasificar en dos clases de tratados comerciales. En una primera clase, podríamos encuadrar los tratados suscritos por Chile con Canadá y Estados Unidos, y en segundo tipo de tratado, estaría el que se ha convenido entre Chile y la Unión Europea.

En el caso de los dos primeros se trata de acuerdos que han sido celebrados teniendo como modelo el TLCAN y el borrador del Acuerdo de Libre Comercio de las Americas (ALCA).

Esta clase de acuerdos comerciales podría decirse que tienen las siguientes características:

Buscan la liberalización económica, estableciendo desgravaciones a los bienes de los Estados Partes más o menos progresivas.

Establecen mecanismos para fiscalizar que no se produzca el llamado dumping social -a ello nos referiremos más adelante-.

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales se respeta la legislación interna de cada país y básicamente se acuerdan mecanismos de fiscalización. En determinados ámbitos sociales se estipulan también acuerdos de cooperación.

¹²⁸ Entre el 1 de febrero de 2003 y el 1 de febrero de 2004, las exportaciones a la UE crecieron en un 18%, lo que contrasta con el aumento de sólo un 1,1% promedio en que habían crecido entre el 2000 y el 2002. Ello, por cierto, tiene como uno de los motivos principales la valorización del euro frente al dólar, pero el acuerdo comercial que Chile firmó con la UE constituye también una razón importante de este crecimiento. Datos en http://www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/documentos/Evaluaci%F3n%20Acuerdo%20Chile-UE.PDF , 11 de Junio de 2004.

Se consagran normas de protección a las inversiones y procedimientos arbitrales entre los inversionistas y los Estados receptores en caso de vulneración de los derechos de los inversionistas.

Entonces, se trata de convenios con una gran importancia en su aspecto comercial, buscando extender el libre comercio entre los países. Tienen mucha relevancia en estos tratados las normas que protegen los derechos de los inversionistas de las decisiones de los gobiernos nacionales que las puedan afectar, a lo cual nos referiremos con detención en el capítulo IV de la memoria.

En el caso del acuerdo de “Asociación Política y Económica entre Chile y la Unión Europea”, se trata de un tratado con características especiales que lo diferencian de los tratados de libre comercio tradicionales.

Los tratados celebrados por parte de la Unión Europea con América Latina han tenido diversas etapas desde el inicio de los años setenta hasta nuestros días¹²⁹. Los primeros tratados suscritos en ese entonces por la Comunidad Europea eran celebrados exclusivamente con países latinoamericanos de mayor potencial económico y tenían como objetivo principal la expansión de intercambios comerciales. Desde ese momento hasta nuestros días las relaciones políticas y comerciales de la Unión Europea con los países latinoamericanos se han profundizado y los tratados que se han celebrado en los últimos años han tenido objetivos más integrales.

Así, los tratados suscritos desde 1995 hasta hoy han tenido tres pilares fundamentales en los que están estructurados y en ese marco está la Asociación Política y Económica entre Chile y la Unión europea, con tres partes principales en el tratado¹³⁰:

El Diálogo político entre las Partes, con lo que se establece que los gobiernos llevarán a cabo encuentros sistemáticos a fin de unir esfuerzos en temas bilaterales e internacionales de interés común.

Un área de cooperación, que profundiza los acuerdos para el desarrollo, contemplándose acuerdos sectoriales en múltiples materias.

Normas de liberalización comercial, que tienen la finalidad de profundizar el comercio entre nuestro país y la Unión Europea, siendo este el aspecto más publicitado por el gobierno de Chile¹³¹.

Por otro lado, en este acuerdo está establecida en el artículo primero la denominada “cláusula democrática” como elemento esencial, por lo cual si los Estados Partes no respetan determinados principios democráticos, bajo ciertas circunstancias se podrían aplicar sanciones que incluso, en casos graves, podrían contemplar la suspensión del Acuerdo. Esta cláusula puede verse como intervención en la soberanía interna de cada país o como una contribución a la democracia y los derechos humanos. Es un tema altamente discutible, pero lo que queda claro es que su inclusión refuerza la característica del tratado entre Chile y la Unión Europea, en el sentido de no ser un convenio puramente comercial.

¹²⁹ Cfr. Olesti Rayo, Andreu, Artículo titulado “La intensificación de las relaciones entre la Comunidad europea y México; el acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación”, publicado en la revista *Il Diritto dell 'Unione Europea.*, Año VII, 2/02., Giuffrè Editore., p. 298.

¹³⁰ www.direcon.cl

¹³¹ Rosales, Osvaldo, “Libre Comercio con Estados Unidos y la Unión Europea”, documentos Direcon, Primer Trimestre 2002,

Con todo lo expresado, podemos ver que los tratados celebrados por nuestro país con Canadá y Estados Unidos tienen una naturaleza muy diferente al suscrito con la Unión Europea. Esta distinción marcará el análisis que efectuaremos en los próximos capítulos.

. Los Tratados de Libre Comercio y sus efectos en los derechos económicos, sociales y culturales

Como vimos en el capítulo primero, han sido variadas las formas de regular e incorporar los derechos humanos, y en especial los derechos económicos, sociales y culturales al ordenamiento jurídico. Esta memoria tiene como objetivo principal el análisis de una de las maneras más recientes de regulación de los derechos económicos, sociales y culturales: su incorporación por tratados de libre comercio celebrados por nuestro país.

En los tres tratados que son objeto de nuestro estudio, el estudio de los derechos económicos sociales y culturales tiene básicamente dos vertientes, en cuyo examen nos detendremos en los dos capítulos siguientes.

La primera, dice relación con una regulación de estos derechos por vía directa, esto es, por un tratamiento específico en el texto de los tratados que se refiere a ellos. Esta normativa se refiere a una regulación sustancial de los derechos en cuestión, a la fiscalización de la normativa referente a ellos y, por último, a la existencia de acuerdos de cooperación entre las partes para poder mejorar la situación existente en relación a derechos económicos, sociales y culturales.

La segunda vía mediante la cual los Estados que celebran tratados de libre comercio pueden llegar a afectar (de manera positiva o negativa) los derechos económicos sociales y culturales en sus países es de forma indirecta, esto es, por los efectos que otras normas contenidas en los tratados pueden llegar a producir en estos derechos. Estos efectos pueden decir relación tanto con el efecto económico que tengan estos acuerdos comerciales -en la medida que produzcan o menos un mayor bienestar en la población- como con normas que están establecidas en sus textos, en particular las que establecen determinadas garantías a las inversiones extranjeras.

El estudio de estas temáticas que, como hemos dicho, constituye la parte más importante de nuestro trabajo, se realizará en los capítulos terceros y cuarto de la presente memoria.

CAPITULO III

Normas de los Tratados de Libre Comercio que contengan derechos económicos, sociales y culturales

3.1. Consideraciones Previas

La Constitución Política de la República de Chile, al igual que muchas otras cartas fundamentales contemporáneas, reconoce la primacía del derecho internacional de los derechos humanos, sobre el derecho interno¹³². Esto reviste vital importancia, debido a que toda la normativa en el plano interno, se trate de normas reglamentarias, legales e incluso constitucionales, tiene que ser coherente y compatible con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y que se encuentren vigentes. Lo mismo, por cierto, sucede con la suscripción de tratados comerciales por parte de nuestro país, siendo, además, que ellos influyen directamente en la forma de asegurar la protección estatal de los derechos económicos, sociales y culturales.

En relación con la obligación estatal en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Víctor Abramovich y Christian Courtis dicen que “es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene como único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación de la Constitución misma. En el plano interno, la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales argentinos, supondría la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de la consideración de normas de rango constitucional”¹³³. De esta forma, cualquier tratado comercial se encuentra ligado a la forma de actuar de los Estados en relación a su comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, en el plano económico, la globalización entendida como un proceso de apertura de las economías nacionales que se incorporan en forma gradual al mercado mundial, condiciona y homogeniza las decisiones y estructuras normativas. Con los efectos de la globalización se coloca en una evidente tensión, la idea que sea el Estado quien promueva de acuerdo a sus posibilidades los derechos económicos, sociales y culturales.

¹³² “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile. Asimismo, ver por ejemplo: Constitución portuguesa de 1976, artículo 16; Constitución Española, artículo 10.2; Constitución de Nicaragua de 1987, artículo 46; Constitución Política de Guatemala, artículo 46; Constitución Peruana de 1978, artículo 105; Constitución Brasileña de 1988, artículo 4.11 y 5.2; Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 93.

¹³³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Buenos Aires, p. 72.

En este sentido surge la interrogante, acerca del espacio que tendrá en los acuerdos de libre comercio, la dimensión social y el compromiso de ir cumpliendo progresivamente con el ideario consagrado en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Para el órgano a cargo de las relaciones económicas comerciales de nuestro país, la DIRECON, dependiente de la Cancillería, los tratados de Libre Comercio avanzan hacia una globalización con rostro mas humano, orientado al desarrollo sustentable y minimizando el riesgo que estos temas sean utilizados como barreras proteccionistas.

Para los que no están de acuerdo con los Tratados de Libre Comercio en los términos que los ha firmado nuestro país, plantean que el acuerdo por ejemplo con Estados Unidos no establece medidas para exigir y sancionar a las empresas exportadoras o importadoras que violen las normas básicas establecidas en los Convenios de la OIT, y sólo se establece un compromiso muy general¹³⁴.

En un sentido mas estructural, para el economista Hugo Fazio, los tratados de Libre Comercio, y en particular el firmado con Estados Unidos, no significan mas que el amarre final de la institucionalidad jurídica y económica creada en la década de los ochenta. Para Hugo Fazio, “el papel del Estado se reduce, la economía queda indefinidamente abierta a los mercados externos, la inversión extranjera está protegida de cualquier cambio en las “reglas del juego”, el tipo de cambio se determina en la dirección que actúan los grandes capitales, la flexibilidad laboral se entiende como una necesidad de la competitividad de las empresas, otro tanto puede decirse de las normas medioambientales”¹³⁵

No obstante dichas preocupaciones, en los tratados comerciales suscritos por Chile con Canadá, EE.UU. y la Unión Europea, se establece la importancia de la protección de los derechos humanos y normas específicas en el caso de algunos derechos económicos, sociales y culturales.

En primer lugar, en el Preámbulo del tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos se establecen entre los fundamentos del acuerdo los siguientes:

“**CREAR** nuevas oportunidades de empleo y mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios;

DESARROLLAR sus respectivos compromisos internacionales y fortalecer su cooperación en materias de índole laboral;

PROTEGER, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores;

IMPLEMENTAR este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente;

PROMOVER el desarrollo sostenible;

CONSERVAR, proteger y mejorar el medio ambiente, incluso mediante el manejo de recursos naturales en sus respectivos territorios y a través de acuerdos multilaterales sobre el medioambiente de los que ambos sean parte;

CONSERVAR su flexibilidad para salvaguardar el bienestar público;”.

Además, en el ámbito específicamente medio ambiental, en el artículo 19.9. del TLC Chile-EE.UU. las Partes reconocen la importancia de los acuerdos multilaterales sobre

¹³⁴ Cademartori, José. “TLC: Chile cayó en la trampa de EEUU”, disponible en www.attac.cl.

¹³⁵ Fazio, Hugo, TLC el amarre del modelo, Santiago, Lom Ediciones, p. 167, 2004.

el medio ambiente, haciendo referencia en especial al párrafo 31(i) de la Declaración Ministerial, adoptada en Doha, el 14 de noviembre de 2001¹³⁶.

En el caso del tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, se suscribieron dos acuerdos complementarios, de Cooperación medioambiental y laboral. En lo referido al medio ambiente, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, las Partes suscribieron en forma complementaria un Acuerdo de Cooperación Ambiental, cuya importancia se destaca al considerar que su objetivo es el de contribuir a generar las condiciones necesarias para compatibilizar el desarrollo económico y comercial de los países, con la debida protección y mejoramiento del medio ambiente, sin condicionar las obligaciones del primero a los requerimientos de este último.

Además, en la primera parte del TLC se dispone específicamente en el ámbito medio ambiental, que las obligaciones emanadas del Tratado tienen que ser compatibles con las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en:

- la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas del 22 de junio de 1979;
- el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, celebrado el 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas del 29 de junio de 1990; y
- el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, celebrado el 22 de marzo de 1989¹³⁷.

En el ámbito laboral, las Partes suscribieron Acuerdo de Cooperación con el objetivo de compatibilizar el desarrollo económico y comercial con el mejoramiento de las condiciones laborales, sin condicionar las obligaciones del primero a los requerimientos de este último. En este contexto, las Partes, ratificando el pleno respeto a la constitución de cada una y reconociendo el derecho de establecer, en lo interno, sus propias normas laborales y de adoptar o modificar, en consecuencia, sus leyes y reglamentos, se comprometieron a asegurar que sus leyes y reglamentos prevean altas normas laborales, congruentes con centros de trabajo de alta calidad y productividad, esforzándose por mejorarlas en tal sentido y a tomar medidas que promuevan su observancia y efectiva aplicación.

Por último, el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea, en el artículo primero del acuerdo establece como principios fundamentales del mismo, los siguientes:

“1. 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.

2. La promoción del desarrollo económico y social sostenible y la distribución equitativa de los beneficios de la Asociación son principios rectores para la aplicación del presente Acuerdo.

3. Las Partes reiteran su adhesión al principio del buen gobierno”. A lo anterior se agrega el artículo 44 del Título Quinto de Cooperación en Materia Social, que es una suerte

¹³⁶ En dicha declaración los miembros de la OMC acordaron efectuar negociaciones sobre la relación que existe entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, párrafo 31(i), Declaración Ministerial de Doha, 14 de noviembre de 2001.

¹³⁷ Artículo A-03 del Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá, disponible en www.direcon.cl.

de trazado general en la materia, consignándose que “Las Partes reconocen la importancia del desarrollo social, que debe acompañar al desarrollo económico. Darán prioridad a la creación de empleo y al respeto a los derechos sociales fundamentales, especialmente promoviendo los convenios correspondientes de la Organización Internacional del Trabajo sobre temas como la libertad de Asociación, el derecho a la negociación colectiva y a la no discriminación, la abolición del trabajo forzado y del trabajo infantil, y la igualdad de trato entre hombres y mujeres”¹³⁸.

Por tanto, en los tres tratados de libre comercio, el esquema utilizado para el respeto de los derechos económicos sociales y culturales es el siguiente:

En el caso de los TLC con Canadá y EE.UU. se establece de manera expresa el respeto a las normas nacionales e internacionales de derechos humanos sólo en lo referente a los derechos laborales y medioambientales. Son estos los que tienen un tratamiento expreso y de los cuales hay una clara consagración de no vulnerabilidad de sus normas internacionales. En el caso del tratado con la Unión europea, aunque de manera general, se hace referencia a los derechos humanos de manera más amplia.

Se consagran las denominadas “cláusulas democráticas”, que buscan fortalecer y profundizar el diálogo político en temas como el respeto a los derechos humanos, tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales y los principios del Estado de Derecho. Ellas están presentes en los tratados con Canadá y EE.UU. en forma implícita y en el Acuerdo de Asociación de Chile y la Unión Europea la contiene expresamente.

Como dice Eduardo Martínez Estrada otra de las características de estos acuerdos emana directamente de la contraparte. “En sus orígenes la Unión Europea carecía de normas típicamente laborales, pero con el paso del tiempo ha construido un verdadero espacio social europeo mediante la armonización progresiva de las condiciones de trabajo y de los derechos de los trabajadores, hasta lograr en 1989 la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, y desde entonces, incluso antes, a través de numerosas Directivas y Reglamentaciones que en la actualidad comprenden casi todos los aspectos de la contratación laboral y la protección social. Este importante bagaje social transforma a la Unión Europea –nuestro socio en el Acuerdo de Asociación– en una barrera natural para el “dumping social” y en garante legitimado en cuanto al respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores”¹³⁹.

¹³⁸ Acuerdo de Asociación de Chile y la Unión Europea, disponible en www.direcon.cl. Otro punto importante son las prioridades que las partes dan en cuanto a las medidas para promover el desarrollo social. En ese sentido, “las partes darán prioridad a las medidas destinadas a: a) la promoción del desarrollo humano, la reducción de la pobreza y la lucha contra la exclusión social, generando proyectos innovadores y reproducibles en los que participen sectores sociales vulnerables y marginados; se prestará una atención especial a las familias de bajos ingresos y a las personas con discapacidades; b) la promoción del rol de la mujer en el proceso de desarrollo económico y social y la promoción de programas específicos para la juventud; c) el desarrollo y la modernización de las relaciones laborales, de las condiciones de trabajo, de la asistencia social y de la seguridad en el empleo; d) La mejora de la formulación y de la gestión de las políticas sociales, incluida la política de viviendas sociales, y la mejora a su acceso por parte de los beneficiarios; e) el desarrollo de un sistema sanitario eficiente y equitativo, basado en principios de solidaridad; f) la promoción de la formación profesional y del desarrollo de los recursos humanos; g) la promoción de los proyectos y de los programas que generen oportunidades de creación de empleo en microempresas y pequeñas y medianas empresas; h) la promoción de programas de ordenación del territorio, prestando especial atención a las zonas de mayor vulnerabilidad social y ambiental; i) la promoción de iniciativas que contribuyan al diálogo social y a la creación de consenso; y j) la promoción del respeto a los derechos humanos, la democracia y la participación ciudadana.

¹³⁹ Martínez Estrada, Eduardo, “Reflexiones en torno al espacio laboral del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos”, Revista Chilena Laboral, Febrero-Marzo 2004, p. 74.

En seguida, estudiaremos en este capítulo las normas referentes a derechos económicos, sociales y culturales que contienen los acuerdos comerciales que estamos estudiando. Los derechos que están tratados en forma completa y sistemática son los derechos medio ambientales y laborales, por lo cual en ellos nos detendremos en forma especial, pero sin dejar de referirnos a otras normas que se regulen de cualquier manera derechos económicos, sociales y culturales.

3.2. Análisis de las normas medio ambientales contenidas en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile

140

3.2.1. Motivos de la incorporación de normas medio ambientales en los acuerdos comerciales.

La razón fundamental de la incorporación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en los TLCs, es que se busca evitar con ello que se produzcan ventajas comerciales como resultado de prácticas que atenten contra el medio ambiente. En especial, los productores agrícolas e industriales de los países en desarrollo han impulsado la incorporación de normativas medio ambientales con el objetivo de evitar la posibilidad de dumping ambiental.

El “dumping ambiental” se ha entendido generalmente como la obtención de un precio internacional del bien de consumo final mas bajo y, por tanto, la posibilidad que la demanda del bien sea mayor, debido a un proceso de producción que no cumpla con estándares medio ambientales aceptados internacionalmente.

140

El derecho a un medio ambiente libre de contaminación ha sido concebido por la doctrina de distintas maneras.

En primer lugar, parte de la doctrina ha entendido que no se trata ni siquiera de un derecho propiamente tal, por no tener suficiente contenido jurídico. Sin embargo, ello en la actualidad podría descartarse después de su inclusión en normativas nacionales e internacionales. Entre las primeras cabe destacar que la CPRC asegura en su artículo 19 n° 8, entregándole incluso justiciabilidad con ciertos requisitos. En el plano internacional, cabe destacar, a nivel europeo, el Convenio de Aarhus de 1998, en el que se consagra el derecho a laprotección del medio ambiente en el Derecho europeo con un contenido preciso y la posibilidad de acceder a la justicia. Por otra parte, gran parte de la doctrina entendiendo el derecho a vivir a en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho propiamente tal, lo han clasificado como un derecho de tercera generación o “derecho de solidaridad”. Sin extendernos en justificaciones, dejamos en claro que para efectos de este trabajo vamos a concebir el derecho a vivir a en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho social. Cfr. Fernández L., Carlos R., “El Derecho Internacional de los derechos humanos en la sociedad internacional”, ponencia en el marco del III Encuentro Salamanca sobre La Paz y el Derecho Internacional, 23-25 de Junio de 2004.

Para Gonzalo Martner¹⁴¹, lo que se ha denominado como “dumping ambiental” o “relajación de normas”, no debe ser tolerado por un país, esto es un proceso de producción contaminante y por tanto más barato. Debido se incentiva a que en la administración de una empresa se inhiban de adoptar medidas unilaterales de disminución de la contaminación para no quedar fuera del mercado.

En términos de costos, no es efectivo que un proceso productivo más contaminante sea tan decisivo en el precio final del bien. “El efecto comercial del costo de las regulaciones ambientales en EE.UU. es estimado en menos de 1% del comercio total de ese país, aunque existen sectores más sensibles como los que procesan materias primas (hierro y acero, fundiciones y refinamiento de algunos metales, papel y celulosa, químicos básicos y refinamiento de petróleo). Si dicho país estableciera derechos compensatorios del costo de descontaminación, en el caso de México el efecto sobre sus exportaciones sería marginal”¹⁴²

Francis Cairneross¹⁴³, calcula que el efecto en cuanto a costo de una adecuada regulación en materia ambiental, en la que se cumplan con los pactos internacionales en la materia, tendría un impacto en el caso de los Estados Unidos, en promedio de un 0,5% de aumento en el valor de la producción y su cifra más alta sería de un 3.2%.

Volviendo a la suscripción de los tratados de libre comercio, también las ONGs medio ambientales y organizaciones sociales y políticas –principalmente de países desarrollados– han ejercido presiones para que en los acuerdos comerciales se exija a los países en desarrollo modificar sus normativas medio ambientales, ya que en sus ordenamientos jurídicos la normativa suele ser más flexible¹⁴⁴. En particular algunas ONGs dedicadas a la defensa del medio ambiente, si bien no eran partidarias de este tipo de acuerdos comerciales, pensaban que por fin se presentaba una oportunidad para modernizar la legislación en estas materias¹⁴⁵.

