

## INFORME DE ASESORÍA PRESTADAS A H.S XIMENA RINCÓN.

FEBRERO 2020  
PH.D PAULINA GÓMEZ BARBOZA

### INFORME SOBRE EL ARTÍCULO 135 DEL ACUERDO CONSTITUYENTE Y SU RELACIÓN CON LOS TLC Y EL TPP11

#### I. CRÍTICAS AL ARTÍCULO 135 DEL ACUERDO CONSTITUYENTE.

Expertos critican lo que llaman un “blindaje a los TLC” en redacción del acuerdo constituyente. Señalan que dicha disposición “es inconstitucional”.

Básicamente los expertos y expertas en derecho constitucional, comercio internacional y en derechos humanos criticaron la norma del acuerdo constituyente que eleva los tratados internacionales a nivel constitucional sin especificar cómo ni cuáles.

El texto aprobado por el Congreso, y que surgió de la Comisión Técnica encargada por los partidos políticos, ha sido objeto de críticas por las presiones con las que se negoció y, sobre todo, por cómo se terminó redactando.

En concreto, el Artículo 135 sobre Disposiciones Especiales, que dice que “*el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar (entre otros) los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”, ha causado un rechazo generalizado en los expertos, quienes han manifestado la incompatibilidad del mismo con las bases del derecho internacional en materia constitucional y de derechos humanos, dado que el acuerdo alcanzado por la Comisión Asesora abra la posibilidad de elevar a nivel constitucional todos los tratados internacionales ratificados por Chile, en general, sin especificar que ha de tratarse de los Tratados sobre DDHH. Por lo tanto, conforme a dicha cláusula, todos los poderes del Estado verán limitadas el ejercicio de sus potestades, no sólo por el respeto debido a los derechos esenciales de las personas, sino por los contenidos de cualquier tratado

que el Poder Ejecutivo negocie internacionalmente, y sea aprobado por el Congreso, incluyendo los tratados de libre comercio.

## II. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 135

En estricto rigor, la inconstitucionalidad propiamente tal radica en el origen de la norma y en su contenido, dado que el actual Congreso no tiene potestad para determinar los contenidos de un posible nuevo texto constitucional. El actual congreso si tiene facultades para modificar el texto constitucional vigente,( por ello pudo modificar el capítulo XV) pero no es un órgano constituyente originario, por lo tanto, no puede generar normas o contenidos de una nueva constitución.

No tiene potestad para determinar que *“el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deba respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Dicho contenido es nulo pues emana de un órgano del Estado que actúa fuera de su competencia , por tanto actúa de modo inválido, atribuyéndose una autoridad que no tiene.

Así lo prescribe el artículo 7° de la Constitución Política de la República:

*“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*

*Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”*

La abogada doctora en Derecho y académica del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Claudia Iriarte, indica que el problema de esta norma radica en la diferencia que existe entre el poder constituyente originario -que le corresponde a los

encargados de redactar una nueva Constitución- y el poder constituyente delegado -que es el que tienen los parlamentarios para modificar la Carta Magna.

“Desde ese punto de vista es absolutamente inconstitucional, porque el legislador tiene sólo potestad constitucional delegada, que es para reformar la Constitución respecto de aquellas materias en que se le ha dado atribuciones para reformarlo, pero no respecto de la soberanía”, puntualizó la abogada y doctora en Derecho del Centro de Derechos Humanos de nuestra casa de estudios.

En ese sentido, para la académica de la Universidad de Chile el vicio que tiene el acuerdo que firmaron y aprobaron los partidos políticos está justamente en el origen del mismo, es decir, que éste es un acuerdo político que careció de un debate técnico en materia de derecho constitucional.<sup>1</sup>

Adicionalmente sostiene que, de acuerdo al derecho internacional en materia constitucional y de derechos humanos, este punto sería totalmente inconstitucional. “La Constitución sólo establece la posibilidad del límite a la soberanía respecto de tratados en materia de derechos humanos, no hace referencia a otros tratados. Por lo tanto, en esta norma lo que se hizo es que se tomó una materia constitucional y se le da esta redacción que permitiría esta interpretación”, aseveró Iriarte<sup>2</sup>.

Es decir , a su juicio, existiría una especie de abuso de una norma constitucional vigente, que se pretende extender ilegítimamente a un nuevo texto constitucional , y con un contenido que tampoco se corresponde con el espíritu de la actual norma constitucional que tiene por fin establecer los derechos esenciales de las personas como el límite al ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado.

Recordemos que el actual artículo 5° inciso segundo constitucional hace referencia a los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes:

---

<sup>1</sup> <https://radio.uchile.cl/2019/12/29/es-inconstitucional-expertos-critican-blindaje-a-los-tlc-en-redaccion-del-acuerdo-constituyente/>

<sup>2</sup> Ibidem

*“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 encuentren vigentes.”*

Y por tanto, no corresponde extrapolar esa referencia a cualquier tratado internacional, ni menos, corresponde, a un Congreso sin potestades para dictar una nueva constitución, pre- regular un deber para el nuevo órgano constituyente originario que los chilenos aún o han elegido.

Para el abogado constitucionalista y académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Francisco Soto, “mencionar los tratados en abstracto es bastante irresponsable”<sup>3</sup>. Para él, este tema puede aún ser revisado y modificado antes de que se componga un eventual órgano constituyente. Soto manifestó la necesidad de que los tratados y su importancia sean individualizados, y como se ha hecho en otros procesos, dejar sólo los que corresponden a materias de derechos humanos a nivel constitucional<sup>4</sup>.

### III. IMPLICANCIAS DE LA NORMA EN REFERENCIA

La economista experta en comercio internacional y académica de la Universidad Nacional de San Martín de Buenos Aires, Luciana Ghiotto, advirtió que, en el caso de Chile, este punto del texto emanado de la Comisión Técnica significa un blindaje al modelo económico actual.

En esa línea, la experta sostuvo que es incompatible pensar en un eventual carácter progresista de una nueva constitución si no se revisan los tratados internacionales de comercio que ha firmado el Estado de Chile. “Hay una intencionalidad política clara que es se modifique lo menos posible de la estructura y el modelo económico. El modelo económico chileno está sustentado legalmente y jurídicamente sobre la existencia de

---

<sup>3</sup> Ibídem

<sup>4</sup> <https://radio.uchile.cl/2019/12/29/es-inconstitucional-expertos-critican-blindaje-a-los-tlc-en-redaccion-del-acuerdo-constituyente/>

todos estos tratados que blindan el proceso de privatizaciones, de apertura económica y de desregulación”<sup>5</sup>, advirtió Ghiotto.

“Si mantienes los tratados como un punto que no se discute, en definitiva estás manteniendo la estructura de desigualdad de Chile. Si modificas la constitución, pero no modificas los tratados, mantienes ese modelo”, sostuvo la economista e integrante de Argentina Mejor Sin TLC.

#### IV. CONFLICTOS ENTRE LAS NORMAS DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y LOS TRATADOS SOBRE DDHH.

##### A. CRÍTICAS AL MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

*“Las protecciones de los inversores extranjeros incluidas en algunos tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI) recientes y su aplicación a través del arbitraje inversor-Estado no deben replicarse en el TPP pues socavan los sistemas de justicia en nuestros diversos países y cambian fundamentalmente el equilibrio de poder entre inversores, Estados y otras partes afectando la resolución justa de disputas legales”*

En 2012, 100 profesores eminentes, jueces y abogados de Canadá, USA, Nueva Zelanda, Australia, Malasia, Singapur, y otros países miembros de la Trans-Pacific Partnership, incluida la Magistrada Elizabeth Evatt, ex miembro del Comité de Derechos Humanos dirigieron una Carta abierta a los negociadores del TPP en la les instan a rechazar la solución de controversias entre inversores y Estados<sup>6</sup>, en la que señalan:

*“Como abogados de la academia, el banco y el colegio de abogados, la legislatura, el servicio público, las empresas y otras comunidades jurídicas en Asia y la Cuenca del Pacífico, estamos escribiendo para*

<sup>5</sup> <https://radio.uchile.cl/2019/12/29/es-inconstitucional-expertos-critican-blindaje-a-los-tlc-en-redaccion-del-acuerdo-constituyente/>

<sup>6</sup> <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>

*plantear inquietudes sobre las disposiciones de arbitraje de disputas de inversión e inversionista-Estado que se consideran en el negociaciones en curso para un acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP).*

*Tenemos opiniones diversas sobre el TPP en general. Sin embargo, estamos unidos en nuestra opinión de que las protecciones de los inversores extranjeros incluidas en algunos tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI) recientes y su aplicación a través del arbitraje inversor-Estado no deben replicarse en el TPP.*

*Basamos esta conclusión en las preocupaciones sobre cómo la expansión de este régimen amenaza con socavar los sistemas de justicia en nuestros diversos países y cambiar fundamentalmente el equilibrio de poder entre inversores, estados y otras partes afectadas de una manera que socava la resolución justa de disputas legales.*

*Nos alienta observar que el Gobierno de Australia ha dicho que no está dispuesto a someterse a los poderes de solución de controversias entre inversores y Estados en virtud de un TPP y otros acuerdos comerciales futuros, e insta a los negociadores del TPP a excluir el sistema inversor-Estado para todos los países, no solo Australia.*

*Como abogados, creemos que todos los inversores, independientemente de su nacionalidad, deberían tener acceso a un sistema judicial abierto e independiente para la resolución de disputas, incluidas las disputas con el gobierno. Somos firmes partidarios del estado de derecho. Es en este contexto que planteamos nuestras preocupaciones.*