En principio, lo que se ha buscado con todas estas presiones –impulsadas, como hemos visto, por distintos motivos e intereses– es lograr en países en desarrollo la dictación de normativas más rigurosas y exigentes en el ámbito medio ambiental. Los países en desarrollo como Chile que han suscrito tratados comerciales, han terminado aceptando la incorporación de normativas medio ambientales en los TLCs, pero al igual que en el caso de las normas laborales, ello se hizo con la aceptación expresa de las normas existentes en los países y no exigiendo la dictación de nuevas leyes más rigurosas. Con lo anterior, se han establecido en los tratados procedimientos de fiscalización para garantizar que la normativa interna de los países tenga efectivo cumplimiento y se han acordado también convenios de cooperación para mejorar las políticas medio ambientales.

3.2.2. Normas ambientales en los TLCs suscritos por Chile con Canadá y EE.UU.

¹⁴¹ Martner, Gonzalo, *Gobernar el mercado. Las nuevas fronteras del Estado en el siglo XXI*, Santiago, Lom Ediciones, 1999, pp. 118 a 120.

¹⁴² Opcit., p. 119.

¹⁴³ Cairneross, Francis, *Las cuentas de la tierra*, The Economist Books, Madrid, 1993, p. 101.

¹⁴⁴ Podemos recordar en especial las presiones del Partido Demócrata de Estados Unidos, para que se incluyeran normativas medio ambientales, tanto en el TLCAN, como en el TLC con Chile.

¹⁴⁵ Cademartori, José, “TLC: Chile cayó en la trampa de EEUU”, disponible en www.attac.cl, p. 8.

3.2.2.1. Respeto a la normativa interna

La idea primaria en relación a la incorporación de normas medio ambientales consagrada en los acuerdos comerciales suscritos por nuestro país con Canadá y EE.UU., es el pleno respeto a la legislación existente en cada uno de los Estados Partes de los acuerdos.

Lo anterior, se establece en el acuerdo de cooperación ambiental celebrado en el marco del TLC entre Chile y Canadá de la siguiente manera: “Artículo 3. Niveles de protección: Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer, en lo interno, sus propios niveles de protección ambiental, y de políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como el de adoptar y modificar, en consecuencia, sus leyes y reglamentos ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y reglamentos prevean altos niveles de protección ambiental y se esforzará por mejorar dichas disposiciones.” En el caso del tratado comercial con EE.UU., existe una norma casi idéntica en el artículo 19.1. de su texto.

Por tanto, se concluye que el principio fundamental en relación a las normativas medio ambientales en los tratados que estamos analizando es que se respeta y acepta las legislaciones y políticas que sobre la materia puedan adoptar autónomamente cada uno de los Estados Partes. Además, se establece que los Estados buscarán mejorar sus disposiciones en este ámbito para asegurar altos niveles de protección. En este marco Chile está en su última etapa de un proceso en tres etapas de fortalecimiento y reforma de su legislación ambiental. El proceso lo está realizando la Universidad Diego Portales de Santiago, con la supervisión de Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA). El objetivo de acuerdo a lo expresado por la CONAMA es “revisar completamente la legislación ambiental evitando duplicaciones y aumentando la coherencia. Esta revisión de la legislación ambiental chilena contribuirá significativamente a reforzar el sistema de gestión medioambiental chileno y es uno de los éxitos del Acuerdo Chile-Canadá”¹⁴⁶.

¿Pero a que se refieren los tratados cuando exigen el respeto a la legislación interna de los países? Para clarificar este punto debemos revisar que se entiende por legislación ambiental en los tratados. En el TLC entre Chile y EE.UU. se establece que para efectos del tratado “legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humanas, mediante:

la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;

el control de sustancias o productos químicos, otras sustancias, materiales o desechos tóxicos o peligrosos para el medio ambiente, y la difusión de información relacionada con ello; o

la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluso las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial, en el territorio de la Parte, pero no incluye ninguna ley o regulación, o disposición de las mismas, relacionada directamente con la salud o la seguridad en el trabajo”¹⁴⁷.

En el texto del Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile-Canadá¹⁴⁸ hay una norma prácticamente idéntica en el artículo 4.4.

¹⁴⁶ Ver <http://www.conama.cl/chile-canada/>, 29 de junio de 2004.

¹⁴⁷ Artículo 19.11. del Tratado de Libre Comercio Chile-EEUU.

¹⁴⁸ En adelante, ACACC.

La visión del gobierno chileno es que estas normativas ambientales son positivas, entre otras cosas, porque en ellos se respetó la soberanía interna de cada Estado¹⁴⁹. Después veremos en el capítulo IV de la presente memoria que si pueden existir trabas a la soberanía, pero no derivadas de una exigencia ambiental, si no por las normas de protección a los inversionistas.

De todas formas, el principio del respeto a la normativa medio ambiental de cada país tiene establecida en el mismo texto de los tratados una excepción de suma importancia. En ambos acuerdos con Canadá y EE.UU., se excluye expresamente de la definición de legislación ambiental la normativa referente a la extracción de recursos naturales. En el TLC con EE.UU. se estipula al respecto que: "Para mayor certeza, legislación ambiental no incluye ninguna ley o regulación, ni disposición de las mismas, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de los recursos naturales, o la recolección o extracción de recursos naturales con propósitos de subsistencia o efectuada por poblaciones indígenas."¹⁵⁰. Nuevamente ello está contemplado de la misma forma en el texto del ACACC en el artículo 4.4.. Esta limitación es a nuestro juicio muy criticable ya que muchos de los problemas ambientales que existen en nuestro país están relacionados con la sobreexplotación de recursos naturales, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la pesca y de la tala de árboles¹⁵¹.

Mecanismos de fiscalización de la normativa medio ambiental

Los mecanismos establecidos en los TLCs con Canadá y EE.UU. a través de los cuales se puede fiscalizar el cumplimiento de la normativa interna en materia medio ambiental son de dos clases. En primer lugar, en el ACACC se establece la posibilidad que la ciudadanía presente reclamos por incumplimiento de las normas medio ambientales internas a un consejointegrado por miembros de ambos gobiernos. El segundo mecanismo de fiscalización, en cambio, se produce cuando un Estado demanda a otro Estado Parte por incumplimiento de normativas ambientales. Se trata de un sistema de solución de controversias establecido para evitar la posibilidad de ventajas económicas como producto del incumplimiento estas normativas.

3.2.2.2.1. Sistema de peticiones ciudadanas

En el TLC Chile-Canadá se ha establecido un sistema de peticiones por parte de la ciudadanía para efectos de denunciar incumplimientos de la normativa ambiental. El texto del tratado expresa que podrán formular dichas peticiones "cualquier persona u organización no gubernamental que asevere que una Parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental"¹⁵².

Para que las personas individuales u organizaciones puedan presentar deben cumplir con una serie de requisitos formales consignados en el artículo 14.1. del ACACC. Se

¹⁴⁹ Cfr. [Impacto%20TLC%20Chile%20USA.pdf], direcon.cl, 28 de Junio de 2004.

¹⁵⁰ Artículo 19.11. del Tratado de Libre Comercio Chile-EEUU.

¹⁵¹ Cfr. Artículo la "La tragedia del alerce", Revista del Sábado del Diario El Mercurio, http://diario.elmercurio.com/2004/06/26/el_sabado/reportajes/noticias/6E383983-BE8D-427F-A8B6-C269ED2B3506.htm?id={6E383983-BE8D-427F-A8B6-C269ED2B3506}, sábado 26 de junio de 2004 y Artículo "Sobreexplotación pesquera en Chile", noticia del 4 de agosto de 2003 en <http://americadelsur.oceana.org/noticias/columnas/sobreexplotacion-chile.htm>, 15 de junio de 2004.

¹⁵² Artículo 14.1. del ACACC.

establece en el tratado la existencia de un Comité Conjunto Revisor de Peticiones, que estará encargado de decidir si una petición amerita solicitar una respuesta al Estado Parte objeto de la petición¹⁵³. Si el Comité requiere a la Parte de una respuesta, esta podrá entregarla en el plazo de 30 días o, en circunstancias excepcionales de 60 días¹⁵⁴. En definitiva, el Comité Conjunto decide si la petición amerita que se elabore un “expediente de hechos”, en cuyo caso informará de ello al Consejo establecido en el tratado.

La intención y el objetivo de los expedientes de hecho es aportar más información sobre los casos específicos en los que los ciudadanos piensan que una Parte no fiscaliza su legislación ambiental¹⁵⁵. No se establecen sanciones para el caso de incumplimiento, la única finalidad de estos procedimientos es que se haga público el historial de un asunto concreto en el cual no se ha fiscalizado eficazmente una ley ambiental.

Hasta el momento, se han presentado cuatro peticiones, todas alegando incumplimiento de la normativa ambiental chilena¹⁵⁶. En el caso de una de esas peticiones, la Petición A14-2001-02, no se llegó siquiera a darle la correspondiente tramitación por carecer de los requisitos formales exigidos en el ACACC. En el caso de las peticiones restantes, los Secretarios Nacionales¹⁵⁷ notificaron a los peticionarios que su petición cumplía con los requisitos formales exigidos por el tratado, para posteriormente enviar la petición al Comité Conjunto Revisor de Peticiones, quién requirió de una respuesta por parte del Gobierno de Chile, que a su vez la hizo llegar oportunamente. En los tres casos, en definitiva, el Comité Conjunto Revisor de Peticiones consideró que, a la luz de las respuestas dadas por la Parte de Chile, las peticiones no ameritaban la elaboración de un expediente de hechos.

La posibilidad de presentar peticiones sobre vulneración a normas medio ambientales se estableció también en el TLCAN, en su correspondiente Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN). Hasta el momento en el marco del ACAAN se han

¹⁵³ Artículo 14.2. del ACACC.

¹⁵⁴ Artículo 14.3. del ACACC.

¹⁵⁵ Ver <http://www.conama.cl/chile-canada/> , 28 de junio de 2004.

¹⁵⁶ **Petición A14-2000-01**, Presentada por: Alianza por los Bosques de Chile, Comité Nacional Pro-Defensa de la Fauna y Flora (CODEFF), Sociedades Sustentables, Red Nacional de Acción Ecológica (RENACE) e Instituto de Ecología Política (IEP). Objeto: Los peticionarios alegan que las autoridades ambientales chilenas no fiscalizaron eficazmente la reglamentación ambiental de Chile autorizando la fábrica de viruta de madera y paneles estructurales Cascada-Chile, propuesta por Compañía Industrial Puerto Montt, S.A., sin una evaluación de impacto ambiental adecuada; **Petición A14-2001-01**, Presentada por: Junta de Vecinos n.º 12 de Chepiquilla, Acción Tongoy Ecológica, Centro Quebequés de Derecho Ambiental y Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales. Objeto: Los peticionarios alegan que las autoridades ambientales chilenas no fiscalizaron eficazmente sus leyes ambientales, en relación con la evaluación de impacto ambiental , la aprobación y las actividades a largo plazo del proyecto minero "Andacollo Cobre" de la Empresa Minera El Carmen de Andacollo (EMCA); **Petición A14-2001-02**, Presentada por: Luis Mariano Rendón Escobar, Patricio Herman Pacheco, Larisa de Orbe González, Jorge Cisternas Zañartu, Enrique Siefer Eilcor, Jacobo Schatan Weitzman y Antonio García Vareta. Objeto: Los peticionarios alegan que las autoridades medioambientales chilenas no fiscalizaron eficazmente sus propias leyes medioambientales, en relación con la consulta pública previa a la modificación del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana. **Petición A14-2002-01**, Presentada por: Waldemar Monsalve U., Instituto de Ecología de Chile - Austral, Corporación Río Contaco, y Centro Austral de Derecho Ambiental (CEADA). Objeto: Los peticionarios alegan que las autoridades ambientales chilenas no aplicaron eficazmente la reglamentación ambiental de Chile, en relación con el proyecto de construcción de la Carretera-Costera Sur. Ver, <http://www.conama.cl/chile-canada/> , 29 de junio de 2004.

¹⁵⁷ De acuerdo al art. 11.3. del ACACC, “Los Secretariados Nacionales brindarán apoyo técnico, administrativo y operativo al Consejo y a los comités y grupos establecidos por el mismo, así como de cualquier otra clase que disponga el Consejo.”.

presentado 12 peticiones contra Canadá. Como resultado de las mismas se ha completado un expediente de hechos y se están instruyendo otros tres¹⁵⁸.

Si el objetivo del sistema de peticiones es dar cabida a las organizaciones de ciudadanos y a las personas individuales que conozcan de vulneraciones a la legislación ambiental probablemente los procedimientos establecidos para ello son demasiado exigentes en cuanto a los requisitos formales exigidos. En la primera revisión del ACACC, realizadas a fines del 2003/inicios del 2004, se planteó, entre las cosas que requieren de mejoras en la implementación del acuerdo, es necesario disminuir el tiempo que tardan las tramitaciones de las peticiones de los ciudadanos, ya que existen inquietudes en cuanto a que ello sería demasiado lento. Además, los Secretariados Nacionales acordaron, revisar las directrices para las peticiones con la intención de dar más claridad al procedimiento y aumentar la transparencia¹⁵⁹.

3.2.2.2. Mecanismos de solución de controversias entre las Partes

De acuerdo a los TLCs celebrados con Canadá y con los EE.UU., un país puede efectuar un planteamiento al otro, si a su juicio se ha vulnerado la legislación ambiental por parte del otro Estado Parte buscando obtener ventajas comerciales, lo que se conoce internacionalmente como “dumping ambiental”.

La posibilidad de activar mecanismos de consultas y solución de controversias solo se puede producir cuando se aprecia en uno de los dos países una “pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental”¹⁶⁰. Esta situación se produce cuando por parte de la autoridad se realiza -en lenguaje del TLC Chile-EE.UU.- “un curso de acción u omisiones sostenido en el tiempo, recurrente y posterior a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo”¹⁶¹. No se trata de la existencia de problemas ambientales puntuales, sino de trasgresiones sistemáticas y constantes en aplicar eficazmente la propia legislación ambiental.

Se establece, además que ese curso de acción o inacción sostenido o recurrente, debe afectar al comercio entre las Partes¹⁶². En el ACACC ello no está establecido expresamente, pero se desprende del artículo 2.4. La exigencia de este requisito disminuye el campo de acción de posibles demandas entre Estados y demuestra que estos mecanismos tienen por finalidad solamente evitar el dumping social.

Los procesos de solución de controversias se inician con consultas entre los gobiernos de los países. Si con esas consultas las Partes no alcanzan un acuerdo satisfactorio, entonces el Consejo de Asuntos Ambientales intentará mediar entre los gobiernos¹⁶³. Si el asunto no es resuelto por el Consejo, cualquiera de las Partes puede solicitar que se inicie un procedimiento de solución de controversias.

Si en el procedimiento de solución de controversias, el Panel Arbitral determina que ha existido una pauta persistente de omisiones de la Parte demandada en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, se puede acordar un Plan de Acción de cumplimiento

¹⁵⁸ Ver, www.cec.org/citizen/index.cfm?varlan=espanol&year= , 29 de Junio de 2004.

¹⁵⁹ Ver, <http://www.conama.cl/chile-canada/> , 29 de junio de 2004.

¹⁶⁰ Artículo 22 del ACACC.

¹⁶¹ Artículo 19.2.a) del TLC Chile-EE.UU..

¹⁶² Artículo 19.2.a) del TLC Chile-EE.UU..

¹⁶³ Artículo 22 del ACACC y Artículos 19.1. a 19.4. del TLC Chile-EE.UU..

de la misma. Si no se llega a acuerdo respecto a un Plan de Acción o, si acordado, éste no se está cumpliendo, se puede imponer en contra de la Parte una contribución monetaria, la que no podrá ser mayor a 10 millones de dólares en el caso del ACACC¹⁶⁴ o de 15 millones de dólares en el caso del TLC Chile-EE.UU.¹⁶⁵.

Se trata de una sanción en contra del Estado que ha incurrido en el incumplimiento, nunca en contra de un particular. Además, en ambos tratados se dispone que la contribución monetaria se depositará en un fondo a nombre de la Comisión de Cooperación Ambiental y será destinada a mejorar el medio ambiente o a fortalecer la aplicación de la legislación ambiental de la Parte demandada¹⁶⁶. Se trata de una importante diferencia con la sanción que tienen los Estados si incumplen otras partes de los tratados, ya que en esos casos la sanción puede en determinadas ocasiones significar una suspensión de los beneficios comerciales estipulados por las partes.

3.2.2.3. Acuerdos de Cooperación en materia medio ambiental

En el PIDESC se le entrega gran importancia a la cooperación internacional como forma de mejorar la situación de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, en su artículo 2.1. se expresa que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas ...”.

En la actualidad, la cooperación internacional vive un momento de declive, lo cual se puede ver en cifras de diversos organismos internacionales¹⁶⁷. En 1971, en el marco de la ONU, los países desarrollados asumieron el compromiso de disponer del 0,7% de su Producto Interno Bruto (PIB) para dedicarlo a la Ayuda Oficial al Desarrollo, pero en el año 2000 solamente Dinamarca, Luxemburgo, Holanda, Noruega y Suecia habían alcanzado la meta del 0,7%¹⁶⁸. Lo anterior es preocupante porque la cooperación internacional ha sido durante las últimas décadas una de las principales formas de solucionar los graves problemas sociales existentes en el Tercer Mundo.

Con el TLC celebrado entre Chile y Estados Unidos se ha reforzado las relaciones de cooperación entre ambos países, mediante proyectos de cooperación – ocho de los cuales ya fueron identificados en el curso de la negociación¹⁶⁹ – y la suscripción de un Acuerdo de Cooperación Ambiental, el cual fue suscrito con fecha 17 de junio de 2003, en el que se definieron nuevas actividades de cooperación.

¹⁶⁴ Artículos 33 a 35 del ACACC.

¹⁶⁵ Artículo 22.16.2. del TLC Chile-EE.UU..

¹⁶⁶ Artículos 33 a 35 del ACACC y Artículo 22.16.4. del TLC Chile-EE.UU.

¹⁶⁷ En conformidad a las cifras del Sistema Económico Latinoamericano (SELA) se puede ver que “De acuerdo con las últimas estadísticas comparadas disponibles sobre las contribuciones de los países miembros del CAD de la OCDE, la AOD disminuyó significativamente al pasar de US \$ 56.428 millones en 1999 a US \$ 51.354 millones en 2000, lo que representa una reducción de 5.074 millones de dólares, la mayor parte en América Latina y el Caribe”, www.sela.org/public_html/AA2K3/ESP/notest/notest44.htm.

¹⁶⁸ Ver los datos en www.sela.org/public_html/AA2K3/ESP/notest/notest44.htm.

¹⁶⁹ Los proyectos de cooperación, identificados durante la negociación de este TLC Chile-EE.UU. fueron: Desarrollo de un Registro de Emisión y Transferencia de Contaminantes (RETC) en Chile; Reducir la Contaminación Minera; Mejorar la Certeza del Cumplimiento y Fiscalización Ambiental; Compartir la Experiencia del Sector Privado; Mejorar las Prácticas Agrícolas; Reducir las Emisiones de Bromuro de Metilo; Mejorar la Protección y el Manejo de la Vida Silvestre; Aumentar el Uso de Combustibles Limpios, ver www.direcon.cl, 29 de junio de 2004.

En el caso del acuerdo con Canadá, en el ámbito de cooperación los proyectos trabajados por los dos países hasta el momento se pueden dividir en cuatro grandes temáticas:

- Fiscalización y observación de la reglamentación ambiental;
- Participación de la sociedad civil en la gestión ambiental;
- Comercio y medio ambiente;
- Salud y medio ambiente.

Las actividades de cooperación han consistido principalmente en foros, talleres, mesas redondas y creación de mecanismos de información sobre temas medio ambientales.

3.2.2.4. Cláusulas medio ambientales en las normas sobre inversiones

Las normas sobre protección a las inversiones han causado inquietud en los países donde se han aplicado, constituyendo en ocasiones una limitación a las políticas públicas de los gobiernos, especialmente en el ámbito medio ambiental. Lo anterior, se ha producido en particular en la aplicación del TLCAN. Por la importancia que tienen las normas sobre derechos de los inversionistas y su impacto en los derechos económicos, sociales y culturales este tema será objeto de un análisis pormenorizado en el capítulo IV de esta memoria. Sin embargo, a continuación haremos una breve mención a las normas medio ambientales incluidas en los capítulos sobre inversiones de los TLCs suscritos por nuestro país con Canadá y Estados Unidos.

En primer lugar, existen dos disposiciones que constituyen excepciones dentro de normas de protección a las inversiones. La primera, se encuentra en las normas que prohíben que los gobiernos establezcan requisitos de desempeño a los inversionistas, permitiéndose que se establezcan requisitos medio ambientales, siempre que no se apliquen de manera “injustificada o arbitraria”¹⁷⁰. La segunda, está estipulada solamente en el caso del TLC Chile-EE.UU., como una excepción a la prohibición de expropiación a los inversionistas se permiten los actos regulatorios no discriminatorios que tengan como objetivo, entre otros, proteger el medio ambiente¹⁷¹. El tema de las expropiaciones y de los actos regulatorios se analizará con profundidad en el capítulo IV.

En otro orden de materias, en la parte de los capítulos relativos a las inversiones referente a la solución de controversias se establece que el Tribunal podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos específicos, mencionando entre ellos los temas ambientales¹⁷².

Existe otra norma de carácter más general que probablemente, si no fuera por la forma en que está redactada –es prácticamente idéntica en ambos tratados–, podría tener un impacto importante en materia medio ambiental. En el TLC de Chile con Estados Unidos la disposición está redactada en los siguientes términos: “Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen

¹⁷⁰ Artículo G-06.6 del TLC Chile-Canadá y Artículo 10.5.3.c) del TLC Chile-EE.UU..

¹⁷¹ Anexo 10–D.4.b) del TLC Chile-EE.UU..

¹⁷² Artículo G-34. del TLC Chile-Canadá y Artículo 10.23. del TLC Chile-EE.UU..

tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”¹⁷³. Como vemos, se trata en principio de una posibilidad amplia para los gobiernos de adoptar medidas medio ambientales, pero en seguida se agrega la expresión “por lo demás compatible con este Capítulo”, por lo cual la norma dispone en la práctica que se puede adoptar cualquier política en el ámbito medio ambiental, pero siempre y cuando ella sea compatible con las normas de “este Capítulo”, o sea del capítulo sobre inversiones.