*El propósito aparente de las protecciones de los inversores en los acuerdos internacionales y su aplicación de la ley Estado-Inversionista era asegurar que los inversores extranjeros en países sin sistemas judiciales nacionales que funcionen bien tendrían un medio para obtener una compensación si un gobierno expropiaba sus bienes inmuebles, planta o equipo. Sin embargo, la definición de “inversiones cubiertas” se extiende mucho más allá de los bienes inmuebles e incluye instrumentos financieros especulativos, permisos gubernamentales, compras gubernamentales, derechos contractuales intangibles, propiedad intelectual y participación en el mercado, independientemente de que se haya demostrado que las inversiones contribuyan o no a la economía anfitriona.*

*Simultáneamente, los derechos sustantivos otorgados por los capítulos de inversión del TLC y los TBI también se han ampliado significativamente y los laudos emitidos por los árbitros internacionales contra los Estados a menudo han incorporado interpretaciones excesivamente expansivas del nuevo lenguaje en los tratados de inversión. Algunas de estas interpretaciones han priorizado*

la protección de la propiedad y los intereses económicos de las empresas transnacionales sobre el derecho de los estados a regular y el derecho soberano de las naciones a gobernar sus propios asuntos.

Cada vez más, las decisiones emitidas en virtud de este sistema hacen que los inversores extranjeros tengan mayores derechos que los otorgados a empresas e inversores nacionales en virtud de las Constituciones, las leyes y los sistemas judiciales de los países de acogida. En varios casos, los tribunales arbitrales han ido más allá de las indemnizaciones por daños en efectivo y han emitido medidas cautelares que crean conflictos legales graves. Por ejemplo, una orden reciente de un tribunal en el caso presentado por Chevron contra Ecuador bajo un TBI entre Estados Unidos y Ecuador ordenó a la rama ejecutiva de ese país violar su separación constitucional de poderes y detener de alguna manera la ejecución de un fallo de la Corte de Apelaciones.

Este no es un caso único. El alcance de las acciones gubernamentales que los tribunales arbitrales han considerado previamente que pueden estar sujetas a revisión por posibles violaciones de los derechos de los inversionistas incluye una decisión sobre jurisdicción en el caso *Loewen v. Estados Unidos* bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) el 5 de enero de 2001 que las "medidas" incluyen la función de un tribunal nacional y las normas vigentes de procedimiento civil. El tribunal arbitral concluyó que una decisión del jurado en un litigio de contratos privados constituía una medida del gobierno que estaba sujeta a las reglas del inversor del TLCAN.

Los inversores también buscan evitar la decisión deliberada de los gobiernos de exigir a los inversores que busquen recursos en los tribunales nacionales de la nación anfitriona, al menos inicialmente, invocando la regla de la nación más favorecida. Las subsidiarias de Philip Morris International están tratando de eludir un requisito en el TBI Uruguay-Suiza de que deben intentar litigar sus objeciones a las nuevas leyes de etiquetado de tabaco de Uruguay a través de los tribunales nacionales durante dieciocho meses antes de iniciar un arbitraje internacional invocando una disposición de un TBI entre Uruguay y un tercer país que no tiene ese requisito.

Además, el diseño de los tribunales del sistema inversor-estado permite a los abogados rotar entre roles como árbitros y defensores de los inversores de una manera que no sería ética para los jueces. El sistema también excluye el derecho de los litigantes no inversores y otras partes afectadas a participar y no cumple con los principios básicos de transparencia, consistencia y debido proceso común a nuestros sistemas legales. El arbitraje de inversiones tal como está

*constituido actualmente no es un método justo, independiente y equilibrado para la resolución de disputas entre naciones soberanas e inversores privados.*

*Es de particular preocupación que, en lugar de ser una opción de último recurso, el uso de este régimen esté aumentando exponencialmente. Los TBI con la aplicación de la ley Estado-Inversor han existido desde la década de 1950, pero entre 1972 y 2000 solo se resolvieron unas 50 disputas. Desde el año 2000, en el organismo de arbitraje internacional del Banco Mundial, el Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión (CIADI), solo 173 casos han sido resueltos y otros 128 archivados.*

*Para poner esto en perspectiva, en 1999 solo se habían lanzado 69 casos del CIADI. Hoy en día, hay más de 370 casos en curso, un aumento del 436%, y ese es solo el número de casos de Inversionista-Estado en el CIADI. Se han pagado más de \$ 675 millones solo con los TLC y TBI de EE. UU., El 70% de los cuales correspondió a desafíos a las políticas ambientales y de recursos naturales de los gobiernos, no a las expropiaciones tradicionales. Las compañías tabacaleras también han utilizado la solución de controversias inversor-estado para impugnar las políticas gubernamentales de control del tabaco promulgadas para implementar obligaciones bajo la Convención Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco.*

*La definición expansiva del régimen actual de las inversiones cubiertas y las acciones del gobierno, la concesión de derechos sustantivos de los inversores expansivos que se extienden más allá de la ley nacional, el uso cada vez mayor de este mecanismo para eludir los sistemas judiciales nacionales y los problemas estructurales inherentes al régimen arbitral son corrosivos de la regla de la ley y la equidad.*

*POR LO TANTO, LLAMAMOS a todos los gobiernos involucrados en las negociaciones del TPP para que sigan el ejemplo de Australia al rechazar el mecanismo de disputas entre inversores y Estados y reafirmar la integridad de nuestros procesos legales internos".*

B. RELATOR ESPECIAL ONU SOBRE EL DERECHO DE  
TODA PERSONA AL DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL  
POSIBLE DE SALUD FÍSICA Y MENTAL. Informe de  
2014 a la Asamblea General (A/69/299).



Los derechos humanos son vulnerables ante los TLC debido a los altos costos de los arbitrajes comerciales entre inversionistas y Estados y el riesgo de obtener de de laudos arbitrales contrarios con interpretaciones extensivas de los derechos de los inversionistas y altas indemnizaciones.

El Relator observó que los Estados son vulnerables a los procedimientos de solución de controversias cuando dan prioridad a las obligaciones que les incumben en virtud de tratados de derechos humanos y, por lo tanto, violan sus obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo internacional de inversión.

Relata lo sucedido cuando Ethyl Corporation presentó una demanda contra una decisión de salud pública hecha por el Gobierno del Canadá de imponer una prohibición de comercializar un aditivo de la gasolina producido por la empresa<sup>7</sup>. Canadá decidió aceptar la demanda debido a los altos costos del arbitraje y el peligro de un laudo adverso. Esto pone de manifiesto la forma en que la mera existencia de un sistema de solución de controversias entre inversores y Estados puede crear un efecto inhibitorio en los Estados y disuadirlos de cumplir sus obligaciones con respecto al derecho a la salud<sup>8</sup>.

#### C. INFORME SOBRE LAS INVERSIONES EN EL MUNDO 2015: REFORMA DE LA GOBERNANZA DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES”. UNCTAD (CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO) <sup>9</sup> e INFORME DEL EXPERTO INDEPENDIENTE SOBRE LA PROMOCIÓN DE UN ORDEN INTERNACIONAL DEMOCRÁTICO Y EQUITATIVO” 2015.

<sup>7</sup> Ethyl Corporation c. Canadá, laudo sobre la jurisdicción, dictamen de 24 de junio de 1998.

<sup>8</sup> Gantz, D., “The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement”, American University International Law Review, vol. 19, núm. 4 (2003), pág. 684.

<sup>9</sup> UNCTAD, WorldInvestmentReport 2015: Reforming International InvestmentGovernance, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.15. II.D.5, cap. IV, Introducción.

“Los regímenes internacionales de inversión y de libre comercio se han desarrollado como una vertiente del derecho internacional independiente de las normas de derechos humanos y de derechos indígenas; y no existen mecanismos formales para exigir que los acuerdos de inversión y libre comercio respeten los derechos humanos.”

Como quedó de manifiesto del Foro Mundial sobre la Inversión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), celebrado en octubre de 2014, existe una visión compartida “acerca de la necesidad de reformar el régimen internacional de inversiones a fin de asegurar que beneficie a todos los interesados. “No se trata de saber si hay que reformar o no, sino de reformar “qué”, “cómo” y en qué “medida”” <sup>10</sup>.

Se sostiene que “los regímenes internacionales de inversión y de libre comercio se han desarrollado como una vertiente del derecho internacional independiente de las normas de derechos humanos y de derechos indígenas; que no existen mecanismos formales para exigir que los acuerdos de inversión y libre comercio respeten los derechos humanos; el propio régimen de inversión y de libre comercio es impreciso, complejo y opaco; existen muchos mecanismos, reglamentos y acuerdos de arbitraje diferentes, y una falta general de transparencia, que impide a los legisladores y a los responsables de la formulación de las políticas tener una visión sistémica de los regímenes internacionales de inversión y de libre comercio y de su efecto sobre los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas y poder así tomar decisiones para una reforma eficaz”. <sup>11</sup>

Los informes referidos se centran en el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados y señalan que reducen el espacio reglamentario del Estado y no obligan a los árbitros a dar prioridad a las normas creadas en virtud de tratados de derechos humanos”; “subrayan la urgencia de elaborar acuerdos futuros de manera que impidan los abusos del pasado y hace un llamamiento a una reforma general de los 3.200 acuerdos internacionales de inversión” <sup>12</sup>

El experto Alfred-Maurice de Zayas, afirma:

---

<sup>10</sup>Informe sobre la “Promoción de un orden internacional democrático y equitativo”, Alfred-Maurice de Zayas, párrafo 2.

<sup>11</sup> Juan Hernández Zubizarreta es Profesor de la Universidad del País Vasco e investigador del Observatorio de Multinationales en América Latina.