Una última norma medio ambiental incluida en las normas de protección a las inversiones la encontramos en el TLC Chile-Canadá, a continuación de la disposición recién analizada. Se dispone en el artículo 14.2. que “Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio.” Esta norma constituye un importante compromiso internacional en materia medio ambiental, muy similar al contemplado en el artículo 1114 del TLCAN. Si se produce la situación mencionada en la norma, podrá iniciarse por una Parte un procedimiento de Consultas, no estando contemplada, sin embargo, para este caso la posibilidad de dar comienzo a los mecanismos de solución de controversias.

3.2.3. Normas ambientales en el Acuerdo de Cooperación Social y Económica entre Chile y la Unión Europea.

En 1996, como base para el texto final de libre comercio entre Chile y la Unión Europea, ambas partes suscribieron un Acuerdo marco de Cooperación¹⁷⁴. En este ambas partes se comprometieron a respetar los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el artículo 20 del acuerdo precitado, las partes comprometieron a desarrollar una cooperación en el sector de la protección del medio ambiente. Esto se realizará mediante la prevención de la degradación ambiental, controlando la contaminación y promoviendo la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de lograr un desarrollo sustentable.

En este marco, se prestará especial atención a la conservación de los ecosistemas, a la gestión integral de los recursos naturales, al impacto ambiental de las actividades económicas, al medio ambiente urbano y a los programas de descontaminación.

En este sentido la cooperación se centrará en:

- “a. proyectos destinados a fortalecer las estructuras y las políticas medioambientales chilenas;
- b. el intercambio de información y experiencias, incluidas las normas y los estándares respectivos;

¹⁷³ Artículo 10.12. del TLC Chile-EE.UU. y en términos similares Artículo G-14.1. del TLC Chile-Canadá.

¹⁷⁴ Ver “Acuerdo Marco de Cooperación Entre Chile y la Unión Europea” suscrito en Florencia, Italia el 21 de Junio de 1996. Disponible en www.direcon.cl. Fundamento del Acuerdo. El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.

- c. la formación, la capacitación y la educación medioambientales;
- d. la asistencia técnica y la puesta en marcha de programas conjuntos de investigación.

„175

El 30 de enero del presente año, la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, del Gobierno de Chile, publico en su pagina Web, la evaluación que realiza a raíz de cumplirse un año de implementación del acuerdo de libre comercio con la Unión Europea.

En dicha evolución, no hay ninguna referencia al acuerdo de cooperación en materia medioambiental y de cómo se ha implementado este en las áreas que describe el artículo 20 del mismo. De esta forma, no hay una evaluación oficial del impacto que ha tenido el acuerdo en esta área.

3.3. Análisis de las normas laborales contenidas en los tratados de Libre Comercio firmados por Chile

Como decíamos en el acápite anterior, en los tres tratados de libre comercio objeto de análisis de este trabajo, se regulan en un tronco común las normas que contienen derechos económicos, sociales y culturales y en particular en cuanto a los derechos laborales.

En el mismo sentido, en el capítulo II, anotábamos que el primero de estos tratados fue el que se firmó con Canadá en 1996, luego con la Unión Europea el 2002 y con los Estados Unidos este año. Es importante anotar que el Tratado de Libre Comercio con Canadá es el primero de los tratados que firma Chile en este ámbito que tiene un acuerdo de complementación en materia laboral.

El Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea también contempla un acuerdo de Cooperación en materia Social, el cual en la Parte III, Título Quinto, establece la Cooperación en Materia Social. En dicho título, hay un marco general en cuanto a los derechos económicos sociales y culturales y un tratamiento de igual forma global en relación a los derechos laborales.

El Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, es diferente al los dos anteriores, en cuanto en el mismo acuerdo contiene un capítulo especial para el desarrollo de los derechos laborales, incorporando en el mismo Tratado de Libre Comercio, las normas concerniente a los Derechos Laborales.

De esta forma se utilizará como base para el estudio, el tratado con Estados Unidos, por ser este el que contiene con mayor prolijidad y mejor estructuración las normas laborales, para efectos del desarrollo de este trabajo.

Revisaremos entonces todos los artículos del precitado acuerdo y veremos como se tratan dichos temas en los acuerdos de libre comercio con Canadá y la Unión Europea.

El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos contempla un capítulo especial para las normas laborales, se trata del capítulo 18. Este capítulo consta de 8 artículos, en los cuales se regulan las siguientes materias:

Declaración de compromiso compartido

¹⁷⁵ Ver artículo 20 numeral segundo del "Acuerdo Marco de Cooperación Entre Chile y la Unión Europea".

Fiscalización de la legislación laboral
Garantías procesales e información pública
Consejo de Asuntos Laborales
Mecanismo de Cooperación Laboral
Consultas cooperativas
Lista de árbitros laborales
Definiciones

3.3.1. Declaración de compromiso compartido

En el artículo 18.1¹⁷⁶ del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos las partes suscriben una declaración de compromiso compartido; en ella reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en cuanto a la declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo. Esta declaración fue acordada por la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 1998.

La declaración de la OIT de 1998, se encuentra compuesta por los siguientes convenios:

Convenios 87 y 98 de la OIT, donde se regulan la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

Convenios 29 y 105 de la OIT, tendientes a eliminar todas las formas de trabajo forzoso obligatorio.

Convenios 100 y 111 de la OIT, para la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

A los convenios anteriores, se debe agregar el convenio 182 de la OIT, sobre la Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, que se aprobó en 1999, pero se entiende formar parte de los convenios fundamentales del trabajo.

En cuanto a esta declaración de convenios fundamentales por parte de la OIT, y a los cuales los Estados Partes del tratado por este artículo 18.1 se comprometen a respetar, es interesante recalcar que la misma nació como un esfuerzo por parte de la OIT en orden a que la OMC instara a incluir en los tratados de libre comercio las cláusulas sociales¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Artículo 18.1: Declaración de compromiso compartido 1. Las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la "Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento" (1998). Cada Parte procurará asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el artículo 18.8, sean reconocidos y protegidos por su legislación interna. 2. Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propias normas laborales internas y, consecuentemente, de adoptar o modificar su legislación laboral, cada Parte procurará garantizar que sus leyes establezcan normas laborales consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el artículo 18.8 y procurará perfeccionar dichas normas en tal sentido

¹⁷⁷ "La renuencia de la OMC a aceptar la cláusula social como parte del sistema multilateral de comercio, tuvo como efecto trasladar la tarea de una posible conjugación socioeconómica a la OIT. Al organismo de Ginebra se le pedía algo más que la continua adopción de normas dentro del esquema tradicional forjado en 1919. Dado que ese esquema descansa en la ratificación voluntaria de los convenios y en la supervisión no coercitiva de los que hubieran sido ratificados, la vía de la OIT dejaba ancho espacio a la práctica del dumping social en el comercio internacional. Aunque el Director General de la OIT en 1998, Michel Hansenne, pensaba

La OIT con esta declaración estableció la presunción de que los principios contenidos en dichos convenios obligaban a los países miembros aun cuando éstos no los hubieran ratificado.

En este sentido la implicancia de ratificar esta declaración en este artículo del tratado es importante, tomando en consideración que sólo 35 de los 175 Estados Miembros han ratificados los siete convenios en cuestión.

Sin embargo, son importantes las observaciones que hace Efrén Córdova al respecto: “Al declarar que sólo siete convenios tenían un carácter fundamental relegaba al propio tiempo a los 175 restantes a la condición de accesorios o intrascendentes, lo que perjudicaba sus posibilidades de ratificación. La declaración carecía, por otra parte, de una base constitucional sólida. Ni la Constitución ni el reglamento de la Conferencia, establecen distinción alguna respecto a la índole de los convenios internacionales. Dos de los convenios declarados fundamentales se refieren a las relaciones de trabajo (libertad sindical y negociación colectiva), otros dos son excluyentes de la contratación de trabajo (prohibición del trabajo forzoso y de los menores de 15 años) y de las once condiciones de trabajo mencionadas en el Preámbulo de la Constitución sólo una forma de discriminación fue prohibida y una forma de protección al débil fue consagrada. El margen de competencia desleal por medio de la explotación del trabajo sigue por tanto existiendo”.¹⁷⁸

En el inciso segundo del artículo 18.1 se reconoce tanto por Chile como por Estados Unidos el derecho de cada parte a establecer sus propias normas laborales internas. En este sentido no existe la necesidad de homologar la legislación laboral de las partes. Sin embargo, cada parte procurará garantizar que su normativa sea consistente con los derechos laborales que se encuentran internacionalmente reconocidos establecidos en el artículo 18.8 y perfeccionar dichas normas en tal sentido.¹⁷⁹

En el acuerdo con Canadá, hay una declaración de compromiso compartido que se encuentra en el preámbulo del mismo, en el artículo primero,¹⁸⁰ en el cual se fijan los

que la cooperación de la OIT con la OMC no debería afectar los principios del voluntarismo, tanto él como los órganos superiores de la Organización reconocían que la gravedad de la situación demandaba lo que él mismo llamó después un “gardefou” eficaz. Conscientes a su vez los órganos competentes de la necesidad de imprimirle mayor efectividad a las normas laborales, la Conferencia Internacional del Trabajo seleccionó en 1998 siete convenios a los que denominó fundamentales y estableció la presunción de que los principios contenidos en esos instrumentos obligaban a los países miembros aun cuando no los hubieran ratificados”. Efrén Córdova, *Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia con la Protección Social*, Editorial Coimbra, Buenos Aires, p. 282.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 282.

¹⁷⁹ “La principal consecuencia jurídica que se deriva del establecimiento de este derecho es que los Estados Partes no están obligados en virtud del TLC a homologar su legislación laboral, lo que, a su vez, evita las repercusiones económicas que podrían derivarse de la necesidad de aumentar la regulación del trabajo subordinado, toda vez que la regulación jurídica del trabajo conlleva, desde una perspectiva netamente económica, un costo que deben asumir las empresas.”, Camaño Rojo, Luis Eduardo “Contenido laboral del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista Laboral Chilena*, Julio 2003, p. 80.

¹⁸⁰ Artículo 1: Objetivos Los objetivos de este Acuerdo son: (a) mejorar las condiciones de trabajo y los niveles de vida en el territorio de cada Parte; (b) promover al máximo los principios laborales establecidos en el [Anexo 1](#); (c) estimular la cooperación para promover la innovación, así como niveles de productividad y calidad crecientes; (d) alentar la publicación y el intercambio de información, el desarrollo y la coordinación de estadísticas, así como estudios conjuntos para promover la comprensión, en beneficio mutuo, de las leyes e instituciones que rigen en materia laboral en el territorio de cada Parte; (e) desarrollar actividades de cooperación laboral, sobre la base del beneficio mutuo; (f) promover la observancia y la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada Parte; y (g) fomentar la transparencia en la administración de la legislación laboral.

objetivos, y en el artículo segundo,¹⁸¹ donde se hace un compromiso general. En estos artículos se sigue la lógica de respetar la legislación interna y hay un compromiso de aumentar el nivel de las condiciones laborales en ambos países.

Sin embargo, este ideal de aumentar las condiciones laborales no se hace con ningún horizonte claro que se encuentre más allá de lo establecido en el mismo acuerdo, a diferencia del acuerdo con los Estados Unidos, en cual el horizonte está dado por el cumplimiento de la declaración de derechos laborales fundamentales para la OIT.

En este sentido, el acuerdo con Canadá¹⁸² no hace ninguna mención a las normas internacionales dictadas por la OIT, el único marco mayor al cual se hace referencia está en el preámbulo, donde se plantea la aspiración de que Chile se pueda integrar al Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte.

En el artículo primero letra (b)¹⁸³, del acuerdo con Canadá, se hace una mención a los principios básicos que deben respetar tanto Chile como Canadá.

Al remitirse al anexo, para establecer cuales serán los márgenes de los objetivos, establece los siguientes:

Libertad de asociación y protección del derecho de organización

Derecho a la negociación colectiva

Derecho de huelga

Prohibición del trabajo forzado

Protección en el trabajo para los niños y los menores

Condiciones laborales mínimas

Eliminación de la discriminación laboral

Igual remuneración para hombres y mujeres

Prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

Indemnización en caso de accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales

Protección de los trabajadores migratorios

En la regulación de los principios laborales, en cuanto a su temática, el TLC entre Chile y Canadá es bastante similar al celebrado por nuestro país con los Estados Unidos.

La diferencia principal radica en que el Tratado con Estados Unidos se basa en la declaración de Derechos Fundamentales de la OIT de 1998, mientras el acuerdo con Canadá no se remite a ninguna declaración internacional de la OIT y a ninguno de sus tratados. Es un acuerdo que establece en su mismo texto sus comprendidos y límites.

¹⁸¹ Artículo 2: Compromiso general Ratificando el pleno respeto a la constitución de cada Parte y reconociendo el derecho de cada una de establecer, en lo interno, sus propias normas laborales y de adoptar o modificar, en consecuencia, sus leyes y reglamentos laborales, cada Parte asegurará que sus leyes y reglamentos laborales prevean altas normas y reglamentos laborales, congruentes con centros de trabajo de alta calidad y productividad y continuarán esforzándose por mejorar dichas normas y reglamentos en tal sentido.

¹⁸² Ver preámbulo del acuerdo de Cooperación en materia laboral entre Chile y Canadá, disponible en www.direcon.cl .
"DESEANDO facilitar la adhesión de Chile al Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte:"

¹⁸³ "b) promover al máximo los principios laborales establecidos en el [Anexo 1](#) "

Otra diferencia importante es que el tratamiento de estos objetivos es bastante menor que en el Tratado con los Estados Unidos. Por ejemplo, cuando se establece como horizonte normativo la “Libertad de asociación y protección del derecho de organización”, su regulación es bastante simbólica¹⁸⁴. En el caso del Tratado con Estados Unidos, se remite en forma clara y directa a los convenios 87 y 98 de la OIT¹⁸⁵, los que tienen un tratamiento más exhaustivo en la materia.

En el caso del acuerdo con la Unión Europea, este tiene varias diferencias con los anteriores en esta materia, por las siguientes razones:

Es un acuerdo de promoción y cooperación, en el cual se comprometen al respeto de las normas establecidas en los convenios internacionales de la OIT sobre temas como la Libertad de Asociación, el derecho a la Negociación Colectiva y a la no discriminación, la abolición del trabajo forzado y del trabajo infantil y la igualdad de trato entre hombres y mujeres. En este punto no se refiere a convenios internacionales de la OIT específicos y además la redacción del artículo 44 “Cooperación en materia social”, es de carácter ejemplar, no es taxativo.

Al ser un acuerdo de cooperación, este puede abarcar cualquier ámbito de interés para las partes y no se encuentra circunscrito a un marco de desarrollo establecido o una institucionalidad determinada, como en el caso del acuerdo con los Estados Unidos y en menor medida en el caso del acuerdo con Canadá.

Las partes dan prioridad a ciertas materias, como lo establece el numeral 4 del artículo precitado, las que son bien amplias y difusas, sin una clara forma para implementar este marco programático.

3.3.2. Fiscalización de la legislación laboral

El mundo del trabajo presenta fenómenos particulares con la globalización. Al crearse un mercado laboral global, surge el movimiento de la desregulación y de la flexibilización. En este contexto, se teme que se produzca el denominado “dumping social”, ya que las ventajas que para un país pueda significar tener un bajo nivel de protección laboral y de seguridad social, puede generar un “círculo vicioso” a nivel mundial.

Este fue uno de los artículos que más le interesaban a ambas partes, ya que es necesario precaver la posibilidad de situaciones de dumping social. A nivel mundial, las organizaciones sindicales plantean que debe prevenirse el “dumping social”, incluyendo en las cláusulas sociales una obligación estatal de fiscalizar el efectivo cumplimiento de la legislación laboral y los acuerdos internacionales declarados como fundamentales por la OIT.

En este sentido, la idea primaria de este tipo de normas era la de incorporar una cláusula social típica en un acuerdo de comercio internacional, con la idea de autorizar

¹⁸⁴ “ANEXO 1 : PRINCIPIOS LABORALES Las siguientes son lineamientos que las Partes se comprometen a promover, conforme a las condiciones que establezca la legislación interna de cada Parte, sin que constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación. Su propósito es delimitar áreas amplias de atención en que las Partes han desarrollado, cada una a su manera, leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas que protegen los derechos y los intereses de sus respectivas fuerzas laborales. 1. Libertad de asociación y protección del derecho de organización El derecho de los trabajadores, ejercido libremente y sin impedimento, para establecer organizaciones y afiliarse a ellas por elección propia, con el fin de impulsar y defender sus intereses.” Ver en www.direcon.cl

¹⁸⁵ Ver convenio 87 y 98 de la OIT, “Sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva” y “libertad sindical y protección del derecho de sindicación” respectivamente. Disponibles en www.direcciondeltrabajo.cl .

a limitar o a prohibir las importaciones, tanto ordinarias como preferentes, de productos procedentes de países, de rama de actividad o empresas, en que las condiciones de trabajo sean inferiores a determinadas normas mínimas. De esta forma los productores que no cumplan con las condiciones mínimas en la calidad del empleo, tienen que optar entre la modificación de las condiciones del trabajo y el riesgo de tropezar con mayores obstáculos comerciales en sus mercados de exportación¹⁸⁶.

En el tratado entre Chile y Estados Unidos, en el artículo 18.2, párrafo 1 letra (a)¹⁸⁷, las Partes se comprometen a no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral. Lo anterior ya sea por acción o inacción, la cual podría ser sostenida o recurrente, siempre que afecte el comercio entre las partes.

Es interesante la redacción de la frase final del artículo recién citado, ya que sólo tiene importancia para el tratado si dicho incumplimiento afecta el comercio entre las partes. De ello se desprende que perfectamente Chile o Estados Unidos podrían, infringir ya sea por acción o omisión los derechos declarados como fundamentales por la OIT, pero al no afectar necesariamente el comercio o no ser significativo, no constituye una infracción al tratado, por lo cual el artículo 18.2 no tiene efecto en dicho escenario.

Si se asocia la letra (a) con letra (b)¹⁸⁸ de este artículo, podremos ver que las partes entienden que se está cumpliendo con la obligación indicada en la letra (a) del mencionado artículo, cuando la acción o la inacción se convierta en un ejercicio razonable de la discrecionalidad del ordenamiento interno o se derive de una decisión adoptada de buena fe respecto a la asignación de los recursos estatales.

La discrecionalidad a la que se refiere la letra (b) del artículo 18.2, se extiende tanto a las decisiones jurisdiccionales, como a la prioridad que cada parte le dé a la fiscalización de los asuntos laborales que considere más importantes. Con esto el Estado puede, dentro de una reducida gama de derechos considerados como fundamentales, priorizar a cual de ellos le va a otorgar mayor importancia -y por lo tanto mayores recursos- para fiscalizar su adecuado cumplimiento.

En el párrafo 2¹⁸⁹, del artículo 18.2, las partes vuelven a ratificar su compromiso asumido en el párrafo 1 del artículo 18.1, pero esta vez lo hacen en relación al comercio

¹⁸⁶ Sin embargo, hoy se han diversificado las formas de hacer cumplir las normas laborales mínimas, con iniciativas en varios planos. Estas son de índole, multinacional, regional estatales unilaterales y de índole privada. En el plano multilateral, con convenios como los del caucho natural o el azúcar, que contienen cláusulas sociales. En el plano bilateral los tratados de libre comercio en análisis son un claro ejemplo. En el ámbito regional, el "Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte" tiene entre los objetivos, la observancia y aplicación efectiva de la legislación laboral de cada una de las partes. Por último en el plano de las iniciativas privadas, una de las más exitosas es la del "etiquetaje", mediante la cual se señalan en el mercado los bienes producidos incumpliendo las condiciones mínimas en el trabajo.

¹⁸⁷ "(a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado."

¹⁸⁸ "(b) Las Partes reconocen que cada Parte mantiene el derecho a ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios, de acciones ante tribunales, de regulación y observancia de las normas, y de tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos laborales a los que se haya asignado una mayor prioridad. En consecuencia, las Partes entienden que una Parte está cumpliendo con el subpárrafo (a), cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto a la asignación de recursos."

¹⁸⁹ "2. Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los

entre ambas Partes. Este compromiso está motivado por el hecho que la eventual violación de las normas internacionalmente reconocidas en esta materia traería importantes consecuencias negativas para el comercio bilateral entre los dos Estados.

Como norma de cierre dentro de la fiscalización de la legislación laboral se incorporó en el párrafo 3¹⁹⁰ una regla destinada a preservar la soberanía interna. Así, ninguna disposición del capítulo 18 del TLC se podrá interpretar en el sentido de facultar a las autoridades de una de las Partes para adjudicarse la potestad de realizar actos que tiendan a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de la otra Parte.

La posibilidad de adoptar sanciones comerciales en el caso que una Parte no cumpla las obligaciones derivadas del tratado, se encuentra contemplada en el tratado y expresamente establecida en el capítulo 22. Entre las posibles sanciones podemos mencionar la potestad de dejar sin efecto beneficios arancelarios de la otra Parte o suspender parte de los beneficios consignados en el tratado. En el capítulo 22 se establece el ámbito de aplicación¹⁹¹ que puede dar pie a una “suspensión de beneficios”. Dicha suspensión, no es más que una sanción de tipo comercial ante un incumplimiento de las obligaciones que asumen las Partes en virtud del tratado.

Sin embargo, la “suspensión de beneficios”, no se aplica cuando se trata de una controversia surgida por el posible incumplimiento del artículo en análisis por alguna de las Partes. El tratado expresamente¹⁹² regula otro tipo de sanción cuando el Estado no cumple

derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el artículo 18.8, como una forma de incentivar el comercio con la otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.”

¹⁹⁰ “3. Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de la otra Parte.”