<sup>12</sup> Ibidem, párrafo 3

- ✓ “En casos de inversiones, el arbitraje, tal como está constituido actualmente no es un método justo, independiente y equilibrado para la solución de controversias entre naciones soberanas e inversores privados.”<sup>13</sup>
  
- ✓ “... el mantenimiento de la solución de controversias entre inversores y Estados no es una opción; debería abolirse por ser un sistema fundamentalmente erróneo que tiene consecuencias negativas sobre los derechos humanos y porque su operación ha alterado el orden internacional al debilitar a los Estados, inmiscuirse en su espacio normativo y agravar la desigualdad y la falta de equidad en el mundo”.<sup>14</sup>
  
- ✓ “Un historial de abusos por los árbitros y las prácticas interpretativas vicia el sistema. A pesar de las reiteradas conclusiones de los órganos de las Naciones Unidas (...) los árbitros han seguido su práctica de aplicar amplias interpretaciones y hacer caso omiso de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos”.<sup>15</sup>
  
- ✓ “Sobre la base de la doctrina del abuso de los derechos y la prohibición de los acuerdos *contra bonos mores*, la solución de controversias entre inversores y Estados debería abolirse.”<sup>16</sup>
  
- ✓ “la abolición de solución de controversias entre inversores y Estados no constituye una injusticia contra los inversores, que todavía puede valerse de los tribunales nacionales o del mecanismo ya probado de la protección diplomática. Además, el Banco Mundial ofrece seguros contra riesgos, y ello debe tenerse en cuenta como un costo normal de los negocios”.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup>Ibidem, párrafo 54

<sup>14</sup>Ibidem

<sup>15</sup>Ibidem

<sup>16</sup>Ibidem, párrafo 55

<sup>17</sup>Ibidem, párrafo 59

- ✓ “Para combatir el uso indebido del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, los tribunales nacionales deberían denegar la ejecución de las sentencias cuando esa ejecución pueda ser contraria al orden público de sus respectivos países. Esta “excepción de política pública” relativa a la ejecución de laudos arbitrales se encuentra en el artículo V 2) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958 (Convención de Nueva York) y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”.<sup>18</sup>
  
- ✓ “Se deben activar las normas y códigos de conducta contra todo abuso en la solución de controversias entre inversores y Estados para eliminar la impunidad de que disfrutaba hasta ahora el sistema de solución de controversias<sup>19</sup>. Abogados que se determine que se han beneficiado directa o indirectamente de los laudos emitidos, por ejemplo, cuando posteriormente son contratados por los inversionistas que representan, deben ser investigados y, si fuera necesario, suspendidos. Las investigaciones por supuestas violaciones de la conducta ética deben realizarse sistemáticamente en los bufetes de abogados y los árbitros con arreglo a normas establecidas sobre conflictos de intereses y conspiración”.<sup>20</sup>

Ninguno de tales mecanismos están establecidos en el TPP11.

#### D. INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS RELATIVO A LAS “REPERCUSIONES DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES Y EL LIBRE COMERCIO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS”, VICTORIA TAULI-CORPUZ

---

<sup>18</sup> *Ibidem*

<sup>19</sup> Ma, Winnie, “Publicpolicy in the judicial enforcementof arbitral awards”, tesis doctoral en ciencias jurídicas, Bond University (Australia), 2005.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párrafo 51

“El impacto de los acuerdos internacionales de inversión y de libre comercio sobre los derechos humanos incluye aspectos como los derechos sobre la tierra, la degradación ambiental, la pobreza, la capacidad de reglamentación y de protección del Estado, el déficit democrático y los desafíos al estado de derecho en relación con la elaboración y aplicación de dichos acuerdos”.

La relatora consigna en su informe varios casos en los cuales se ha manifestado el efecto inhibitor que tienen los TLC y su mecanismo arbitral de resolución de conflictos en las acciones o demandas que los Estados quieren adoptar respecto de algunas acciones de inversionistas que afectan DDHH de las personas.<sup>21</sup>

“En el caso Philip Morris c. Uruguay, es probable que este último se hubiera rendido. Ante la posibilidad de pagar a los abogados contratados 1.500 dólares por hora durante varios años, el Presidente José Mujica casi resolvió la demanda y solo decidió defender el derecho después de que el ex Presidente Vázquez expresó su protesta y Michael Bloomberg, el ex alcalde de la ciudad de Nueva York, decidió ayudar a financiar el equipo de la defensa.

Esto justifica el establecimiento de un fondo internacional para la defensa en casos de solución de controversias entre inversores y Estados, siguiendo el modelo del fondo fiduciario de expertos técnicos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la solución de controversias<sup>22</sup>.

En tal sentido, la Relatora señala que “el impacto de los acuerdos internacionales de inversión y de libre comercio sobre los derechos humanos incluye aspectos como los derechos sobre la tierra, la degradación ambiental, la pobreza, la capacidad de reglamentación y de protección del Estado, el déficit democrático y los desafíos al estado de derecho en relación con la elaboración y aplicación de dichos acuerdos”; y

---

<sup>21</sup> Informe de la relatora especial del consejo de derechos humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas.2015, párrafo 44

<sup>22</sup> Ibidem, párrafo 44

que ello se reconocen en los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”<sup>23</sup>

Por tanto, resulta imprescindible que el Estado de Chile anexe al TPP11 la obligatoriedad en Chile de dichos Principios de ONU.