¹⁹¹ “Artículo 22.2: Ámbito de aplicación Salvo que en este Tratado se disponga otra cosa, las disposiciones sobre solución de controversias de este Capítulo se aplicarán: (a) a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado; (b) cuando una Parte considere que una medida de la otra Parte es incompatible con las obligaciones de este Tratado, o que la otra Parte ha incurrido en incumplimiento de otra forma respecto de las obligaciones asumidas en conformidad con este Tratado; y (c) cuando una Parte considere que una medida de la otra Parte causa anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 22.2

¹⁹² Artículo 22.16: Incumplimiento en ciertas controversias 1. Si en su informe final el grupo arbitral determina que una Parte no ha cumplido con las obligaciones asumidas en virtud del artículo 18.2(1)(a) (Fiscalización de la legislación laboral) o del artículo 19.2(1) (a) (Fiscalización de la legislación ambiental), y las Partes: (a) no logran llegar a un acuerdo sobre una solución conforme al artículo 22.14 dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final; o (b) han convenido una solución conforme al artículo 22.14, y la Parte reclamante considera que la otra Parte no ha cumplido con los términos del acuerdo, la Parte reclamante podrá, en cualquier momento a partir de entonces, solicitar que el grupo arbitral se constituya nuevamente, para que imponga una contribución monetaria anual a la otra Parte. La Parte reclamante entregará su petición por escrito a la otra Parte. El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible tras la entrega de la solicitud. 2. El grupo arbitral determinará el monto de la contribución monetaria en dólares de los Estados Unidos, dentro de los 90 días posteriores a su constitución conforme al párrafo 1. Para los efectos de determinar el monto de la contribución monetaria, el grupo arbitral tomará en cuenta: (a) los efectos sobre el comercio bilateral generados por el incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente; (b) la persistencia y duración del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente; (c) las razones del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente; (d) el nivel de cumplimiento que razonablemente podría esperarse de la Parte, habida cuenta de la limitación de sus recursos; (e) los esfuerzos realizados por la Parte para comenzar a corregir el incumplimiento después de la recepción del informe final del grupo arbitral, incluso mediante la implementación de cualquier plan de acción mutuamente acordado; y (f) cualquier otro factor pertinente. El monto de la contribución monetaria no superará los 15 millones de dólares de Estados Unidos anuales, reajustados según la inflación, tal como se especifica en el Anexo 22.16. 3. En la fecha en que el grupo arbitral determine el monto de la contribución monetaria de conformidad con el párrafo 2, o en cualquier momento posterior, la Parte reclamante podrá, mediante

la obligación contenida en el artículo 18.2 o en el artículo 19.2, los que corresponde a la fiscalización de la legislación laboral y medioambiental respectivamente.

Así, el tratado contempla una sanción para el incumplimiento de las obligaciones estatales en relación a los derechos fundamentales mínimos que se aleja de la idea originaria, es decir, la de suspender los beneficios que se otorgan a través del tratado, con lo cual permite que se puedan descuidar la obligación estatal de fiscalización de los derechos laborales y por ende no lo considera una causal para que se suspendan los beneficios que se derivan del mismo.

Sólo se da lugar a que se puedan suspender los beneficios arancelarios si la parte agraviada con el incumplimiento así lo solicita, llegando a cobrar la contribución y no pagano la multa la parte transgresora. En relación a esto es importante tener presente el objetivo del Tratado de eliminar los obstáculos al comercio bilateral y de evitar que se afecte indebidamente a partes o intereses que no se encuentren involucrados en la controversia.

El Acuerdo de Cooperación en materia Laboral entre la República Chile y el Gobierno de Canadá trata el tema de la fiscalización en su artículo 3, bajo el epígrafe de “Medidas gubernamentales de fiscalización”, el cual en términos generales es similar al tratamiento que le da Estados Unidos.

Lo fundamental en este acuerdo es la obligación que se impone a cada Parte en orden a respetar efectivamente su legislación laboral interna¹⁹³ como base de cumplimiento del acuerdo en plenitud. Es importante recordar que las parte no modificaron su legislación laboral interna en aras de una armonización de la misma.

Además cada parte deberá 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.

En este punto, el acuerdo de Cooperación en Materia Social firmado por la República de Chile y la Unión Europea, no contiene normas acerca de la fiscalización del cumplimiento de los derechos laborales fundamentales. Sólo se establece el compromiso de promoción de los Convenios, ya mencionados, de la OIT.

3.3.3. Garantías procesales e información pública

notificación escrita a la otra Parte, demandar el pago de la contribución monetaria. La contribución monetaria se pagará en moneda de los Estados Unidos o en un monto equivalente en moneda de Chile, en cuotas trimestrales iguales, comenzando 60 días después de que la Parte reclamante efectúe dicha notificación. 4. Las contribuciones se enterarán en un fondo establecido por la Comisión y se utilizarán, bajo su dirección, en iniciativas laborales o ambientales pertinentes, entre las que se incluirán los esfuerzos para el mejoramiento del cumplimiento de la legislación laboral o ambiental, según el caso, dentro del territorio de la Parte demandada, y en conformidad con su legislación. Al decidir el destino que se le dará a los dineros enterados en el fondo, la Comisión considerará las opiniones de personas interesadas del territorio de las Partes. 5. Si la Parte demandada no cumple la obligación de pagar una contribución monetaria, la Parte reclamante podrá adoptar otras acciones apropiadas para cobrar la contribución o para garantizar el cumplimiento de otro modo. Dichas acciones pueden incluir la suspensión de beneficios arancelarios de conformidad con este Tratado en la medida necesaria para cobrar la contribución, teniendo presente el objetivo del Tratado de eliminar los obstáculos al comercio bilateral, e intentando evitar que se afecte indebidamente a partes o intereses que no se encuentren involucrados en la controversia.”

¹⁹³ Ver artículo 3 del Acuerdo de Cooperación en materia Laboral entre la República Chile y el Gobierno de Canadá, disponible en www.direcon.cl. “1. Cada Parte promoverá la observancia de su legislación laboral y la aplicará efectivamente a través de medidas gubernamentales adecuadas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 39, tales como:”

En este artículo del Capítulo 18 del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, se refuerza la idea de que cada parte garantizará que se cumpla la legislación laboral y para ello tendrá los procedimientos idóneos que permitan a las personas garantizar sus pretensión con una formalidad justa, equitativa y transparente.

Lo anterior es importante, si consideramos que para muchos trabajadores chilenos el adecuado cumplimiento de la legislación laboral no es más que una ilusión, tanto en lo que respecta a su efectivo ejercicio como en lo referente a la posibilidad de tener un resarcimiento de parte del infractor de la legislación laboral.

En el número 1 del artículo 18.3 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos¹⁹⁴ se expresa la necesidad que cada Parte que cuente con un interés jurídicamente reconocido puede acceder a los tribunales de justicia conforme a su derecho interno, es decir, la pretensión que se puede hacer valer en tribunales dice relación con el contenido del derecho interno de cada parte.

El número 2¹⁹⁵ del artículo 18.3 del TLC, es una norma de debido proceso, en la medida que se dispone la obligación de asegurar a las partes un procedimiento laboral justo, equitativo y transparente.

Luego en el número 3¹⁹⁶ del artículo 18.3 del TLC se consagra la garantía procesal del llamado “derecho al recurso”, esto es, la posibilidad para las Partes de recurrir a un tribunal superior para que revise la sentencia emanada del tribunal de primera instancia. No se establece con precisión la naturaleza del recurso que debe reconocerse a cada Parte.

En el número 4¹⁹⁷ del artículo 18.3 del TLC se establece una norma de cierre, en la que se deja manifiestamente claro que en virtud de este tratado no se puede someter a revisión ni reabrir ningún proceso en materia laboral que haya seguido un tribunal de los Estados Partes.

De esta forma, el tratado de libre comercio no crea nuevas obligaciones en cuanto a la legislación interna de las Partes; lo que hace es crear obligaciones de difusión y fiscalización de la misma, por parte de los organismos administrativos que la tienen a su cargo.

Por último, en el número 5¹⁹⁸ del artículo 18.3 del TLC, las partes se comprometen a promover el conocimiento público de su legislación laboral, lo que refuerza la idea anterior.

¹⁹⁴ “Cada Parte garantizará que las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno sobre un determinado asunto, tengan adecuado acceso a los tribunales judiciales, sean éstos ordinarios, del trabajo o de otra jurisdicción específica, tribunales cuasi judiciales o tribunales administrativos, según corresponda, para el cumplimiento de la legislación laboral de esa Parte.”

¹⁹⁵ “Cada Parte garantizará que los procedimientos para el cumplimiento de su legislación laboral, sean justos, equitativos y transparentes.”

¹⁹⁶ “Cada Parte dispondrá que las partes de tales procedimientos tengan derecho a presentar recursos para asegurar la aplicación de sus derechos según su legislación laboral interna.”

¹⁹⁷ “Para mayor certeza, las resoluciones emanadas de los tribunales judiciales de cada Parte, sean éstos ordinarios, del trabajo o de otra jurisdicción específica, tribunales cuasi judiciales o tribunales administrativos, según corresponda, o los asuntos pendientes de resolución, así como otros procedimientos relacionados, no serán objeto de revisión ni se podrán reabrir en virtud de las disposiciones de este Capítulo”.

¹⁹⁸ “Cada parte promoverá el conocimiento público de su legislación laboral.”

Ocurre lo mismo en el caso del Acuerdo de Cooperación en materia Laboral entre la República Chile y Canadá, ya que en el artículo 5¹⁹⁹ del mencionado acuerdo se regulan estas materias, con una redacción casi idéntica al acuerdo con los Estados Unidos.

Sin embargo, existe en el artículo 4 del precitado acuerdo una diferencia fundamental, ya que no sólo establece como sujeto activo a las partes del acuerdo sino que también a cualquier persona, reconociéndole la posibilidad de acción no solo a los estados partes sino que también a los particulares. “Cada Parte garantizará que las personas con interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno, en algún asunto en particular, tengan acceso adecuado a tribunales administrativos, cuasijudiciales, judiciales o del trabajo para la aplicación de la legislación laboral de la Parte.”²⁰⁰

No obstante, no es necesario que el acuerdo reconozca la posibilidad de lo que se ha denominado la “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, ya que es un principio que se ha comenzado a aplicar hace bastante tiempo en la práctica del derecho constitucional occidental.²⁰¹

En cuanto, al Acuerdo de Cooperación en Materia Social entre la República de Chile y la Unión Europea, nos remitimos a lo mencionado en el número anterior.

¹⁹⁹ Artículo 5: Garantías procesales 1. Cada Parte garantizará que los procedimientos ante sus tribunales administrativos, cuasijudiciales, judiciales o del trabajo para la aplicación de su legislación laboral sean justos, equitativos y transparentes y, con este propósito, cada Parte dispondrá que: (a) dichos procedimientos cumplan con el debido proceso legal; (b) todas las audiencias en los procedimientos sean públicas, salvo cuando la administración de justicia requiera otra cosa; (c) las partes involucradas en el procedimiento tengan derecho a sustentar o defender sus respectivas posiciones y a presentar información o pruebas; y (d) los procedimientos no sean innecesariamente complejos, no impliquen costos o plazos poco razonables ni demoras injustificadas. 2. Cada Parte dispondrá que las resoluciones definitivas sobre el fondo del asunto en dichos procedimientos: (a) se formulen por escrito y, de preferencia, señalen los motivos en que se fundan; (b) se pongan a disposición de las partes involucradas en el procedimiento, sin demoras injustificadas y, de conformidad con su legislación, al público; y (c) se funden en información o pruebas respecto de las cuales se haya dado a las partes la oportunidad de ser oídas. 3. Cada Parte dispondrá, cuando corresponda, que las partes involucradas en dichos procedimientos tengan el derecho, de acuerdo con su legislación, de solicitar la revisión y, cuando proceda, la modificación de las resoluciones definitivas dictadas en esos procedimientos. 4. Cada Parte garantizará que los tribunales que lleven a cabo dichos procedimientos, o que los revisen, sean imparciales e independientes y no tengan un interés sustancial en el resultado de los mismos. 5. Cada Parte dispondrá que las partes que intervengan en el procedimiento ante tribunales administrativos, cuasijudiciales, judiciales o del trabajo tengan acceso a recursos para hacer efectivos sus derechos laborales. Tales recursos podrán incluir, según proceda, órdenes, acuerdos de cumplimiento, multas, sanciones, encarcelamiento, medidas precautorias o clausuras de emergencia de los lugares de trabajo. 6. Cada Parte podrá, según corresponda, establecer o mantener oficinas de defensa laboral, que representen o asesoren a los trabajadores o a sus organizaciones. 7. Ninguna disposición de este artículo se podrá interpretar en el sentido de obligar o impedir que una Parte establezca un sistema judicial para aplicación de su legislación laboral que difiera de su sistema general de aplicación de la ley. 8. Para mayor seguridad, las resoluciones emanadas de los tribunales administrativos, cuasijudiciales, judiciales o del trabajo, los asuntos pendientes de resolución, así como otros procedimientos relacionados, no serán objeto de revisión ni se podrán reabrir en virtud de las disposiciones de este Acuerdo.

²⁰⁰ Ver artículo 4 del Acuerdo de Cooperación en materia Laboral entre la República Chile y el Gobierno de Canadá, disponible en www.direcon.cl.

²⁰¹ Ver Juan Bilbao Ubillos, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 231-361. Anota el autor, en la p. 250: “El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir, desde luego, por la vía de una adhesión incondicional al dogma de la autonomía privada. La sacralización de este principio, que hoy aparece seriamente erosionado en la experiencia del tráfico jurídico privado, ha servido tradicionalmente para apuntalar la inmunidad de estos poderes, privando de garantías efectivas a quines ven menoscabada injustificadamente su libertad. Para ser coherente y eficaz, el sistema de garantías debe operar frente al poder, sin adjetivos”.

3.3.4 Consejo de Asuntos Laborales

En virtud del artículo 18.4²⁰² del Tratado de Libre Comercio, se institucionalizan mecanismos de cooperación recíproca entre Chile y Estados Unidos, en temas laborales. De esta forma, se crea el Consejo de Asuntos Laborales integrado por representantes de Chile y EEUU a nivel ministerial o por quienes las partes designen.

El objetivo fundamental del Consejo de Asuntos Laborales es ser un punto de contacto con la sociedad civil y con la otra Parte en cuanto a la aplicación del tratado de libre comercio en materia laboral. Para esto, se dispone que el Consejo se debe reunir al menos una vez al año en forma pública, aunque se deja la posibilidad que las Partes lo acuerden de otra forma.

Con el fin de desarrollar las labores que acuerde el Consejo en sus reuniones anuales cada Parte designará una unidad dentro de su Ministerio del Trabajo que sirva de punto de contacto, tanto con la otra Parte como con la sociedad civil.

Finalmente, este artículo entrega la posibilidad a las Partes de convocar a un comité consultivo nacional o un grupo asesor, integrado por representantes de trabajadores, de empresarios y técnicos a fin de que entreguen sus opiniones relativas a la aplicación de este Capítulo.

De una forma practicante idéntica, el Acuerdo de Cooperación en materia Laboral entre la República Chile y el Estado de Canadá contempla en su parte tercera, relativa a los "Mecanismos Institucionales", la Comisión para la Cooperación Laboral entre Canadá y Chile -en el artículo 8- la estructura y procedimientos del Consejo -en el artículo 9-y las funciones del Consejo -en el artículo 10-.

En el Acuerdo de Cooperación en Materia Social entre la República de Chile y la Unión Europea, no contempla una institucionalidad en este sentido, les deja la autonomía a las partes para que fiscalicen la legislación laboral.

Organización del Consejo de Asuntos Laborales en el Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y Estados Unidos

²⁰² "Artículo 18.4: Consejo de Asuntos Laborales Las Partes establecen un Consejo de Asuntos Laborales, compuesto por representantes de las Partes de nivel ministerial o representantes equivalentes, o por quienes éstos designen. El Consejo se reunirá dentro del primer año desde la fecha de entrada en vigor de este Tratado y, a partir de entonces, tan seguido como lo considere necesario, para supervisar la implementación y revisar el avance de acuerdo a este Capítulo, incluyendo las actividades del Mecanismo de Cooperación Laboral establecido en el artículo 18.5 y para proseguir con los objetivos laborales de este Tratado. Cada reunión del Consejo incluirá una sesión pública, a menos que las Partes lo acuerden de otra forma. Cada Parte designará una unidad dentro de su Ministerio del Trabajo que servirá de punto de contacto con la otra Parte y con la sociedad, con el fin de desarrollar las labores del Consejo. El Consejo establecerá su propio programa y procedimientos de trabajo y podrá, al llevar a cabo sus tareas, establecer grupos de trabajo gubernamentales o grupos de expertos y realizar consultas con organizaciones no gubernamentales o con personas naturales, incluidos expertos independientes, o solicitar asesorías de tales organizaciones o personas. Todas las decisiones del Consejo serán adoptadas de mutuo acuerdo por las Partes y se harán públicas, a menos que el Consejo decida otra cosa. Cada Parte podrá convocar un comité consultivo nacional o un comité asesor, según corresponda, integrado por personas de su sociedad, incluyendo representantes de sus organizaciones de trabajadores y de empresarios y otras personas, que entreguen sus opiniones relativas a la aplicación de este Capítulo. El punto de contacto de cada Parte se encargará de la presentación, recepción y consideración de las comunicaciones públicas relativas a materias de este Capítulo y pondrá tales comunicaciones a disposición de la otra Parte y de la sociedad. Cada Parte revisará dichas comunicaciones, según corresponda, de acuerdo con sus propios procedimientos internos."

3.3.5 Mecanismo de Cooperación Laboral

Este artículo²⁰³ tiene por objetivo promover el respeto a los derechos laborales declarados fundamentales por la OIT en 1998. Junto a este artículo se encuentra el anexo 18.5 del TLC, el cual trata acerca de la organización y funciones principales del Mecanismo de Cooperación Laboral.

En el punto 1²⁰⁴ de dicho anexo se hace una declaración expresa acerca de la importancia de este mecanismo de cooperación bilateral como una herramienta importante para avanzar en el debido cumplimiento de los derechos declarados como fundamentales por la OIT.

En este sentido, para ambas Partes la cooperación bilateral es la mejor forma para obtener un adecuado respeto a dichos derechos fundamentales. Las preguntas que caben hacerse son: ¿cuál es el contenido de la cooperación?, ¿en qué plano se desarrolla la cooperación? y ¿cuál es la efectividad de la misma?.

En cuanto a la primera pregunta, podemos decir que el contenido de la cooperación es básicamente llevar a cabo el mecanismo de cooperación laboral, con actividades de trabajo conjunto del siguiente orden (previamente estableciendo prioridades para las mismas):

- desarrollar y revisar periódicamente un programa de trabajo sobre actividades específicas de cooperación,
- intercambiar información sobre políticas laborales, en cuanto a la aplicación efectiva de la legislación laboral en los territorios de las partes,
- intercambiar información sobre las mejores prácticas laborales, incluyendo las adoptadas por el ámbito privado.

En el caso del Acuerdo de Cooperación en materia Laboral entre la República Chile y el Gobierno de Canadá, se contiene la idea de la creación de un Plan de Trabajo para la Cooperación, destinado a promover el intercambio de información y conocimiento de las legislaciones laborales respectivas. Este Plan de Trabajo permite a los dos Gobiernos, en concordancia con los Ministerios de Trabajo y Comercio, cooperar en materias laborales. Esto puede involucrar conferencias, seminarios, talleres, estudios, desarrollo de datos comparables, intercambio de experiencias e información y otras prácticas de cooperación en áreas tales como: relaciones laborales, estándares de empleo, salud y seguridad en el trabajo, capacitación laboral y seguridad social. Además, se establece un procedimiento para el tratamiento de los temas de interés de ambos países. Como se puede observar es de características similares al acuerdo con los Estados Unidos.

En el Acuerdo de Cooperación con la Unión Europea solamente se plantea en el numeral tercero del artículo 44 de dicho acuerdo, que las medidas que se tomen en

²⁰³ “Artículo 18.5: Mecanismo de Cooperación Laboral Reconociendo que la cooperación proporciona a las Partes mejores oportunidades para promover el respeto de los principios contenidos en la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)*, el cumplimiento del *Convenio 182 de OIT sobre la Prohibición y la Acción Inmediata para la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999)*, y con el fin de avanzar en otros compromisos comunes, las Partes establecen un Mecanismo de Cooperación Laboral, según se expresa en el Anexo 18.5.”

²⁰⁴ “Establecimiento de un Mecanismo de Cooperación Laboral 1. Reconociendo que la cooperación bilateral proporciona a las Partes mayores oportunidades para perfeccionar las normas laborales y para progresar en compromisos comunes, incluyendo la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)*, las Partes han establecido un Mecanismo de Cooperación Laboral.”

esta materia podrán coordinarse con las de los Estados miembros y las correspondientes organizaciones internacionales.

3.3.6. Consultas Cooperativas

Como un mecanismo complementario a los instrumentos de cooperación, este artículo²⁰⁵ establece un procedimiento de consulta entre las partes respecto de cualquier duda o controversia que nazca de la aplicación o el entendimiento de lo preceptuado en el capítulo dieciocho del Tratado de Libre comercio con Estados Unidos.

La idea que subyace en este artículo es que los conflictos se puedan solucionar extrajudicialmente. El procedimiento se inicia mediante la entrega de una solicitud escrita al punto de contacto que la otra parte haya designado conforme al artículo 18.4 del Tratado en cuestión.

Para Eduardo Martínez Estrada²⁰⁶, en la tramitación del procedimiento de consulta se pueden identificar diversos principios fundamentales que delimitan su procedimiento:

“El principio de celeridad, por el cual las partes iniciarán sin demora las consultas una vez entregada la solicitud escrita (artículo 18.6.2)”.

Las consultas deben ser por escrito y fundadas. En la consulta se tiene que acompañar información específica y suficiente para que la otra parte responda adecuadamente, con todos los antecedentes en forma previa.

Las partes realizarán todos los esfuerzos para solucionar satisfactoriamente sus conflictos mediante consultas previas.

“La asesoría externa en la solución de la consulta, ya que el punto de contacto podrá requerir asesoría o asistencia de cualquier persona u organismo que estime apropiado con el fin de examinar plenamente el asunto de que se trate (artículo 18.6.3), lo que también esta presente cuando se requiere la intervención del Consejo (artículo 18.6.5)”.