#### E. INVERSIONISTAS EUROPEOS:

La Unión Europea votó por unanimidad nuevas reglas que significan que los inversores tendrán que implementar medidas adecuadas para garantizar que sus actividades no causen abusos de los derechos humanos ni destrucción ambiental, e inversionistas con activos por valor de 1,7 billones de euros realizaron un llamado directo a la acción.

Con fecha 18 de abril de 2019, los inversionistas emiten un fuerte llamado a la acción, ya que el parlamento europeo vota nuevas reglas para garantizar que las finanzas no causen abusos a los derechos humanos y destrucción ambiental

Grandes actores en la propia industria de la inversión: Aviva, Hermes, Sycomore y Robeco emitieron un importante llamado a los inversores para que establezcan y realicen procesos sólidos de diligencia debida para gestionar los riesgos para las personas y el medio ambiente. También hicieron un llamado urgente a los gobiernos para que apoyen la debida de los inversores a través de una mejor regulación de los sistemas financieros.

Estos inversionistas describen cómo *“estamos en un punto en el tiempo donde tanto las personas como el planeta enfrentan desafíos severos, que incluyen: escasez catastrófica de alimentos y agua y poblaciones desplazadas debido al cambio climático, unos 40 millones de personas que viven en situaciones de esclavitud moderna, la mitad del mundo falta de acceso a servicios de salud esenciales, y la tecnología está siendo armada contra la democracia. Por lo tanto, es vital que los inversionistas puedan*

---

<sup>23</sup> Ibidem, IV. Inversiones internacionales, libre comercio y derechos humanos de los pueblos indígenas, párrafo 20

*identificar si los proyectos o las empresas en las que están invirtiendo pueden tener impactos negativos en los derechos humanos y el desarrollo sostenible, y luego contribuir a prevenir y mitigar esos impactos”.*

## V. REACCIÓN MUNDIAL ANTE LA CRISIS EN LOS DDHH GENERADA POR LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.

### A) PROYECTO REVISADO DE UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS.

Atendido la crisis en los DDHH generada por los Tratados de Libre Comercio, la Resolución 26/9 del año 2014 de la Asamblea General de la ONU dispuso la Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

En septiembre de 2017, se presentó producto de más de 200 reuniones intersesionesales de carácter bilateral y multilateral, en Ginebra y en varios países, el documento “ELEMENTOS PARA EL PROYECTO DE INSTRUMENTO INTERNACIONAL JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONALES (ETs) Y OTRAS EMPRESAS(Oes) CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS”. Reuniones en las que Chile participó activamente. El borrador cero fue publicado en 2018.El proyecto revisado de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos fue lanzado el 16 de julio de 2019, presenta cambios importantes. También se trata de un texto mucho más coherente, bien formulado y maduro que su predecesor. La versión revisada fue elaborada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición Abierta (OEIGWG, por sus siglas en inglés) con el mandato del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU) para que elaborase dicho tratado

Los propósitos de tal convención son:

1. Asegurar la responsabilidad civil, administrativa y penal de las ETs y OEs en relación con violaciones o abusos de derechos humanos.
2. Incluir mecanismos que garanticen el acceso a la justicia y una reparación efectiva para esas violaciones o abusos a los derechos humanos, cometidos por las ETs y OEs, incluido un recurso adecuado y las garantías de no repetición, así como el fortalecimiento de la cooperación internacional entre todos los actores relevantes.
3. Incluir obligaciones para prevenir dichos impactos adversos a los derechos humanos.
4. Reafirmar que las obligaciones de los Estados Partes en relación a la protección de los derechos humanos no terminan en sus fronteras territoriales.

Entre los cambios más importantes gestionados en el proyecto revisado es que se afirma que el alcance del tratado abarcará a todas las empresas, no solo a las transnacionales, mientras al mismo tiempo sigue haciendo hincapié en las empresas con actividades transnacionales. Además, alinea las disposiciones sobre prevención y diligencia debida con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UNGP, por sus siglas en inglés) y propone un artículo comprehensivo sobre la responsabilidad jurídica de las empresas que está más en consonancia con el derecho internacional y la práctica nacional predominante en comparación con las respectivas disposiciones del borrador cero.

El proyecto revisado también trae algunas novedades tales como nuevos artículos sobre implementación (Artículo 15) y solución de controversias (Artículo 16), mientras presenta un lenguaje más completo y simplificado en relación con el acceso a recursos, justicia y reparación. También contiene artículos que abordan la situación de los defensores de derechos humanos, brindándoles especial protección en su trabajo de promoción de las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos.

**Otra** mejora fundamental también puede observarse en el área de la responsabilidad jurídica, donde se conservan algunas de las disposiciones del borrador cero, pero el



grueso del artículo (actualmente el Artículo 6) ha sido reformulado y simplificado. Se destacan, en particular, algunas disposiciones destinadas a crear un sistema comprehensivo de responsabilidad jurídica por abusos de derechos humanos cometidos por las empresas o con su participación. Por ejemplo, el Artículo 6(1) establece: *“Los Estados Partes deberán garantizar que su legislación nacional brinde un sistema comprehensivo y adecuado de responsabilidad jurídica por violaciones o abusos a los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, incluyendo aquellas de carácter transnacional”*.

Esta disposición probablemente no solo abarque la responsabilidad civil, penal y administrativa sino también las diferentes modalidades y modelos de responsabilidad civil, incluyendo delitos por negligencia, responsabilidad estricta y otras formas de responsabilidad civil. La implementación de esta y otras disposiciones, requerirá una orientación adecuada que puede ser brindada, entre otras fuentes, por el organismo de control que será creado bajo el tratado.

A su vez, el Artículo 6(7) se destaca por su posible alcance e impacto en términos de responsabilidad jurídica y reparación en favor de las víctimas: *“Con sujeción a los preceptos de su legislación nacional, los Estados Partes deberán garantizar que su legislación interna establezca responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas por los siguientes delitos”*. Estos delitos incluyen: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio; tortura; trato cruel, inhumano o degradante; desaparición forzosa; ejecución extrajudicial; trabajo forzado; desalojo forzoso; esclavitud; desplazamiento forzoso de personas; tráfico de personas, incluyendo la explotación sexual y la violencia sexual y de género.

El proyecto del tratado también exige que la legislación nacional establezca la responsabilidad jurídica por “actos que constituyen un intento, participación o complicidad en un delito penal de conformidad con el Artículo 6(7)”.

El proyecto revisado también trae cambios con respecto a la relación del tratado con otros acuerdos internacionales, notablemente aquellos relacionados con el comercio internacional y las inversiones. El borrador cero cuenta con dos disposiciones dedicadas explícitamente a dicha relación:

*“Los Estados Partes convienen en que los futuros acuerdos de comercio e inversión que negocien, ya sea entre ellos o con terceros, no contendrán disposiciones que estén en conflicto con la aplicación de la presente Convención y garantizarán la defensa de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales de las partes que se beneficien de tales acuerdos”.*

*“Los Estados Partes coinciden en que los acuerdos de comercio e inversión, tanto existentes como futuros, se interpreten de la manera menos restrictiva posible en cuanto a su capacidad de respetar y hacer respetar sus obligaciones en virtud de la presente Convención, independientemente de otras normas contradictorias de resolución de conflictos derivadas del derecho internacional consuetudinario o de acuerdos de comercio e inversión existentes.”*

Muchos Estados criticaron duramente estas disposiciones durante la 4ta sesión del OEIGWG en octubre de 2018. Tales críticas varían desde serias advertencias de posibles conflictos entre las obligaciones del tratado hasta una oposición directa a la superioridad pretendida de las obligaciones del presente tratado por sobre las obligaciones contenidas en los acuerdos de comercio e inversión. Únicamente Namibia expresó su apoyo, mientras que Sudáfrica apeló a que se incluya lenguaje más claro subrayando la necesidad de abordar los acuerdos de inversión restrictivos.

Para atender esas inquietudes, el proyecto revisado del tratado reemplaza los párrafos conflictivos por un único párrafo con alcance limitado, pero que procura garantizar una interpretación y aplicación de los acuerdos de comercio e inversión compatible con el presente tratado sobre empresas y derechos humanos:

*“Los Estados Partes convienen en que los acuerdos bilaterales o multilaterales, incluyendo los acuerdos regionales o sub-regionales, sobre asuntos pertinentes a este (Instrumento Jurídicamente Vinculante) y sus protocolos, serán compatibles y serán interpretados de conformidad con sus obligaciones bajo este (Instrumento Jurídicamente Vinculante) y sus protocolos”.*

Este enfoque, pese a ser discutiblemente menos ambicioso que el borrador cero, al final podría demostrar ser más efectivo y fácilmente aceptable por los Estados, dadas las realidades del derecho internacional. Sin embargo, mediante un trabajo futuro se podría intentar rescatar algunos elementos del borrador cero o agregar nuevos elementos al proyecto del tratado. Por ejemplo, podría otorgarse cierta consideración a la idea de que los Estados “garantizarán la defensa de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales de las partes que se beneficien de tales acuerdos”, dado que un creciente número de acuerdos de comercio e inversión actualmente contienen disposiciones sobre la promoción de una conducta responsable de las empresas. Los Estados también pueden asumir la obligación de someter los acuerdos de comercio e inversión a procedimientos de investigación y aprobación, entre otros.

El proyecto revisado del tratado es un paso fundamental muy bienvenido en el proceso de establecer un instrumento jurídicamente vinculante en el campo de las empresas y los derechos humanos, superando la mayoría de las objeciones más graves —e incluso las menos graves— con respecto al alcance del tratado y su carácter complementario en relación con otros instrumentos.