²⁰⁵ Artículo 18.6: Consultas cooperativas Una Parte podrá solicitar la realización de consultas con la otra Parte, respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este Capítulo, mediante la entrega de una solicitud escrita al punto de contacto que la otra Parte haya designado conforme al artículo 18.4(3). Las Partes iniciarán sin demora las consultas una vez entregada la solicitud. La Parte solicitante proporcionará información específica y suficiente en su solicitud para que la otra Parte responda. Las Partes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto y podrán requerir asesoría o asistencia de cualquier persona u organismo que estimen apropiado con el fin de examinar plenamente el asunto de que se trate. Si las Partes no logran resolver el asunto a través de consultas, cualquiera de ellas podrá solicitar que el Consejo sea convocado para examinar el asunto, para lo cual entregará una solicitud escrita al punto de contacto de la otra Parte. El Consejo será convocado sin demora y procurará resolver el asunto recurriendo, cuando corresponda, a consultas con expertos externos y a procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación. Si el asunto se refiere a si una Parte está cumpliendo con sus obligaciones de conformidad con el artículo 18.2(1)(a), y las Partes no han logrado resolverlo dentro de 60 días siguientes a la entrega de una solicitud de consultas conforme al párrafo 1, la Parte requirente podrá solicitar la realización de consultas en virtud del artículo 22.4 (Consultas), o una reunión de la Comisión en virtud del artículo 22.5 (Comisión – buenos oficios, conciliación y mediación) y, según lo dispuesto en el Capítulo Veintidós (Solución de controversias), recurrir en lo sucesivo a las otras disposiciones de ese Capítulo. Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación a lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al artículo 18.2(1)(a). Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por un asunto que surja en relación con el artículo 18.2(1)(a) sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este artículo.

²⁰⁶ Cfr. Eduardo Martínez Estrada, op. cit., p. 82.

Hay un principio de jerarquía para la resolución de las consultas, en la medida que estas no se puedan ir solucionando. El orden es primero una unidad del Ministerio del Trabajo, luego el Consejo de Asuntos Laborales y si han transcurrido mas de 60 días desde la respectiva solicitud escrita, la parte requirente podrá solicitar la realización de consultas conforme al artículo 22.4 del Tratado de libre Comercio con Estados Unidos.

Ninguna parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme al Tratado de Libre Comercio por ningún asunto que surja en relación a lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al artículo 18.2.1, esto es en lo relativo a la fiscalización de la legislación laboral, punto que ya se analizó en dicho momento.

3.3.7. Lista de árbitros laborales

El Tratado colocó como requisito para su adecuada entrada en vigencia, que dentro del plazo de los primeros seis meses, las partes designen de común acuerdo una lista de hasta doce personas, que cuenten con las aptitudes para desempeñarse como árbitros. La lista de árbitros se reguló en el artículo 18.7 del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Esta lista permanecerá vigente por un mínimo de tres años, pudiendo ser sus integrantes redesignados.

En conformidad al artículo 18.7.2 del Tratado en cuestión, los integrantes deben cumplir con las siguientes características:

Tener conocimientos especializados, experiencia en el derecho laboral y en su fiscalización o en solución de controversias internacionales.

Ser elegidos e función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio.

Que sean independientes, es decir no se encuentren ligados a ninguna de las partes de cualquiera forma.

Que cumplan fielmente con el Código de conducta que deberá escriturar la Comisión de Libre Comercio en virtud del artículo 22.5 del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

En los últimos dos acápite, tanto en el Acuerdo de Cooperación en materia Laboral entre la República Chile y el Gobierno de Canadá, como en el Acuerdo de Cooperación en Materia Social con la Unión Europea, contienen un mecanismo similar para la solución de las controversias.

3.4 Referencias a otros derechos económicos, sociales y culturales contemplados en los tratados comerciales suscritos por Chile

Hemos visto que, a excepción del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de los derechos laborales, los demás derechos económicos, sociales y culturales no tienen un tratamiento sistemático en los tratados comerciales que Chile ha suscrito con Canadá, Estados Unidos y la Unión Europea. Existen menciones generales a tratados de derechos humanos en general y a convenciones sobre temáticas específicas relacionadas con derechos económicos, sociales y culturales, pero no regulaciones

exhaustivas como en el caso de los derechos mencionados. Ello probablemente ocurre porque en el caso de los TLCs con Canadá y Estados Unidos la incorporación de esas normativas en los ámbitos laboral y ambiental tuvo la finalidad principal evitar los denominados dumping social y dumping medio ambiental.

De todas formas, existen igualmente disposiciones referentes a otros derechos económicos, sociales y culturales en los tratados y esto se da principalmente a través de mecanismos de cooperación internacional. Ya hemos dicho anteriormente que la cooperación internacional es una de las formas –probablemente la más importante- para mejorar a nivel internacional los derechos del ámbito social. Pues bien, en los tres tratados que estamos estudiando se han establecido –además de los laborales y medio ambientales- múltiples proyectos de cooperación con efectos importantes en derechos económicos, sociales o culturales.

En especial, en el tratado celebrado con la Unión Europea se establecen objetivos amplios respecto de la cooperación y no referidos solo a materias específicas, lo que está en consonancia con las características mencionadas de los acuerdos celebrados por la UE denominados de “Cuarta Generación”. Así, en el artículo 16 del Acuerdo entre la UE y Chile, se delimitan los siguientes objetivos generales e materia de cooperación:

“1. Las Partes establecerán una estrecha cooperación destinada, entre otros aspectos, a:

a) reforzar la capacidad institucional para consolidar la democracia, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales;

b) promover el desarrollo social, el cual debe ir acompañado de desarrollo económico y de protección del medio ambiente. Las Partes darán especial prioridad al respeto de los derechos sociales fundamentales;

c) estimular las sinergias productivas, crear nuevas oportunidades para el comercio y la inversión y promover la competitividad y la innovación;

d) incrementar y profundizar las acciones de cooperación teniendo en cuenta la relación de Asociación entre las Partes.

2. Las Partes reafirman la importancia de la cooperación económica, financiera y técnica, como un medio para contribuir a la realización de los objetivos y de los principios derivados del presente Acuerdo.”

Entre los diversos proyectos de cooperación que pueden tener un impacto para los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro país, cabe destacar especialmente en el área de Cultura, Educación y Sector Audiovisual la inclusión en el Acuerdo de artículos específicos sobre Educación y formación, Cooperación en el ámbito audiovisual, Intercambio de información y Cooperación cultural²⁰⁷.

Además, se consagra en el Acuerdo Chile-UE la denominada “cláusula evolutiva”²⁰⁸, la que implica que se podrán establecer nuevas áreas de trabajo y la cooperación no se enmarcará solamente en los proyectos convenidos al momento de la celebración del tratado. Es valorable que en esta tarea se le asigne a la sociedad civil un papel importante disponiéndose, entre otras cosas, que los actores de la sociedad civil podrán “ser

²⁰⁷ Título III, “Cultura, Educación y Sector Audiovisual”, Artículo 38, disponible en www.direcon.cl.

²⁰⁸ “En el marco de las competencias respectivas de las Partes, no deberá descartarse de antemano ninguna oportunidad de cooperación, y las Partes podrán recurrir al Comité de Asociación para explorar conjuntamente posibilidades prácticas de cooperación de interés mutuo.”, Artículo 51 de la Asociación Política y Económica entre Chile y la Unión Europea.

informados y participar en consultas sobre políticas y estrategias de cooperación, así como sobre las prioridades de estas últimas, particularmente en los ámbitos que les conciernan o afecten directamente”²⁰⁹.

²⁰⁹ Artículo 48 a), de la Asociación Política y Económica entre Chile y la Unión Europea.

Capítulo IV:

“Los Tratados de Libre Comercio firmados por Chile y su incidencia en los derechos económicos, sociales y culturales”

Los tratados de libre comercio suscritos por Chile han tenido y tendrán efectos importantes para nuestra economía, habiéndose ya realizado algunas consideraciones acerca de ello en el capítulo II del presente trabajo. Profundizar en un análisis económico de los convenios comerciales objeto de estudio escapa del objetivo de la presente memoria, que se circunscribe a un plano estrictamente normativo. Esto sin duda resulta difícil, si tenemos en cuenta que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una estrecha relación con las organizaciones y realidades socioeconómicas de los distintos países²¹⁰. En el sentido de tener en cuenta la realidad económica de cada país se pronuncia el PIDESC, en su art. 2, al plantear que cada Estado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales “se compromete a adoptar medidas ... hasta el máximo de los recursos de que disponga ...”²¹¹.

En el capítulo I pudimos ver que el efectivo cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales no depende solamente de los recursos públicos disponibles para llevar a cabo políticas sociales que puedan hacer efectivos esos derechos para las personas. Existen, en efecto, una serie de medidas que los gobiernos pueden adoptar para garantizar los derechos en cuestión y que no tienen que ver necesariamente con desembolsos de dinero, como se plantea en el esquema de Freid Van Hoff y Asbjorn Eide²¹². No obstante ello, no podemos desconocer que existen también muchas políticas que requieren de fondos públicos, de infraestructuras y de un marco institucional que no existen en países en desarrollo. De hecho, no parece apropiado comparar en forma abstracta la situación de los derechos que estamos tratando en países europeos con la que existe en países de África o de América Latina²¹³.

²¹⁰ “Conjuntamente con la necesidad de mantener vigentes las libertades, debe tenerse presente la posibilidad concreta de que el Estado, especialmente en países subdesarrollados, esté en condiciones de adoptar medidas tendientes a hacer efectivos estos derechos. Es obvio que en numerosas situaciones el Estado no tiene los medios económicos necesarios para ello, por lo cual una legislación que lo coaccione a tal tarea corre el riesgo de quedar en el plano teórico”, Mayorga Lorca, Roberto, *Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 36.

²¹¹ “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”, artículo 2 número 1 del PIDESC.

²¹² Ver pp. 19 y 20 del presente trabajo.

²¹³ Roberto Mayorga plantea que para un adecuado análisis de la situación de los derechos económicos, sociales y culturales es necesario en primer lugar hacerlo por zona geográfica. Cf. Mayorga Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 23-27.

Es por lo anterior, que los efectos económicos que los tratados de libre comercio tienen son finalmente de gran trascendencia para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de la población. La posibilidad de que los productos chilenos puedan entrar a mercados importantes con rebajas o eliminación de aranceles, los incrementos de la inversión extranjera en el país y la entrada de productos extranjeros a un menor precio por la rebaja de aranceles, traen aparejados efectos en el bienestar de la población que son sin lugar a dudas relevantes, más aún para un país como Chile, que como dijimos en el capítulo II, tiene como uno de los pilares de su política económica la estrategia comercial de inserción internacional.

Todo lo expresado acerca de los efectos económicos de los tratados demuestra que ellos son relevantes para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Con estos antecedentes, vamos a dejar el estudio de los efectos económicos de los acuerdos comerciales ya que nuestro análisis, como dijimos, se va a ceñir solamente a un plano normativo. Ya estudiamos en el capítulo III las normas de los tratados objeto de estudio que, de diversas maneras, regulan derechos económicos, sociales y culturales y por lo tanto inciden en ellos en forma directa. En este capítulo, en cambio, veremos como otras normas de los tratados, en especial las que se refieren a la protección de las inversiones, pueden generar efectos en relación a esos derechos.

En primer lugar, entrando en los análisis generales de las normas de protección de las inversiones de los TLC suscritos por Chile, comenzaremos preguntándonos si dichas normas afectan el principio de progresividad consagrado en el PIDESC.

En segundo lugar, revisaremos de manera específica, diversas normas de protección a las inversiones que pueden tener consecuencias relevantes para la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro país.

En tercer y último lugar, procederemos a hacer un estudio de las normas existentes respecto a los mecanismos de solución de controversias, ya que ellas constituyen mecanismos novedosos de solución de conflictos entre inversionistas privados y el Estado que los recepciona. Dichos procedimientos pueden llegar a tener importancia para los derechos que estamos estudiando.

En el análisis de todas estas temáticas, se harán referencias a la aplicación del Tratado de libre Comercio de América del Norte, celebrado entre Estados Unidos, Canadá y México, ya que éste entró en vigencia el 1 de enero de 1994, suscitándose diversos casos judiciales durante su vigencia y siendo sus normas muy similares a las de los tratados celebrados por nuestro país con Canadá y con Estados Unidos. En el caso del Tratado suscrito por Chile con la Unión Europea, este no contiene una regulación específica de la protección a las inversiones como la que se encuentra en los otros dos tratados. En su capítulo III, denominado “Derecho de Establecimiento” se establece solamente una norma referente al trato nacional –a la cual haremos referencia en su oportunidad-, pero respecto a lo demás se dispone que las Partes con el objetivo de establecer una mayor liberalización de las inversiones, revisarán la normativa existente en este ámbito en un plazo no mayor a tres años desde la entrada en vigencia del tratado²¹⁴. Por lo anteriormente señalado, a excepción de la norma mencionada sobre el trato nacional, nuestro estudio en este capítulo se basará en los textos de los TLC con Canadá y EE.UU.

²¹⁴ “Con vistas a la liberalización progresiva de las condiciones de inversión, las Partes confirman su compromiso de revisar el marco jurídico de inversión, el ambiente de inversión y los flujos de inversión entre sí, de conformidad con sus compromisos en acuerdos internacionales de inversión, en un plazo no superior a tres años tras la entrada en vigor del presente Acuerdo.”, Artículo 134.2. de la Asociación Políticay Económica entre Chile y la Unión Europea.

4.1. Las normas de protección a las inversiones y el principio de progresividad consagrado en el PIDESC.

Si nos quedáramos con una primera lectura de las normas de los capítulos 18 y 19 del TLC con Estados Unidos y de las normas de cooperación laboral y medio ambiental consignadas en el TLC con Canadá, tendríamos que decir que los tratados en cuestión no vulneran el principio de progresividad consagrado en el artículo 2 del PIDESC; e incluso más, lo refuerzan. En primer lugar, en el punto 18.1. del tratado con EE.UU. -como vimos con más detención en el capítulo tercero de este trabajo- se establece que “reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propias normas laborales internas y, consecuentemente, de adoptar o modificar su legislación laboral, cada Parte procurará garantizar que sus leyes establezcan normas laborales consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos”. En el caso del TLC con Canadá se establece una norma que apunta en la misma dirección en el artículo 2 del acuerdo de cooperación laboral entre los dos países. Por otro lado, el artículo 18.2 a) del acuerdo comercial con EE.UU. y el artículo 3 del acuerdo de cooperación laboral del TLC suscrito con Canadá reafirman que cada Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral. Normas similares en el ámbito medio ambiental están consignadas en el capítulo diecinueve del TLC con EE.UU. y en las disposiciones del respectivo acuerdo de cooperación establecido en el tratado con Canadá.

En las normas descritas se establece, por un lado la obligación de los Estados Partes de aplicar la normativa interna vigente que regula estos derechos sociales y por otro, se reafirma el derecho de cada Estado de modificar las leyes que regulan estas materias. Además, todas las otras normas sobre estas materias están dirigidas a un mejor ejercicio de los derechos sociales laborales y medio ambientales y a mejorar su situación, en especial con los procedimientos de fiscalización y las normas de cooperación del tratado con Canadá. Se podría entonces decir, que las normas laborales y medio ambientales de los TLC que Chile celebró con Canadá y EE.UU. no dificultan de manera alguna que nuestro país pueda cumplir con la obligación adquirida en conformidad al PIDESC de dar efectividad de manera progresiva a los derechos económicos, sociales y culturales²¹⁵ e incluso algunas disposiciones contribuyen a ello.

Sin embargo, las dudas se han suscitado por algunas normas de protección a las inversiones contenidas en ambos tratados y por la jurisprudencia existente en la aplicación del TLCAN, cuyo capítulo acerca de las inversiones es casi idéntico a los que existen en los TLC que Chile suscribió con Estados Unidos y Canadá. Al estudio de esas normas y a sus implicancias para los derechos económicos, sociales y culturales nos vamos a dedicar en esta parte del trabajo.

El primer problema se genera con las definiciones que los tratados mencionados establecen, para efectos de aplicar sus normas, de “inversión” por un lado y de “medida” por otro.

En el Artículo 10.27 de la Sección C del Tratado de Chile con Estados Unidos se encuentran todas las definiciones de relevancia para la aplicación del tratado. En el caso del tratado con Canadá las definiciones se encuentran en el Artículo G-40 de la Sección III.

²¹⁵ “Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, artículo 2.1. PIDSEC.

En el citado artículo del TLC entre Chile y Estados Unidos se estipula que inversión “significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo”. A continuación, se establece que “las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) derechos contractuales, incluidos contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como concesiones, licencias, autorizaciones, permisos; y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda”.

En el caso del TLC con Canadá la definición en lo sustancial es bastante similar, teniendo básicamente diferencias de forma con la que se ha transcrito. La última parte de la misma señala como inversión a los “bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos con la expectativa de, o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y la participación que resulte del capital u otros recursos comprometidos para el desarrollo de una actividad económica en territorio de una Parte, entre otros, conforme a contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de la Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa”²¹⁶.

En ambos tratados (en el tratado con Canadá de manera más lata) se describe además, a continuación de las definiciones señaladas, lo que se entiende que está afuera del concepto de inversión.

Podemos concluir entonces, que las enumeraciones de lo que se entiende por inversión para efectos de la aplicación de los tratados son muy amplias, pudiendo llegar a concluir que son prácticamente omnicomprendivas.

En el caso de lo que se entiende por “medidas” ellas también están definidas de manera amplia, ya que en el TLC con Estados Unidos se las define como “cualquier ley, regulación, procedimiento, requisito o práctica”²¹⁷. La definición de medida contenida en el TLC de Chile con Canadá es prácticamente idéntica, ya que se conceptualiza como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”²¹⁸.

²¹⁶ Extracto de la definición de Inversión contenida en el artículo G-40, Sección III, TLC Chile-Canadá.

²¹⁷ Artículo 2.1, Capítulo Dos, Tratado de Libre Comercio Chile-EEUU, disponible www.direcon.cl.

²¹⁸ Artículo B-01, Capítulo B, Primera Parte del TLC Chile-Canadá.

Las inversiones están protegidas de medidas, o sea están resguardadas de todo tipo de políticas estatales que puedan afectarlas. Esto se establece en el inicio del capítulo X del TLC de Chile con EEUU, en los siguientes términos:

“Artículo 10.1: Ámbito de aplicación

1. Este Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: los inversionistas de la otra Parte;

las inversiones cubiertas²¹⁹; y

en lo relativo a los artículos 10.5 y 10.12, a todas las inversiones en el territorio de la Parte.

En forma muy parecida inicia el capítulo acerca de las inversiones del TLC suscrito entre Chile y Canadá, refiriéndose a la protección de las inversiones de medidas²²⁰.

Aquí es donde surgen las dudas respecto de la contradicción que puede llegar a producirse entre el principio de progresividad establecido en el PIDESC y las normas de protección de las inversiones contenidas en los tratados de libre comercio que estamos analizando.

El principio de progresividad se estableció en el PIDESC, como una fórmula que permitiera a los Estados Partes poder cumplir de manera paulatina con las diversas obligaciones que se les imponen para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Como vimos en el capítulo I se establecen mecanismos de control a los Estados para verificar la forma en que están dando cumplimiento a los derechos reconocidos en el Pacto. En diversos casos puede suceder que para dar cumplimiento a esos derechos se requiera de nuevas leyes, reglamentos o simplemente nuevas políticas públicas por parte de los gobiernos.

Ahora bien, en los casos en que esas políticas públicas puedan significar de cualquier manera una afectación de las inversiones existentes en el país, los inversionistas pueden, de acuerdo a las normas de los tratados de libre comercio, impugnar esas medidas llevando a los Estados a juicios en tribunales arbitrales internacionales. En los litigios que se han producido en la aplicación del TLCAN, los inversionistas han solicitado en sus demandas enormes indemnizaciones, lo cual en caso de ser acogidas puede ser muy perjudicial para países en desarrollo como México -en el caso del TLCAN-, o Chile -en el caso de los tratados de librecomercio objeto de nuestro estudio-. En el acápite siguiente revisaremos con detención las diversas normas que protegen al inversionistas de medidas gubernativas.

Al ser amplias las definiciones de inversión y de medida, se hace muy fácil que los inversionistas extranjeros puedan demandar a los Estados Partes en cuyo territorio se encuentran sus inversiones. Nos preguntamos entonces si ello puede afectar políticas que los gobiernos deseen impulsar en materias sociales y entrar en pugna con el principio de progresividad consagrado en el PIDESC. En el caso de los tratados de libre comercio suscritos por Chile ello se tendrá que ver con el paso del tiempo, en especial en el caso del que se ha celebrado con Estados Unidos que aún no ha cumplido un año desde su entrada en vigencia. Pero en el caso del TLCAN -que como dijimos tiene normas de protección a las inversiones muy similares a la de los tratados suscritos por Chile- ya existe bastante jurisprudencia al respecto. ¿Cuál ha sido entonces la interpretación que los tribunales arbitrales internacionales han dado hasta el momento en la aplicación del TLCAN

²¹⁹ Por inversiones cubiertas se entiende las que ya existían en el país al momento de entrar en vigor los tratados.

²²⁰ Artículo G-01, Sección I, Capítulo G, Tercera Parte del TLC Chile-Canadá.

a los conceptos de “inversión” y “medida” para efectos de aplicarlos en casos concretos? Respecto a lo que se debe entender por inversión tenemos como referencia la interpretación del tribunal arbitral internacional del caso S.D. Myers contra Canadá. En este caso se entendió que inversión “comprendía activos tales como la participación en el mercado de un sector y el acceso a los mercados del Estado anfitrión, independientemente de que el inversionista posea siquiera una planta física o una almacén al por menor en ese país”²²¹. Como se puede ver es una Interpretación bastante amplia de “inversión”, lo que hace más fácil que alguna decisión o política de gobierno pueda afectar derechos de un inversionista extranjero contemplados en este tipo de tratados.