#### B) GUÍA DE DEBIDA DILIGENCIA PARA LA CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE DE LA OECD

Resultado de un proceso participativo, que involucró a gobiernos, representantes de sindicatos, sociedad civil y empresas, fue ratificada por todos los países que conforman la OECD en el Foro Global sobre Conducta Empresarial Responsable en junio 2018, en París. La delegación de Chile fue encabezada por el Ministro de Hacienda, Felipe Larraín.

La Guía proporciona recomendaciones sobre cómo evitar y prevenir los efectos adversos de las actividades empresariales sobre la sociedad y el medio ambiente. La orientación, desarrollada en conformidad con las Directrices de la OECD, incluye explicaciones adicionales, consejos y ejemplos ilustrativos de debida diligencia. Por ende, permite implementar de mejor manera las Directrices OECD para Empresas Multinacionales, como también los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

## VI. POSTURA DEL GOBIERNO CHILENO EN EL ORDEN INTERNO.

Lejos de hacerse cargo de las inquietudes fundadas existentes en el orden internacional y de la cuales ha participado, el gobierno chileno ha señalado que es un mito que el TPP11 otorgue más poder a las transnacionales y ponga en jaque la soberanía nacional.

El TPP-11 está entre los tratados que adscribe el país firmante al Sistema de Arreglo de Diferencias entre Inversionistas y Estados (ADIE) que permite que las transnacionales puedan demandar a los gobiernos. A su vez, el TPP-11 está entre los tratados que permite justificar una demanda en ese sistema, alegando “expropiación indirecta”, definida como cualquier interferencia de una política pública o regulación en las “expectativas razonables” de una inversión (Anexo 9-B del TPP-11, p.9-39). Vimos como la capacidad de las transnacionales de demandar a un país usando esta figura jurídica limita la capacidad del Estado de hacer regulaciones que afectan a las transnacionales por temor a fallos adversos en los tribunales arbitrales.

Se ha criticado a estos “tribunales” integrados por árbitros asignados ad-hoc, por tener conflictos de interés que los hacen fallar en contra de los Estados y a favor de las empresas 72,5% de las veces (Van Harten 2016). Estos tribunales hacen inefectivas las excepciones contenidas en los tratados, las que supuestamente resguardan el derecho de los Estados a regular por interés público, aplicando un test de proporcionalidad. Cualquier política pública puede ser considerada “no proporcional” según la decisión de estos “Grupos Especiales” y puesto que son sesgados a favor de las empresas el ‘derecho a regular’ queda supeditado a la no-interferencia a las “expectativas razonables” de los inversionistas.

Sin embargo, la DIRECON dice que el TPP-11 no aumenta los derechos de las transnacionales porque Chile ya es parte del Sistema de Arreglo de Diferencias entre Inversionistas y Estados (ADIE) a través de sus Tratados Bilaterales de Inversiones(TBI) y sus Tratados de Libre Comercio (TLC); porque la definición de una expropiación indirecta a través del concepto de interferencia en las “expectativas razonables” de una inversión está en el TLC con Estados Unidos (Anexo 10-D inciso 4.a.ii), vigente desde

2004; que este concepto de “expectativas razonables” viene insertándose en los TLC y TBI desde esa fecha. En otras palabras, que las transnacionales ya han podido demandar a Chile por interferencia en sus “expectativas razonables” de inversión desde mucho antes del TPP-11

Lo cierto es, sin embargo, como lo señala Hassan Akram<sup>24</sup>, académico del Magíster de Políticas Públicas en la Universidad Diego Portales, “Chile tiene tratados comerciales (TBI y/o TLC) con todos los demás países integrantes del TPP-11. Pero no todos estos tratados incluyen el sistema ADIE, ni incluyen el concepto de interferencia con “expectativas razonables” para definir una expropiación indirecta.

Usando las fuentes públicas (los textos de los acuerdos publicados por la misma DIRECON y por las Naciones Unidas - UNCTAD se revisaron todos los tratados entre Chile y los otros 10 países del TPP-11”.

**“Según las fuentes disponibles,** el TPP-11 implica que por primera vez las transnacionales domiciliadas en Brunéi, Nueva Zelanda, Singapur y Vietnam pueden demandar a Chile (cosa que no pueden hacer con los tratados existentes).

**Además,** “con el TPP11 transnacionales de Japón, Malasia y México (que podían demandar a Chile usando los tratados existentes) ahora pueden usar la causal de interferencia en las “expectativas razonables- concepto que no está en sus tratados existentes”.

Entonces sostener que el TPP-11 aumenta la protección legal de las transnacionales y limita la capacidad regulatoria del Estado no es ningún mito.

Más aún si en la actualidad , el artículo 135 del Acuerdo Constituyente tiene la pretensión de otorgar a los TLC el mismo rango constitucional que el actual artículo 5° inciso 2 constitucional confiere a los Tratados sobre DDHH ratificados por Chile y que se encuentren vigentes , “como un límite al ejercicio de la soberanía por parte de los órganos del Estado”

<sup>24</sup><https://www.eldesconcierto.cl/2019/05/23/es-un-mito-que-el-tpp-11-protege-a-las-transnacionales/>