Respecto de lo que tenemos que entender por “medida”, la definición literal del texto de los tratados como vimos anteriormente es por sí sola bastante amplia, independientemente de la interpretación específica que pueda darle un tribunal arbitral en un caso concreto. Sin embargo, puede resultar significativa la aplicación dada a este término en el caso Metalclad contra los Estados Unidos Mexicanos. En este caso el tribunal recordó en primer lugar cual era la definición de “medida” establecida en el texto del TLCAN, para posteriormente determinar que una confiscación en conformidad a dicho tratado no era solamente la confiscación de una propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, sino que era cualquier “medida equivalente”, como una interferencia disimulada o incidental que tenga el efecto de privar al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperarí obtener de la propiedad²²².

Con estas definiciones y aplicaciones tan amplias de inversión -lo protegido- y de medida -de lo que se protege- en definitiva las dudas y perplejidades en relación a si se pone en juego con las normas de protección a las inversiones el principio de progresividad establecido en el PIDESC se mantienen. En efecto, diversas políticas públicas podrían atentar contra inversiones y ello -como veremos en el acápite siguiente, revisando casos de aplicación del TLCAN- ha sucedido especialmente tratándose de medidas estatales que han buscado la protección de la salud de las personas y del medio ambiente. Sin embargo, de manera hipotética podría ocurrir que se dictara una ley que impusiera nuevos requisitos a una Isapre extranjera -perteneciente a los países que han suscrito los TLC

²²¹ “232. The Tribunal recognizes that there are a number of other bases on which SDMI could contend that it has standing to maintain its claim including that (a) SDMI and Myers Canada were in a joint venture, (b) Myers Canada was a branch of SDMI, (c) it had made a loan to Myers Canada, and (d) its market share in Canada constituted an investment. It is not necessary to address these matters in this context and the Tribunal does not do so, although they may be relevant to other issues in the case. Insofar as they are, they will be dealt with at the appropriate time.”, párrafo 232, laudo arbitral, causa Myers contra Canada.

²²² “102. El artículo 1110 del TLCAN establece que “[n]inguna de las Partes podrá directamente o indirectamente ... expropiar una inversión ... o adoptar una medida equivalente ... a una expropiación ... salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(a); y (d) mediante indemnización ...”. “Una medida” se define en el artículo 201(1) como aquella que incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”. 103. Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperarí de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. 104. Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.”, párrafos 102 a 104, laudo arbitral, causa Metalclad Corp. contra los Estados Unidos Mexicanos.

con Chile- y ello afectara su inversión en el país anfitrión y por tanto se violaran sus derechos como inversionista. Lo mismo podría suceder con la Ley de Acreditación de la Calidad de la Educación que actualmente se está discutiendo en el Congreso Nacional, ya que diversas Instituciones de Educación Superior son de propiedad de inversionistas extranjeros y si se establecieran nuevos requisitos ellos podrían sentirse afectados y demandar al Estado chileno por sus nuevas medidas en educación. En suma, muchas políticas estatales dirigidas a mejorar la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, o simplemente a establecer nuevos marcos y regulaciones con respecto a ellos, podrían impugnarse por vulnerar derechos de los inversionistas en conformidad a los tratados de libre comercio suscritos por Chile.

Ante este contexto, incluso puede ocurrir que los gobiernos nacionales se inhiban de adoptar medidas que, aunque persigan el bienestar de la ciudadanía, afectan inversiones extranjeras de empresas de nacionalidad de los Estados Partes en los Tratados de Libre Comercio celebrados por nuestro país. Se podría llegar por efecto de la aplicación de las normas de protección a las inversiones, a lo que se ha denominado por algunos como “enfriamiento legislativo”, o sea una disminución en la regulación estatal en materias sociales²²³. De acuerdo a la ONG ambientalista canadiense denominada Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, en Canadá desde la entrada en vigencia del TLCAN –1 de enero de 1994- hasta el año 2001, solamente se habían promulgado dos nuevas leyes ambientales y ambas fueron cuestionadas por sendas demandas de inversionistas extranjeros²²⁴. En el caso de una de esas leyes, el Estado de Canadá finalmente la derogó y tuvo que pagar 13 millones de dólares de indemnizaciones para poner fin al juicio arbitral²²⁵.

Por los antecedentes expuestos, muchas ONGs chilenas, especialmente las que buscan la defensa del medio ambiente, han criticado y se han opuesto firmemente a la celebración de Tratados de Libre Comercio por Chile, dada la posibilidad de que puedan significar una restricción a las políticas gubernamentales en materias sociales²²⁶. La Fundación Terram, ha planteado en diversos documentos, que los Tratados de Libre Comercio que ha estado suscribiendo nuestro país, y en especial el que se celebró con los EE.UU., constituyen una pérdida importante de soberanía para poder adoptar políticas públicas autónomas en el futuro²²⁷.

²²³ Cfr. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, “Derechos privados, problemas públicos”, 2001, Winnipeg, Canadá, p. 39.

²²⁴ Cfr. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, “Derechos privados, problemas públicos”, 2001, Winnipeg, Canadá, p. 39.

²²⁵ Se trata del caso Ethyl Corporation contra Canadá, 1996-1998. Cfr. Ibid. pp. 81-84.

²²⁶ “Finalmente, las condiciones establecidas en el TLC, ponen una lápida a cualquier corrección que se intente en el marco regulatorio nacional, para recuperar algunos beneficios de nuestra economía exportadora. ¡Olvídense del royalty en la minería! ¡Olvídense de la Ley de Bosque Nativo! ¡Olvídense de la reforma del Código de Aguas! ¡Olvídense de cualquier apoyo a la agricultura, la pequeña minería o a las Pyme! Cualquier cambio podría ser usado como distorsión a las reglas de competitividad acordadas en el TLC.” Extracto de la declaración de la Directora de la ONG ambientalista Chile Sustentable, Sara Larraín, después de la votación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en la Cámara de Diputados de Chile, 07 de octubre 2003, <http://www.chilesustentable.net/html/modules.php?name=Sections&op=viewarticle&artid=36>.

²²⁷ Publicaciones Fundación Terram, “Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. Un análisis del capítulo de Inversiones: Las restricciones a la Política Pública”, Serie APP, Número 21, Octubre 2003, p. 1.

Ante todo lo anteriormente expresado, se podrían sin embargo formular varias objeciones. La primera, es que en el caso de los tratados de libre comercio suscritos por Chile con Estados Unidos y Canadá, esas situaciones hasta el momento no han ocurrido. Sin embargo, en el caso del primero de esos tratados su tiempo de vigencia hasta el momento es solamente de poco más de seis meses, por lo cual es necesario esperar por lo menos algunos años para poder evaluar la aplicación del tratado y en especial sus normas acerca de la protección a las inversiones. En el caso del tratado suscrito entre Chile y Canadá, este ya tiene varios años de vigencia –recordemos que está en vigor desde el 5 de julio de 1997- y hasta ahora no se han producido situaciones como las descritas en la aplicación del TLCAN. Es importante considerar, que en el caso del TLCAN los inversionistas extranjeros no demandaron a los Estados anfitriones en los primeros años de vigencia del Tratado, ya que ello hubiera generado un clima muy conflictivo respecto al nuevo acuerdo comercial. De la misma forma, es muy difícil que el Estado chileno pueda ser demandado en los primeros años de vigencia de los Tratados de Libre Comercio. De todas formas, ya han surgido voces que amenazan con aplicar las normas de protección a las inversiones si se establece un royalty a la gran minería²²⁸, cuestión que se encuentra en el debate público en Chile en el momento en que se escribe este trabajo, y respecto de lo cual es importante recordar que la minería es el área donde Canadá tiene la mayoría de sus inversiones en nuestro país²²⁹. Con todo, probablemente lo mejor es esperar un tiempo razonable antes de evaluar la aplicación de las normas de protección a las inversiones en los tratados de libre comercio suscritos por Chile y sus eventuales efectos en políticas vinculadas a derechos económicos, sociales y culturales.

La segunda objeción que podríamos manifestar respecto a la eventual contradicción entre las normas de protección de las inversiones y el principio de progresividad del PIDESC, es que muchas inquietudes dicen relación con la aplicación del TLCAN y no con los tratados que han sido suscritos por Chile. Sin embargo, esta posible objeción carece de fundamento ya que como hemos dicho las normas del TLCAN acerca de las inversiones (capítulo XI del tratado) son similares a las estipuladas en el TLC entre Chile y EE.UU. (capítulo X del tratado) y prácticamente idénticas al del TLC entre nuestro país y Canadá (Sección I, capítulo G, Tercera parte del tratado). Al inicio de las negociaciones para llevar a cabo el acuerdo comercial con EEUU, la cancillería chilena declaró que una de las primeras cosas que se iban a realizar era una revisión de las normas del TLCAN. Puede que con ello, también se haya hecho un estudio de la aplicación práctica de ese tratado para que no surgieran los mismos problemas en nuestro país en la aplicación de los tratados de libre comercio. Probablemente ello se debe haber hecho; lo que sí queda claro es que la visión del gobierno chileno es que el TLC con EE.UU. es un acuerdo conveniente en lo que respecta a las normas sobre las inversiones. En un documento de la Direcon de Junio de 2003, se decía, evaluando ese aspecto del tratado, que “Chile buscó y obtuvo un acuerdo equilibrado e integral, que incluye todos los aspectos de la relación económica bilateral,

²²⁸ Respecto al debate existente en nuestro país acerca del establecimiento de un royalty a la minería, intervino incluso el Representante de Comercio de Estados Unidos, Robert Zoellick. Dicha autoridad estadounidense, después de una reunión celebrada en Pucón, Chile, en el marco de una reunión ministerial del Foro de Cooperación Económica del Asia Pacífico (APEC), expresó que “La política tributaria es soberana de cada país y, por lo tanto, Chile debe tomar su propia decisión sobre ello. Obviamente esperamos que a medida que lo hace, considere los efectos de esas decisiones sobre las perspectivas de los inversionistas, no sólo de corto sino (también)delargoplazo”, www.diario.elmercurio.com/2004/06/04/economia_y_negocios/_portada/noticias/57956015-4042-448A-8AA0-78BCB3C4D3FA.htm?id=%7B57956015-4042-448A-8AA0-78BCB3C4D3FA%7D , 4 de Junio de 2004.

²²⁹ Ver en los anexos del presente trabajo, cifras de inversión canadiense en la minería chilena.

comercio de bienes, servicios... El Acuerdo mejora la posición comercial de los productos chilenos y establece reglas claras y permanentes para el comercio de bienes, de servicios y para las inversiones²³⁰. De todas formas, las normas que finalmente se establecieron acerca de la protección a las inversiones en los tratados suscritos por Chile con Canadá y Estados Unidos son muy similares a las contenidas en el TLCAN y en nuestra opinión –aunque esto se desarrollara más en el capítulo final, relativo a las conclusiones de la memoria- no se han evitado todas las problemáticas suscitadas en la aplicación de este último tratado. La contradicción entonces, entre el principio de progresividad establecido en el PIDESC y las normas que aseguran los derechos de los inversionistas extranjeros, a nuestro juicio efectivamente existe y tendremos que ver como se desarrolla y resuelve con el paso del tiempo en la aplicación de los tratados comerciales que Chile ha suscrito.

4.2. Análisis del impacto en los derechos económicos, sociales y culturales de las normas de protección de las inversiones contenidas en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile.

4.2.1. Consideraciones generales acerca de las normas sobre protección a las inversiones.

En este acápite nos referiremos a las diversas normas de protección de las inversiones establecidas en los TLC que estamos estudiando, centrándonos en los que Chile suscribió con Canadá y EEUU, pero también revisando las normas de inversiones del tratado celebrado con la UE cuando sea oportuno hacer una mención a ellas. En la revisión de estas normas, veremos casos jurisprudenciales que han existido en la aplicación del TLCAN, como ya hicimos en algunas partes del acápite anterior. Todo lo anterior, lo haremos desde la perspectiva de cómo las normas mencionadas pueden llegar a afectar a derechos económicos, sociales y culturales o políticas referentes a ellos. Sin embargo, antes de entrar al estudio específico de las normas de protección a las inversiones, formularemos algunas consideraciones de carácter general para poder contextualizar debidamente el análisis posterior.

Las normas de protección a las inversiones se enmarcan dentro de los que se han denominado en el ámbito económico internacional como “Temas de Singapur”²³¹. Ellos, además de las normas de protección a las inversiones, incluyen la búsqueda de garantías para la libre competencia, la transparencia de los concursos públicos y darle más relevancia a la defensa de la propiedad intelectual. Todas estas temáticas, han sido largamente controvertidas, en especial por los gobiernos de los países subdesarrollados, siendo el

²³⁰ Informaciones en www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/f_bilaterales.html , página 3, 12 de Junio de 2004.

²³¹ Se les ha denominado “Temas de Singapur” porque fueron ventilados por primera vez en la Cumbre celebrada en ese país en 1996.

desacuerdo sobre estos temas, la principal causante del fracaso de la Cumbre de Cancún, celebrada en el marco de la OMC, entre los días 10 y 14 de Septiembre de 2003²³².

Respecto específicamente de las normas sobre la protección de las inversiones, ellas se intentaron establecer en el llamado Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), que se intentó llevar a cabo en el marco de la OMC desde mediados de los años noventa con la finalidad de proteger los derechos de los inversionistas extranjeros. Finalmente dicho acuerdo fracasó, habiéndose opuesto al AMI en último termino incluso los gobiernos de la UE y EEUU, este último su principal impulsor en un inicio²³³. Desde entonces, estas temáticas han seguido presentes en los foros de comercio internacional, pero la vía en la que han encontrado especial recepción ha sido a través de su incorporación en tratados comerciales regionales -como en el caso del TLCAN, que fue el primero que incorporó normas de protección a las inversiones- o bilaterales -como los TLC de Chile con Canadá y EEUU-. En la actualidad son más de 1500 los Acuerdos de Inversión suscritos en el mundo²³⁴.

Según los defensores de la incorporación de esta normativa, su objetivo es constituir una especie de “escudo” para los inversionistas extranjeros que en muchos países corren el riesgo de enfrentarse a continuos cambios en las reglas del juego²³⁵. A ello, se agrega que para los países subdesarrollados la inversión extranjera constituye en muchos casos un elemento esencial para el crecimiento económico y la superación de la pobreza²³⁶.

Se ha planteado como crítica, sin embargo, que escapándose de los objetivos mencionados, las normas de protección a las inversiones se han convertido en una limitación a las políticas públicas de los gobiernos nacionales, pudiendo significar en determinadas ocasiones un detrimento de los intereses generales de la población en pos de los beneficios económicos para las grandes empresas²³⁷. En ese sentido se pronunciaba Lori M. Wallach,

²³² En dicha cumbre, los países en desarrollo se unieron en el llamado G-20 plus (posteriormente G-22) para adquirir más fuerza frente a EEUU y la UE. El primer tema de conflicto en dicha cumbre fue la negativa de los países desarrollados de eliminar o bajar los cuantiosos subsidios que entregan a la agricultura nacional. Posteriormente, la negativa de los países en desarrollo de aceptar los “Temas de Singapur” terminó produciendo el definitivo fracaso de la Cumbre de Cancún. Cfr. Fazio Rigazzi, Hugo, “TLC. El amarre del modelo”, 2004, Santiago, 2004, Editorial LOM Ediciones, pp. 24-30.

²³³ “También EEUU, su impulsor inicial, rechazó aprobar el acuerdo –tal como se encuentra ahora. La representante del Departamento de Comercio norteamericano, Charlene Barshefsky, dijo que el MAI no es ‘equilibrado’ y es perjudicial a los intereses norteamericanos”, Diario El Mercurio, 2 de marzo 1998, Cit. Por Caputo Leiva, Orlando, “El Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI) y su aplicación anticipada en Chile”, Centro de Investigaciones, Universidad, ARCIS, Centro de Estudios sobre Transnacionalización Economía y Sociedad, CETES, Mayo 1998.

²³⁴ Informaciones en www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/f_bilaterales.html, página 41, 19 de Junio de 2004.

²³⁵ Cfr. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, “Derechos privados, problemas públicos”, 2001, Winnipeg, Canadá, pp. 18-19.

²³⁶ Esta ha sido claramente la visión del gobierno chileno, como podemos ver en un documento de la Direcon acerca del TLC celebrado con EEUU, “Nuestra política comercial tiene como objetivo asegurar y mejorar el acceso de nuestros bienes y servicios a los principales mercados e incentivar la inversión nacional y también la inversión extranjera de nuestros principales socios comerciales. Se trata de un estrategia compartida por los principales actores económicos y sociales, considerando que ha sido esta estrategia exitosa de apertura la que nos ha permitido, gracias a obtener elevadas tasas de crecimiento, reducir la pobreza desde el 47% de la población en 1989 a un 20% en la actualidad.”, http://www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/f_bilaterales.html, 18 de Junio de 2004.

²³⁷ Cfr. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, “Derechos privados, problemas públicos”, 2001, Winnipeg, Canadá, pp. 1-9 y 38-39.

Directora de Public Citizen's Global Watch, rechazando en su momento el AMI, al afirmar que “ **el AMI transformará el ejercicio del poder en todas partes del mundo al someter a las directivas de las multinacionales un gran número de funciones que son actualmente ejercidas por los Estados, incluyendo la aplicación de los tratados internacionales**” ²³⁸ . Sin embargo, no obstante el fracaso momentáneo del AMI a nivel de la OMC, las normas de protección a las inversiones han sido incluidas en el mundo en múltiples acuerdos comerciales a nivel regional y bilateral, aunque las normas de inversiones no están en el marco de lo estrictamente comercial.

En Chile, la inclusión de este tipo de normativa se produjo con los tratados de libre comercio suscritos por Chile con Canadá y EE.UU., no obstante nuestro país ya tenía en las normas sobre la materia contenidas en el DL600 un régimen muy conveniente para los inversionistas extranjeros. Respecto a la protección misma de las inversiones, las normas mencionadas tienen importancia fundamentalmente para la inversión de Canadá y EE.UU., que es numerosa en Chile, mientras las inversiones chilenas en esos países son mínimas²³⁹ . Para el gobierno chileno, el motivo principal de incluir un acuerdo sobre inversiones era lograr un crecimiento de la inversión extranjera en el país²⁴⁰ .

En seguida, pasaremos a revisar las diversas normas de protección a las inversiones que se han introducido en los tratados de libre comercio suscritos por Chile con Canadá y con EE.UU.

4.2.2. Trato nacional y trato de nación más favorecida.

Las normas que se refieren al trato nacional y al trato de nación más favorecida están ubicadas respectivamente en los artículos 10.2 y 10.3 del TLC con EEUU y en los artículos G-02 y G-03 en el tratado con Canadá. En el caso del tratado con la UE se establece una norma de trato nacional en el artículo 132, pero ella difiere de la contenida en los otros dos tratados, ya que está enmarcada en lo que se denomina derecho de establecimiento.

Las cláusulas de trato nacional y de trato de nación más favorecida disponen que el Estado anfitrión no podrá otorgar a los inversionistas extranjeros un trato menos favorable que el concedido a los inversionistas de su propios de su país o al de otros pertenecientes a Estados que no sean Parte de estos tratados. Esto se refiere tanto a las inversiones posteriores a la entrada en vigencia del tratado como a las anteriores o denominadas inversiones cubiertas.

Las normas en cuestión no establecen a primera vista nada que pueda parecer demasiado comprometedor para los gobiernos de los países Parte, e incluso cumplirían el objetivo de evitar decisiones discriminatorias por parte del poder público. ¿Pero en definitiva que disponen en la práctica estas normas sobre inversiones? Básicamente, se trata de cláusulas que prohíben que se pueda entregar un trato menos favorable en “circunstancias

²³⁸ Wallach, Lori M., “El Nuevo Manifiesto del Capitalismo Mundial”, Revista Le Monde Diplomatique N° 527, p. 22.

²³⁹ Ver en los anexos de este trabajo, los cuadros estadísticos acerca de las inversiones extranjeras en Chile y de las inversiones de nuestro país en el exterior.

²⁴⁰ “Las favorables condiciones de acceso a la economía más grande del mundo y la estabilidad de reglas contempladas en este tratado constituyen un atractivo para las decisiones de inversión en Chile de las principales empresas internacionales, tanto americanas, como europeas y asiáticas.”, http://www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/f_bilaterales.html , 20 de Junio de 2004.

similares”, siendo la interpretación de ello lo que puede llegar a suscitar las mayores controversias.

En el caso de la aplicación de estas normas en el TLCAN, existió un caso que llegó a causar preocupación en la ciudadanía de Canadá. Se trata del caso S.D. Myers vs Canadá, en que el gobierno canadiense impidió a la empresa norteamericana mencionada que exportara desechos tóxicos a su país de origen. En este caso, la comparación de actividades similares no se redujo a la situación del quehacer de la empresa norteamericana en relación a otras empresas existentes en Canadá, sino a comparar la actividad de sus establecimientos con sede en EEUU con los establecimientos de desechos ubicados en Canadá. También, se comparó si la empresa Myers realizaba actividades en el mismo “sector económico” o del mismo “sector industrial” que inversionistas canadienses²⁴¹.

Se trató en definitiva de una interpretación muy amplia de lo que son “circunstancias similares” y ello si se perpetuara la aplicación de esta norma podría limitar en demasía las decisiones de los gobiernos nacionales y extender excesivamente los derechos de los inversionistas.

4.2.3. El nivel internacional mínimo de trato.

Esta cláusula se encuentra en los artículos 10.4. del TLC de Chile con EEUU y en el artículo G-04 del TLC de Chile con Canadá.

Se señala en las disposiciones sobre nivel internacional mínimo de trato contempladas en los TLC, que se debe entregar a los inversionistas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. A diferencia de lo que ocurre en el TLC suscrito por Chile con Canadá –cuya norma en esta materia es prácticamente idéntica a la contenida en el TLCAN- en el caso del TLC suscrito por Chile y Estados Unidos se especifica que se entiende por “trato justo y equitativo”. Ello incluye para efectos del tratado, la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo. También se explica cual es el sentido de “protección y seguridad plenas”, esto es, la exigencia a cada Parte de otorgar el nivel de protección policial exigido por el derecho internacional consuetudinario.

En principio, también en el caso de esta norma es difícil plantear objeciones ya que parece de lo más normal y lógico que los inversionistas reciban un trato equitativo y que reciban protección judicial y policial de acuerdo a las normas del Derecho Internacional. Sin embargo, también en el caso de esta norma ha existido jurisprudencia del TLCAN que ha causado preocupación por implicar una limitación de las políticas públicas en beneficio de los intereses de los inversionistas. El caso más significativo en este sentido es probablemente el de Metalclad Corporation contra México, en el cual el gobierno municipal mexicano negó el permiso a la empresa estadounidense Metalclad Corporation para que

²⁴¹ “250. The Tribunal considers that the interpretation of the phrase “like circumstances” in Article 1102 must take into account the general principles that emerge from the legal context of the NAFTA, including both its concern with the environment and the need to avoid trade distortions that are not justified by environmental concerns. The assessment of “like circumstances” must also take into account circumstances that would justify governmental regulations that treat them differently in order to protect the public interest. The concept of “like circumstances” invites an examination of whether a non-national investor complaining of less favourable treatment is in the same “sector” as the national investor. The Tribunal takes the view that the word “sector” has a wide connotation that includes the concepts of “economic sector” and “business sector”.”, párrafo 250, laudo arbitral, causa Myers contra Canadá.

podiera operar su establecimiento de eliminación de desechos, después que el gobierno federal mexicano sí le había concedido dicho permiso. El Estado Mexicano alegó que jamás entregó al inversionista extranjero garantía alguna de que no eran necesarios los permisos municipales. El Tribunal arbitral en definitiva, falló en contra de México por incumplir diversas normas de protección a las inversiones y entre ellas la de nivel internacional mínimo de trato, por no asegurar un marco transparente y previsible para las inversiones extranjeras²⁴² y por no cumplir con aclarar la normativa interna al inversionista extranjero, evitando su incertidumbre²⁴³. Además, lo que es más llamativo, es que el Tribunal arbitral se pronunció acerca de la jurisdicción interna del Estado Mexicano, al afirmar en el laudo que el municipio excedió sus propias funciones jurídicas porque exigió un permiso municipal siendo que ello no correspondía²⁴⁴.

Este caso causa preocupación ya que si se reiterara la interpretación extensiva de lo que debemos entender por nivel internacional mínimo de trato, podrían en el futuro verse limitadas políticas gubernamentales, aunque la finalidad de esas políticas sea mejorar el bienestar de la población o específicamente -como en el caso de Metalclad-, velar por la existencia de un medio ambiente libre de contaminación y la salud de las personas, dos de los principales derechos sociales establecidos a nivel nacional e internacional.

4.2.4. Las prohibiciones sobre requisitos de desempeño.

Las prohibiciones sobre requisitos de desempeño están contenidas en el artículo 10.5 del tratado comercial de Chile con EEUU y en el artículo G-06 del celebrado por nuestro país con Canadá, siendo esta última disposición idéntica a la contenida en el TLCAN sobre la materia.

La finalidad de estas normas es proteger a las inversiones extranjeras de posibles exigencias de los gobiernos nacionales como pueden ser, por ejemplo, que el inversionista tenga que exportar parte de su producción, se le requiera el empleo de tipos o niveles de

²⁴² “99. México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.” Párrafo 99, laudo arbitral, causa Metalclad contra los Estados Unidos Mexicanos.

²⁴³ “76. En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor. (Artículo 102(1) del TLCAN). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes.”, párrafo 76, laudo arbitral, causa Metalclad Corp. contra los Estados Unidos Mexicanos.

²⁴⁴ “86. Aún si México está en lo correcto respecto a que se requería un permiso municipal de construcción, le evidencia también muestra que la competencia de la autoridad federal regulaba lo que se refiere a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos y que la autoridad del municipio comprendía únicamente lo referente a consideraciones de construcción. Por lo tanto, la negativa del Municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, fue inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.”, párrafo 86, laudo arbitral, causa Metalclad Corp. contra los Estados Unidos Mexicanos.

personal o se le exija transferencia de tecnología al país anfitrión. Con este tipo de medidas los gobiernos locales han buscado por lo general que se produzca en el propio país un beneficio económico y que no sea solamente el inversionista extranjero el que lucre con los negocios que está emprendiendo, como en algunas ocasiones ocurre.

Hasta el momento en la aplicación del TLCAN ningún inversionista ha obtenido sentencia favorable en algún juicio por motivo de esta cláusula, pero es indudable que con estas normas se restringe la posibilidad de adoptar medidas por parte de los gobiernos nacionales que puedan eventualmente traer efectos favorables a la propia economía.

4.2.5. Prohibiciones de expropiación.

Esta cláusula viene denominada en los tratados de libre comercio como de “Expropiación e Indemnización”, contemplándose en el artículo 10.9 del convenio celebrado por Chile con EEUU y en el artículo G-10 del celebrado con Canadá.

Estas disposiciones establecen un principio que se encuentra en general contemplado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales acerca de la expropiaciones, esto es, que para que se pueda indemnizar debe concurrir alguna causal de interés general y aún en este caso el poder público debe indemnizar a quien ha sido expropiado.

No obstante, en las normativas y jurisprudencia internas de los países, se ha establecido en general la excepción de los “poderes regulatorios”²⁴⁵, en el sentido que cuando un Estado actúa de manera no discriminatoria para proteger algún bien público ello no se entiende como expropiación y por tanto no se requiere de indemnización para llevar a cabo la medida. Se trata de casos en los que simplemente el gobierno está ejerciendo sus funciones de velar por el bienestar de su población, lo cual sería especialmente aplicable a circunstancias en las que esté en peligro la salud pública.

La doctrina de los poderes regulatorios legítimos no estaba contemplada de manera expresa en las normas de expropiación del TLC suscrito por nuestro país con Canadá, ni tampoco en el TLCAN. Si se revisan cuidadosamente las normas de esos tratados, se puede concluir que ellas no están contempladas en forma expresa pero que tampoco está prohibida de manera explícita su aplicación. Sin embargo, en el caso del TLCAN hasta el momento no se ha recogido en los fallos arbitrales la visión de que existen determinadas decisiones gubernamentales que caen dentro del ámbito de poderes legítimos que un gobierno puede y debe adoptar. También en esto es importante volver a analizar el caso Metalclad Corp. Contra México, ya que el gobierno mexicano fue condenado también por haber incumplido la normativa establecida en el TLCAN acerca de las expropiaciones. En el laudo arbitral, el Tribunal sentenció que no le correspondía decidir ni considerar cual era la motivación de la adopción de la medida ambiental en esas específicas circunstancias, sino que solamente consideró si la medida tenía un impacto importante en el beneficio económico que el inversionista esperaba obtener de la propiedad²⁴⁶. Por lo tanto, no se llegó siquiera a mencionar la posibilidad que existiera un marco de acción para el gobierno

²⁴⁵ Cfr. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, “Derechos privados, problemas públicos”, 2001, Winnipeg, Canadá, pp. 35-38.

²⁴⁶ “111. El Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación.”, párrafo 111, laudo arbitral, causa Metalclad Corp. contra los Estados Unidos Mexicanos.

mexicano de actuar por un interés público relevante y que en ese caso la medida adoptada no fuera expropiatoria.

Planteadas de esta manera entonces, las normas que prohíben las expropiaciones en tratados de libre comercio pueden eventualmente llegar a constituir una limitante a políticas estatales que, como hemos visto en el caso analizado, pueden estar dirigidas a proteger derechos económicos, sociales y culturales.

En el TLC suscrito entre Chile y EE.UU. la situación sobre este punto fue tratada de manera distinta. Para evitar las dificultades que existieron en la aplicación del TLCAN, se estableció una norma en el Anexo 10–D del capítulo de Inversiones del siguiente tenor: “4.(b) 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”. con la introducción de esta disposición probablemente el gobierno chileno buscó salvaguardar la posibilidad de realizar actos en conformidad a la doctrina de “los poderes regulatorios legítimos” sin que esas medidas sean controvertidas en tribunales arbitrales internacionales por los inversionistas estadounidenses.

4.3. Algunas consideraciones acerca de los mecanismos de solución de controversias establecidos en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile.

En el capítulo I de este trabajo pudimos ver como el tema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales era uno de los que causaban más dificultades de orden teórico y práctico. Los mecanismos para hacer exigibles los derechos civiles y políticos frecuentemente han sido creados con anterioridad y han tenido más eficacia que los ideados para los derechos económicos, sociales y culturales.

En los tratados que ha suscrito Chile con Canadá y EEUU se establecieron procedimientos de fiscalización de la normativa interna de los países en el ámbito laboral y medio ambiental, como ya lo estudiamos en el Capítulo III. En el caso del tratado con la UE, nuevamente la situación es distinta ya que no se establecen normas de fiscalización como las mencionadas y lo más importante en cuanto a incorporación de derechos económicos sociales y culturales tiene que ver con los acuerdos de cooperación suscritos, lo cual también ya vimos en el Capítulo III.

En este acápite, lo que nos interesa es revisar las normas de solución de controversias consagradas en los TLC celebrados por nuestro país con Canadá y EE.UU., ya que establecen procedimientos a seguir en el caso que se vulneren las normas de inversión y, como pudimos ver, ellas pueden tener un efecto importante en los derechos económicos, sociales y culturales y en las políticas públicas referidas a ellos. En el caso del acuerdo con la UE los procedimientos de solución de controversias están básicamente establecidos para solucionar conflictos acerca de temas puramente comerciales (ejemplo: una eliminación de aranceles que no se produce) y no de derechos de los inversionistas, por lo cual no serán tratados en este trabajo.

A continuación, haremos entonces consideraciones generales acerca de los mencionados mecanismos de solución de controversias, teniendo en cuenta que no se trata de mecanismos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, si no que al revés, se trata de procedimientos establecidos en pos de proteger derechos de los inversionistas, pero que pueden llegar a limitar políticas públicas en materias sociales y por eso tienen relevancia y son abordados en esta memoria.

Estructura general de los mecanismos de solución de controversias.

Se trata de procedimientos en los que los inversionistas extranjeros que se sientan afectados por una medida del Estado anfitrión pueden demandarlo ante tribunales arbitrales contemplados en el texto de los tratados. Esto no ocurre al revés, o sea, si es el inversionista el que comete algún acto que pudiera perjudicar al Estado anfitrión no existe la posibilidad de que sea él el demandado. Esta disparidad dice relación con la naturaleza misma de los capítulos sobre las inversiones contenidos en los tratados de libre comercio, que establecen principalmente derechos y no obligaciones para los inversionistas.

La crítica principal que se puede formular a la estructura de estos mecanismos de solución de controversias es que se trata básicamente de un juicio entre particulares, ya que las partes son consideradas como entes privados, aunque una de esas partes sea un Estado. Por otro lado, los juicios arbitrales que se suscitan están causados porque un inversionista se ve vulnerado en algún derecho contemplado en los tratados comerciales, pero como nos dimos cuenta al revisar las normas de protección a las inversiones y los casos producidos como aplicación del TLCAN, muchas veces están envueltas cuestiones de orden público que tienen que ver con derechos sociales de las personas, incluyendo el derecho a la salud.

Lo anterior se podría quizás evitar si los tribunales arbitrales que están llamados a conocer de estos asuntos tuvieran una mirada más amplia y en sus fallos tomaran en cuenta no solamente los derechos de los inversionistas si no también los objetivos generales de los tratados establecidos en los preámbulos que se refieren al interés público y protección de derechos sociales²⁴⁷.

Principales fases de los procedimientos de solución de controversias.

Inicio del procedimiento: Para comenzar un juicio arbitral en conformidad a los TLC suscritos por Chile con EEUU y Canadá, la limitante es la renuncia de la posibilidad de recurrir ante los tribunales nacionales del Estado anfitrión²⁴⁸. Respeto del inicio mismo de estos procedimientos, ellos comienzan con el envío de una notificación al Estado anfitrión de

²⁴⁷ Los preámbulos de los Tratados de Libre Comercio establecen como objetivo la protección de los derechos de los inversionistas, pero también otros relacionados con el bienestar público. Los Preámbulos de los TLC que Chile suscribió con Canadá y EE.UU. son muy similares. En un extracto del Preámbulo del TLC entre Chile y Canadá se establecen como objetivos: “**CREAR** nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios; **EMPRENDER** todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente; **PRESERVAR** su capacidad para salvaguardar el bienestar público; **PROMOVER** el desarrollo sostenible; **REFORZAR** la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental; **PROTEGER**, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores;”.

²⁴⁸ Artículos G-22.1.b. y G-22.2.b. del TLC Chile-Canadá y Artículo 10.17.2. del TLC Chile-EE.UU..

intención de someter una determinada cuestión a arbitraje²⁴⁹. Posteriormente existe un lapso de 90 días en el cual las partes pueden, si lo estiman necesario, llegar a un acuerdo y prevenir el arbitraje. Si ello no ocurre, el inversionista procede a hacer llegar al Estado demandado la notificación de arbitraje propiamente tal. En este caso el inversionista puede escoger entre diversos procedimientos arbitrales contemplados en el Derecho Mercantil Internacional²⁵⁰.

Nombramiento del Tribunal Arbitral : Las dos partes del juicio nombran cada una a un árbitro y el tercer árbitro se nombra de común acuerdo, o bien se nombra por el Secretario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)²⁵¹. La posibilidad de poder nombrar al propio arbitro es justamente uno de los ejemplos más palpables que la estructura es la de un juicio privado entre particulares y no la de un procedimiento donde eventualmente se puedan llegar a ventilar cuestiones de interés público.

Transcurso del juicio : una vez iniciado el procedimiento las partes dependiendo del juicio arbitral que el inversionista haya elegido tienen diversas oportunidades de hacer sus alegaciones por escrito. Después de ello se presenta la posibilidad de que las partes aporten pruebas y se realizan audiencias orales donde las partes nuevamente pueden hacer sus alegaciones²⁵². Finalmente, el Tribunal arbitral dicta la sentencia en el asunto sometido a su conocimiento. El fallo estará sometido a los recursos que estén contemplados en el procedimiento arbitral escogido al inicio del juicio.

4.3.3. ¿Principio de la Publicidad o del Secreto en los mecanismos de solución de controversias?

Creemos que por la relevancia pública de las cuestiones envueltas en los juicios derivados de las normas de protección a las inversiones es fundamental que la ciudadanía pueda conocer lo que sucede en ellos. En los primeros casos derivados de la aplicación del TLCAN, las partes de común acuerdo dispusieron que los antecedentes de los juicios se mantuvieran en secreto²⁵³. Sin embargo, no existía en el texto de ese tratado ni el de los de los acuerdos celebrados por Chile con Canadá y EE.UU. una norma que obligue a mantener la confidencialidad de lo que ocurra en los casos entre inversionistas extranjeros y Estados anfitriones.

En el texto del TLC suscrito con los Estados Unidos se incorpora un cambio positivo en relación a los otros dos tratados, ya que se consagra en el artículo 10.20. el principio de la transparencia de las actuaciones arbitrales, estableciéndose que las partes del juicio entregarán con prontitud los diversos documentos del mismo.

No obstante, existe en el TLC con EE.UU. la excepción a la publicidad y a la participación del público, en el caso que una parte contendiente pretenda usar en una

²⁴⁹ Artículo G-20 del TLC Chile-Canadá y Artículo 10.15.4. del TLC Chile-EE.UU.

²⁵⁰ Artículo G-21 del TLC Chile-Canadá y Artículo 10.15.5. del TLC Chile-EE.UU..

²⁵¹ Artículos G-24 y G-25 del TLC Chile-Canadá y Artículo 10.18. del TLC Chile-EE.UU..

²⁵² Se estableció en el TLC Chile-EE.UU. una diferencia en relación al TLCAN y al TLC Chile-Canadá, esto es, que las audiencias del juicio sean abiertas al público. Artículo 10.20.2. del TLC Chile-EE.UU..

²⁵³ Cfr. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, "Derechos privados, problemas públicos", 2001, Winnipeg, Canadá, pp. 49-55.

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. En ese caso la parte que requiera la confidencialidad deberá informarlo previamente al Tribunal, que realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación²⁵⁴. Lo anterior, sin embargo, tiene a su vez la contra excepción establecida en el artículo 10.20.5. del acuerdo, donde se dispone 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”.

4.3.4. Posibilidad de Intervención de la ciudadanía en los juicios sobre inversiones

En el TLC de Chile con EE.UU., nuevamente a diferencia del TLC de Chile con Canadá y del TLCAN, se establece de manera expresa la posibilidad de intervenir para la ciudadanía en los juicios arbitrales entre inversionista y Estado (lo que se denomina en doctrina como el “amicus curiae”²⁵⁵). En este caso, al igual que con la consagración del principio de la publicidad, se consideró que en estas causas activadas por empresas e inversionistas extranjeros puede ocurrir que se debatan asuntos de importancia para la sociedad del Estado anfitrión. Se estableció, en el TLC entre Chile y EE.UU., que cumpliendo con algunos requisitos, el Tribunal arbitral puede admitir y considerar informes que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente, esto es, el inversionista o el Estado demandado²⁵⁶. Esta norma constituye una importante novedad en los juicios arbitrales internacionales y un reconocimiento implícito de que en ellos se pueden eventualmente decidir asuntos de interés general.

²⁵⁴ Artículo 10.20.2., del Tratado de Libre Comercio Chile-EEUU.

²⁵⁵ Cfr. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, “Derechos privados, problemas públicos”, 2001, Winnipeg, Canadá, pp. 51-53.

²⁵⁶ “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.”, Artículo 10.19.3., del Tratado de Libre Comercio Chile-EEUU.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran reconocidos de manera creciente en los instrumentos jurídicos, estando actualmente consagrados en múltiples tratados de derechos humanos y en mayor o menor medida en las constituciones políticas de los diversos países.

No obstante lo anterior, aún existen muchos temas no resueltos entorno a estos derechos, en especial su justiciabilidad, o sea, la posibilidad de hacerlos exigibles ante los tribunales de justicia.

Creemos, que la tendencia en cuanto a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está dirigida a la creación de diversos mecanismos para su garantía adecuada, sea respecto de algunos específicos derechos, sea respecto de todos ellos. Lo anterior está en consonancia con la nueva visión –que compartimos– integradora de los derechos humanos, en la que se postula que los DCP y los DESC son indivisibles e interdependientes entre ellos.

En nuestro país, los DESC tienen una débil protección en la Constitución de la República, en especial porque el recurso de protección solamente está contemplado para los DCP. Sin embargo, la reforma al inciso 2 del artículo 5 del texto constitucional ha mejorado considerablemente la situación, al consagrar la jerarquía constitucional de las normas de derechos humanos contenida en tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes. De todas formas, falta mucho por avanzar en esta materia y nos parece que se hace necesaria la creación de instrumentos jurídicos que permitan la justiciabilidad de los DESC en nuestro país.

Por otro lado, la política económica que los gobiernos de Chile han llevado adelante desde mediados de la década de 1990 hasta la actualidad, está constituida por una estrategia comercial de inserción internacional, siendo una de sus características principales la celebración de acuerdos comerciales con otros países. A nuestro juicio, entre ellos, tres de los más relevantes son los que han sido suscritos con Canadá, la Unión Europea y Estados Unidos.

Es importante tomar en consideración los efectos nocivos que puede traer aparejado, desde un punto de vista estrictamente económico, suscribir acuerdos bilaterales de libre comercio, por la posible desviación que se produce en el comercio con los países que no se cuenta con un acuerdo comercial de libre comercio.

Estos tratados poseen características diferentes en varios aspectos, pudiendo afirmarse que los tratados con Canadá y Estados Unidos se caracterizan por tener como objetivos principales la liberalización progresiva del comercio y la protección de las inversiones extranjeras. En cambio, el acuerdo suscrito entre Chile y la Unión Europea se enmarca dentro de los llamados “tratados de cuarta generación”, cuyos pilares son el diálogo político, la cooperación entre las Partes y la profundización del intercambio económico-comercial.

Todos estos acuerdos comerciales tienen –de distintas maneras– un impacto en los derechos económicos, sociales y culturales de la población. Esto se produce de dos formas:

Por el impacto en el bienestar de la población que producen los efectos económicos de estos tratados –lo cual no fue tratado en forma cabal en nuestro trabajo, por ser un estudio particularmente jurídico-.

Las normativas estipuladas en su texto que, tanto de una manera directa, como indirecta, regulan esta clase de derechos o inciden de manera importante en las políticas públicas sobre ellos.

En cuanto a la incorporación expresa de normas que regulan derechos económicos, sociales y culturales, los énfasis fueron diferentes en los tratados con Canadá y Estados Unidos con respecto al acuerdo celebrado con la Unión Europea.

En los primeros, las normas sobre derechos sociales, están básicamente dirigidas a los ámbitos laboral y medio ambiental. Los objetivos principales de las disposiciones establecidas en ellos fueron a nuestro juicio dos: evitar los llamados dumping social y ambiental, y profundizar la cooperación en esas materias entre las Partes.

En especial, respecto a las normas medio ambientales de los tratados suscritos por Chile con Canadá y Estados Unidos, podemos manifestar lo siguiente:

En cuanto a la normativa específica en el ámbito medioambiental, se debería haber optado por la idea de elevar la normativa nacional a los rangos de exigencias que existen en los países con los cuales se suscribieron estos tratados de libre comercio.

Creemos que los sistemas de peticiones establecidos para que la ciudadanía haga notar la vulneración de legislación ambiental es una forma altamente positiva de mejorar la fiscalización en esta materia, ya que involucra a la comunidad de un tema sensible y de gran relevancia pública. Somos de la opinión, sin embargo, que dichos procedimientos deben mejorarse en cuanto a su utilización y eficacia por dos vías: la primera, desformalizando los procedimientos para hacerlos más accesibles a todas las personas y organizaciones de la sociedad civil, y la segunda, estableciendo sanciones en el caso que el procedimiento aplicado demuestre que existen violaciones a la legislación ambiental, para que el uso de estos mecanismos tenga una utilidad real.

Respecto a los mecanismos de solución de controversias entre los Estados Partes, activados cuando se detecten problemas de dumping ambiental, se trata de procedimientos que aún no han sido utilizados en el marco de estos tratados. Si son usados adecuadamente, creemos que pueden llegar a constituir mecanismos que contribuyan altamente al cumplimiento de las normativas ambientales. Además, es positivo, que las sanciones monetarias que eventualmente se lleguen a aplicar se destinen directamente al mejoramiento de la realidad ambiental del país que ha vulnerado las normas.

Por último, respecto a la cooperación en el área medio ambiental establecida en los tratados de Chile con Canadá y Estados Unidos, esta es –como se afirma en el PIDESC- una de las formas en la que de mejor manera se pueden fortalecer los derechos económicos, sociales y culturales por lo cual la valoración que hacemos de la introducción de proyectos de cooperación ambientales en los TLCs es muy positiva. De todas formas, existe en este ámbito mucho por hacer, siendo una de las metas principales mejorar la publicidad de las actividades que se realizan.

En materia laboral en relación a los tratados comerciales suscritos por Chile con Canadá y los Estados Unidos, hacemos las siguientes consideraciones:

Evaluamos de una forma positiva, que estos se hayan realizado teniendo como horizonte normativo los convenios internacionales declarados por la Organización Internacional del Trabajo como fundamentales. En el caso del acuerdo con Canadá, no

hay una mención expresa a la declaración de la Organización Internacional del Trabajo que establece los convenios fundamentales, debido a que dicha declaración es posterior a la firma del tratado con este país. Sin embargo están implícitos dichos convenios en el compromiso de respeto entre ambas partes. Consideramos importante, que en la evolución y cooperación futura, se deben ir incorporando la totalidad de los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, con la idea que estos tratados vayan evolucionando, con el paso del tiempo.

Al igual que en el tema medioambiental, creemos que el esfuerzo del Gobierno chileno, debiera ir orientado a elevar el nivel de la realidad laboral de nuestro país, por la vía de que la normativa laboral Chilena avance hacia una mayor exigencia en cuanto al respeto de los derechos laborales fundamentales, con una progresiva incorporación de la totalidad de los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo.

En cuanto a la fiscalización de la legislación laboral y la institucionalidad creada para esta la encontramos bastante positiva. Además consideramos que el hecho que los recursos que se recauden cuando se cursen multas por no cumplimiento de la normativa laboral por una de las partes, sea a beneficio de los órganos fiscalizadores es bueno. Sin embargo no se entiende el porque de un tratamiento diferente cuando se incumplen lo contemplado en las normas que contienen derechos laborales, del resto de la normativa de los tratados. En especial al hecho de que sólo se suspenden beneficios cuando se incumplen con las normas de carácter comercial, pero no en el caso de las normas laborales o medio ambientales, tomando en cuenta que estas tienen de igual forma una incidencia comercial, por su efecto de dumping social o ambiental. Por lo anterior, creemos que no existen razones para establecer diferencias en cuanto a las sanciones, debiendo tratarse cualquier incumplimiento de las normas de la globalidad de los tratados, de igual forma, con un mecanismo progresivo de sanciones, culminando con la suspensión de beneficios.

Por último, respecto a la cooperación en cuanto a los derechos laborales, establecida en los tratados de Chile con Canadá y Estados, esta es –como se afirma en el PIDESC- una de las formas en la que de mejor manera se pueden fortalecer los derechos económicos, sociales y culturales por lo cual la valoración que hacemos de la introducción de proyectos de cooperación laboral en los TLCs es muy positiva. De todas formas, existe en este ámbito mucho por hacer, siendo una de las metas principales mejorar la publicidad y ampliar la participación de las actividades que se realizan.

En el acuerdo celebrado con la Unión Europea la normativa sobre derechos sociales está fundamentalmente dirigida a la cooperación entre las Partes y no está circunscrita a ámbitos específicos, sino que abarca múltiples áreas de trabajo. Esto se debe a que en el tratado se establecen objetivos amplios para la cooperación entre las Partes, estos es, consolidar la democracia, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos, además de promover el desarrollo social.

Por otra parte, en el acuerdo de Asociación Económica y Política entre Chile y la Unión Europea tiene gran relevancia la cláusula democrática, consagrada en el inicio del tratado y que de alguna manera “obliga” a las partes a mantener un sistema democrático y a respetar los derechos humanos.

Además de las normas que regulan de manera directa los derechos económicos, sociales y culturales, tienen incidencia en ellos también otras normas establecidas en los tratados comerciales. Nos referimos especialmente a las normas sobre protección de inversiones contenidas en los TLCs suscritos por nuestro país con Canadá y Estados Unidos.

Las normas sobre derechos de los inversionistas de los tratados mencionados tienen poco tiempo de aplicación para poder evaluar su impacto en materia social en nuestro país. Sin embargo, se puede tener como referencia la experiencia del TLCAN, ya que ese tratado tienen una vigencia superior y sus normas sobre inversiones son muy similares.

Con los antecedentes derivados de esa experiencia, nuestra opinión es que en términos generales las normas sobre protección de las inversiones pueden llegar a tener un efecto negativo en los derechos económicos, sociales y culturales y en las políticas públicas que los regulen, por las siguientes razones:

Se consagran definiciones muy amplias de inversiones –que es lo que se busca proteger- y de medidas –que son las políticas públicas que pueden afectar las inversiones-. Con ello, pensamos que puede existir una limitación a las políticas públicas que regulen derechos económicos, sociales y culturales.

En segundo lugar, y en la misma dirección que lo anterior, las normas específicas sobre inversiones están cada una de ellas estructuradas para defender los derechos de los inversionistas, y ello dependiendo de la aplicación de las normas, puede ir en desmedro de los intereses generales de la población. Esto se mantiene, aunque en el TLC con EE.UU. se han introducido algunas excepciones a estas normas que buscan evitar que ello se produzca.

Por último, las posibles controversias que lleguen a existir entre los inversionistas extranjeros se van a resolver en procedimientos arbitrales estructurados como juicios privados entre privados, aunque eventualmente se pueda debatir la adopción de políticas públicas referentes a derechos económicos, sociales y culturales de la ciudadanía en su conjunto. Nuevamente, es positivo la introducción de algunas normas en el TLC entre Chile y EE.UU. que hacen más transparentes estos juicios, pero creemos que ello no es suficiente.

En definitiva, los tratados libre comercio que Chile ha suscrito con Canadá, la Unión Europea y Estados Unidos van a tener efectos importantes para la población, tanto por sus efectos económicos, como por las normas que de manera directa o indirecta regulan derechos económicos, sociales y culturales. La integración entre los países es un fenómeno que de distintas maneras se ha dado a lo largo de la historia y en la actualidad una de las formas en que se produce es a través de acuerdos bilaterales y regionales entre los Estados.

En nuestra opinión los acuerdos entre los países tienen que tener objetivos que vayan más allá de lo estrictamente comercial y en ese sentido es positivo que el tratado celebrado por Chile con la Unión Europea tenga como pilares también un aspecto político y de cooperación.

En cuanto al ámbito comercial los acuerdos comerciales que se han celebrado por Chile están en el marco de la política económica exterior que se ha llevado en los últimos treinta años y del proceso de globalización que está viviendo nuestro planeta. Compartimos la opinión de que la globalización en sí no es ni positiva ni negativa para las poblaciones de cada país, lo que importa son las formas que adopta y ellas pueden traer o menos efectos beneficiosos para las personas.

Con esa premisa, nuestra evaluación global de las normas de derechos económicos, sociales y culturales que contienen los tres tratados celebrados por nuestro país que hemos analizado tiene dos enfoques principales:

Las normas que de manera directa regulan los derechos económicos, sociales y culturales tienen efectos positivos en cuanto a mejorar la situación de estos derechos en nuestro país. Esto, en primer lugar porque debieran mejorar la fiscalización en el cumplimiento de la legislación nacional, especialmente en los ámbitos medio ambiental y laboral. En segundo lugar –y probablemente lo más importante- se producirán efectos positivos por los múltiples proyectos de cooperación establecidos en el marco de los acuerdos.

En cambio, en lo referente a las normas de protección de las inversiones estipuladas en los TLCs suscritos por Chile con Canadá y los Estados Unidos, creemos que dichas normas pueden ser perniciosas para llevar a cabo políticas públicas en materias sociales, porque las disposiciones a favor de los derechos de los inversionistas probablemente constituirán una limitación a esas políticas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS CONSULTADOS

- Abramovich, Victor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- Banco Mundial, Global Economic and the Developing Countries 2000, Washington D.C., World Bank, 2000.
- Bobbio, Norberto, Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico, Milán, 1977.
- Cairneross, Francis, Las cuentas de la tierra, The Economist Books, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Cea, José Luis, Tratado de derecho Constitucional, Editorial Jurídica, Santiago, 1987.
- CEPAL, La igualdad de los modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina, San José, 1997.
- Córdova, Efrén, Derechos fundamentales y comercio internacional, Editorial Buenos Aires, Buenos Aires, 2000.
- Contreras Peláez, Francisco, Derechos sociales: teoría e ideología, Editorial Trotta, Madrid, 1994.
- Cruz Miramontes, Rodolfo, Las Relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado Libre de Comercio con la Unión Europea, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2003.
- Doering, Kart, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt, 1976.
- Dworking, Ronald, Los derechos en Serio, Ariel, Barcelona, 1989.
- De Kerchove d'Exaerde, Georges, Europa, una sociedad humana. Sin editorial. 1990.
- Favoreu, Louis, La Notion de Cour Constitutionnelle, Perspectivas Constitucionales, Editorial Coimbra, 1998.
- Fernández Liesa, Carlos R., Las bases de la política exterior europea. Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- Fernández, Eusebio, Teoría de la justicia y derechos humanos, Debate, Madrid, 1991.
- Girón Larrucea, José Antonio, La Unión Europea. La Comunidad Europea y el Derecho Comunitario, Universidad de Sevilla, 2002.
- Fazio Rigazzi, Hugo, TLC. El amarre del modelo, Editorial LOM Ediciones, Santiago, 2004.
- J. Serra, G. Aguilar, J. Córdova, G. Grossman y otros, Reflexiones acerca del Regionalismo, Editorial Buenos Aires, Buenos Aires, 1997.

-
- Horner, Franz, Die soziale Grundrechte, Salzburg, 1974
- Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, Derechos privados, problemas públicos, Winnipeg, Canadá, 2001.
- Linz, Juan J. Y Stepan, Alfred., Problems of Democratic Transition and Consolidation, John Hopkins University. Baltimore, 1996.
- Mayorca Lorca, Roberto, Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, Editorial Jurídica, Santiago, 1990.
- Jean-Victor, Louis, Artículo publicado en la compilación El Derecho de la Comunidad Europea, Coordinador de la compilación Díez de Velasco, Manuel. Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1986.
- Mangas Martín, Araceli; y Liñan Noguerras, Diego J., Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Editorial Tecnos. Madrid, 2003.
- Martner, Gonzalo, Gobernar el mercado. Las nuevas fronteras del Estado en el siglo XXI, Santiago, Lom Ediciones, 1997.
- Medina Quiroga, Cecilia, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno en Constitución, Tratados y Derechos Esenciales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1993.
- Morales Gamboa, Abelardo, La sociedad civil y el laberinto regional en Centroamérica en Integración y Desarrollo en Centroamérica, Coords. Sanahuja, José Antonio y Sotillo, José Ángel, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación. Madrid, 1998.
- Moguillanski, Globalización, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- Nino, Carlos, Ética y Derechos Humanos, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- Nogueira, Humberto; Pfeffer, Emilio y Verdugo, Mario, Derecho Constitucional Volumen I y II, Editorial Jurídica, Santiago, 1999.
- Ollero Tassara, Andrés, Derechos Humanos y metodología jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Peña Freire, Antonio, La garantía en el estado constitucional de derecho, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- Perez Luño, Antonio Enrique, Derechos humanos, estado de derecho y constitución, Madrid, Técnos, 1995.
- Roldán Barbero, Javier, Democracia y Derecho Internacional, Editorial Civitas, Madrid, 1994.
- Toso, Ángela, Derechos económicos, sociales y culturales: notas sobre su exigibilidad, Santiago, 1995.
- Silva Bascuñan, Alejandro, Tratado de derecho Constitucional, Editorial Jurídica, Santiago, 1997.
- Soto Kloss, Eduardo, El Recurso de Protección, Editorial Jurídica, Santiago, 1982.
- Sosa Meza, Jorge, Estudios de Derechos Humanos Fundamentales, Editorial Jurídica Míguez Mosquera.
- Squella Narducci, Agustín, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Stiglitz, Joseph E., El malestar en la globalización, Madrid, Editorial Santillana Ediciones Generales, 2002.

Van Hoof, G.H.J., The legal nature of economy, social and cultural rights, Oxford, 1995.

Van de Laet, Bernardo, Cláusulas Sociales y reformas normativas en la región, Buenos Aires, 2002.

Vasak, K., Revisiter la troisième génération des droits de l'homme avant leur codification, Homenaje a hector Groos Espeill, Bruylant, Bruxelles, 1997.

Villavicencio Miranda, Luis, La Constitución y los Derechos Humanos, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998.

Zambrano Morales, Enrique A., La Unión Europea. Un Proyecto Político, económico y social, Escuela Superior de Administración Pública. Colombia, 2001.

ARTICULOS CONSULTADOS

Artículo sin autor, "Hacia una dimensión positiva de la cláusula democrática". Publicado en la página web <http://www.tni.org/altreg/northreg/mexico/proposal-es.htm>.

Artículo sin autor, "El acuerdo de México-UE, pieza clave de una asociación integral", Instituto de Relaciones Europeo-Latinoamericanas (IRELA). Edición N° 58. Enero - Abril 2000.

Caamaño Rojo, Luis, Contenido laboral del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, Revista Laboral Chilena, Julio 2003.

Cademartori, José, "TLC: Chile cayó en la trampa de EEUU", disponible en www.atac.cl.

Caputo Leiva, Orlando, "El Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI) y su aplicación anticipada en Chile", Centro de Investigaciones, Universidad, ARCIS, Centro de Estudios sobre Transnacionalización Economía y Sociedad, CETES, Mayo 1998.

Castañeda Bustamante, Norma, "La Cooperación de la Comunidad Europea en México, publicado en la página electrónica http://www.equipopueblo.org.mx/II_mex_ue.htm#doc1.

Capón Filas, Rodolfo, "Trabajo y globalización propuesta para una praxis alternativa", Buenos Aires, Revista Gaceta Laboral, Vol. 7, N° 1, 2001.

Cerda Silva, Alberto & Álvarez Valenzuela, Daniel. "Exigibilidad del tratado de Libre Comercio", Santiago, 2003, disponible en www.derechoshumanos.cl.

Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Texto de los artículos referentes a derechos humanos, económicos, sociales y culturales aprobados por la comisión Especial y revisados por el grupo de trabajo, Santiago, 1959.

Cumplido, Francisco, "Historia de una Negociación para la protección y Garantía de los Derechos Humanos", Instituto de Estudios Internacionales, Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo, Universidad de Chile, Santiago.

Danilo Türk (special report), The Realization of Social and Cultural Rights – Final Report, U.N., 1992.

Declaraciones acerca del TLC entre Chile y EE.UU., de Juan Claro, Presidente de la Confederación de la Producción y Comercio, informaciones en www.quepasa.cl/revista/2002/12/13/t-13.12.QP.NAC.CLARO.html , 14 de Junio de 2004.

Del Arenal, Celestino, "Los Acuerdos de Cooperación entre la Unión Europea y América Latina (1971-1997): Evolución, Balance y perspectivas", publicado en la página web <http://www.ucm.es/info/IUDC/arenal.htm>.

De la Rocha Vázquez, Manuel, "Las relaciones entre México y la Unión Europea ante la perspectiva de una liberalización comercial bilateral", publicado en la Revista Española de Desarrollo y Cooperación, No. 3, Año 1998.

D.K.Brown, A.V.Deardorff, R.M.Stern, "Multilateral, Regional, and Bilateral Trade Policy Options for the United States and Japan", Discussion Paper N1490, School of Public Policy, The University of Michigan, 2002.

Extracto de la intervención del H. Diputado Sergiό Aguiló en la votación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, Cámara de Diputados de Chile, 7 de octubre de 2003.

Evaluación TLC Chile-EE.UU, Primer Trimestre 2004, disponible en www.direcon.cl .

Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, "El bloque de la constitucionalidad", Simposium franco-español de derecho constitucional, Madrid, 1991.

Fernández L., Carlos R., "El Derecho Internacional de los derechos humanos en la sociedad internacional", ponencia en el marco del III Encuentro Salamanca sobre La Paz y el Derecho Internacional, 23-25 de Junio de 2004.

Granados Roldán, Otto, "Embajador de México en Chile", El País, 22 de diciembre de 1999.

Haberlas, Jürgen. "Factibilidad y validez", Fondo de cultura económica, México, 2001.

Liñan Nogueras, Diego J., "Límites del discurso de la condicionalidad en la acción exterior de la unión Europea", Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1998.

Liñan Nogueras, Diego, e Hinojosa Martínez, Luis, "Humans rights conditionality in the external trade of the European Union: legal and legitimacy problems", The Columbia Journal of European Law. Vol 7, No.3. Fall 2001.

Mariño Méndez, F., "La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y De Derecho Privado. XIII Jornadas de la AEPDIRI", 1989, Sin editorial.

Martínez Estrada, Eduardo, "Reflexiones en torno al espacio laboral del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos", Revista Chilena Laboral, Febrero-Marzo 2004.

Nogueira, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, Vol. 23 Nos 2 y 3, Tomo I, 1996.

Olesti Rayo, Andreu, "La intensificación de las relaciones entre la Comunidad europea y México; el acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación", publicado en la revista Il Diritto dell 'Unione Europea. Año VII, 2/02, Giuffrè Editore.

Peña, Carlos, "Sobre el concepto y los fundamentos de los derechos humanos", Revista de Derecho y Humanidades, Universidad de Chile, número 27.

Pinto, Mónica, “Los derechos humanos en el contexto internacional”, p. 4, ponencia realizada en el III Encuentro de Salamanca, La Paz y el Derecho Internacional, Salamanca, 23 a 26 de junio de 2004.

Pizarro, Rodrigo, “El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos: Mitos y Realidades”, Santiago, Publicaciones Fundación Terram, 2002.

Publicaciones Fundación Terram, “TLC con Estados Unidos: Neoliberalismo sin retorno”, Serie APP, Número 15, Marzo 2003.

Publicaciones Fundación Terram, “Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. Un análisis del capítulo de Inversiones: Las restricciones a la Política Pública”, Serie APP, Número 21, Octubre 2003.

Puerta Rodríguez, Hilda, Artículo titulado “Relaciones Unión Europea-América Latina: ¿nuevas tendencias?” publicado en la página web www.redem.uap.mx/word/hilda3.doc .

Ronald Köpke, Relator del Grupo Económico y Comercial en el I Foro de Diálogo Sociedad Civil UE-México, Bruselas, Bélgica. 26 de noviembre 2002.

Rosales, Osvaldo, “Libre Comercio con Estados Unidos y la Unión Europea”, documentos Direcon, Primer Trimestre 2002.

Rosales, Osvaldo, “TLC Chile - Estados Unidos y las negociaciones comerciales”. Santiago, Ministerio de Relaciones Exteriores, Enero, 2003.

Pablo Ruiz-Tagle, Principios Constitucionales del Estado Empresario, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, año 2000.

Sánchez, Georgina, Relatora del Grupo de Asuntos Políticos en el I Foro de Diálogo Sociedad Civil UE-México. Bruselas, Bélgica, 26 de noviembre 2002.

Solervicens, Marcelo, “Impactos del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos”, en Observatoire des Amériques, Chronique 03-09, Julio 2003.

Soifer, Ricardo, Integración internacional y regional, y cantidad y calidad de empleo, Revista Laboral, Buenos Aires 1999.

Sotillo Lorenzo, José Ángel, “Las relaciones Unión Europea-América Latina: El cambio del olvido a la asociación, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz”, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.

Useche, María Crsitina, La organización del trabajo en el marco de la globalización. Buenos Aires, Revista Gaceta Laboral, Vol. 8, N° 1, 2002.

Verónica Berezowsky, Relatora del Grupo de Cooperación en el I Foro de Diálogo Sociedad Civil UE-México, Bruselas, Bélgica, 26 de noviembre 2002.

Walker Errázuriz, Francisco, “La legislación laboral de los EE.UU de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado”, Santiago, publicación de la O.I.T., 20003.

Wallach, Lori M., “El Nuevo Manifiesto del Capitalismo Mundial”, Le Monde Diplomatique N° 527, 2004.

ACUERDOS INTERNACIONALES Y LEGISLACION CONSULTADA

-
- Acuerdo de Asociación de Chile y la Unión Europea, 1996.
- Asociación Política y Económica entre Chile y la Unión Europea, 2002.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 22 de noviembre de 1995.
- Constitución Política de la República de Chile, 2001.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Declaración de la Cumbre Mundial para el desarrollo Social celebrado en Copenhague en marzo de 1995.
- Declaración de Santa Cruz, Cumbre Iberoamericana, 17 de Noviembre de 2003.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948.
- Declaración sobre Derecho al Desarrollo, 1986, Naciones Unidas.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993, Naciones Unidas.
- Estrategia de País, 2002-2006. México.
- Guía de las negociaciones comerciales de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 2004.
- Programa 21 de la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1967.
- Laudo arbitral, causa Myers contra Canadá.
- Laudo arbitral, causa Metalclad Corporación contra los Estados Unidos Mexicanos.
- Memorándum de entendimiento entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos Mexicanos 2000-2006.
- Organización Internacional del Trabajo. Declaración Socio-Laboral del Mercosur, Brasilia, 1998.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, 1966.
- Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993, Naciones Unidas.
- Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá, 1996.
- Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos, 2004.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS CONSULTADAS

http://www.sre.gob.mx/belgica-ue/relacion_mexico.htm

http://www.europa.eu.int/comm/external_relations/mexico/conf_es/index.tm

<http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf>

<http://www.direcon.cl>

<http://www.conama.cl>

<http://www.direcciondeltrabajo.cl>

<http://www.minrel.cl>

<http://www.terram.cl>

<http://www.cec.org/citizen7index.cfm?varlan>

[http://www.chilesustentable.net/html/modules.php?
name=Sections&op=viewarticle&artid=36](http://www.chilesustentable.net/html/modules.php?name=Sections&op=viewarticle&artid=36)

ANEXOS