



De cuando la amenaza se hace demanda: el impacto de las reglas de inversiones en las políticas públicas y los derechos

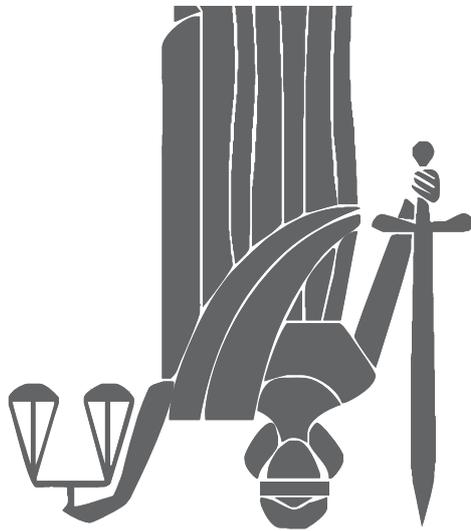
Lic. Viviana Barreto
Lic. Natalia Carrau
REDES - AT



Con el apoyo de: **Transnational Institute**



Maldonado 1390 Bis
Montevideo, Uruguay
Tel.: 2904 42661
e mail: admin@redes.org.uy
www.redes.org.uy



De cuando la amenaza se hace demanda:
el impacto de las reglas de inversiones en las políticas públicas y los derechos

Lic. Viviana Barreto
Lic. Natalia Carrau
REDES - AT

Junio 2015



De cuando la amenaza se hace demanda: el impacto de las reglas de inversiones en las políticas públicas y los derechos

Lic. Viviana Barreto

Lic. Natalia Carrau

REDES - AT

Introducción

La lógica del libre comercio y la liberalización de las inversiones ha logrado cuestionar el papel y alcance del Estado en la actualidad. Lo hace valiéndose de numerosos instrumentos que están a su alcance: legislación nacional, regional, internacional y multilateral, apelando a normativas específicas que regulan temáticamente “lo que se puede y no se puede hacer”.

La capacidad de maniobra de los Estados se amplió durante el inicio del S. XXI con el reconocido fracaso de las políticas de ajuste estructural y liberalización aplicadas en las décadas de auge del neoliberalismo. Sin embargo, el Estado que emerge de este período es un Estado pobre, débil, exigido y presionado por múltiples demandas sociales, económicas, políticas y culturales. Hacer frente a la agenda de políticas públicas implicó defender y poner a prueba al mismo tiempo sus instrumentos y habilidades.

Este documento hace foco en las diversas formas que operan prácticamente estos instrumentos de promoción y protección de inversiones. Operan en asociación con Estados desarrollados y al amparo de instituciones financieras internacionales y regionales. Operan también a impulso de las empresas transnacionales que se insertan a través de las inversiones extranjeras en países en desarrollo, en busca de remover los obstáculos para una perpetua ampliación de la frontera de explotación. En este “viejo-nuevo” conocido juego de poder, las reglas y los actores que lo utilizan funcionan como un perfecto “match” en donde el escenario nunca podrá ser de pérdida... para ellos.

La lógica del poder corporativo en relación a la promoción y protección de sus inversiones

La lógica del libre comercio ha instrumentado mecanismos específicos para imponer un régimen de promoción y protección de las inversiones a través de instrumentos concretos que generan obligaciones vinculantes para los Estados y garantía de libertades para los intereses corporativos.

Tanto las normas bajo las cuales se negocia la agenda del comercio en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) como los contenidos y negociación de acuerdos bilaterales, plurilaterales en sus variantes bi-regionales y mega-regionales y hasta los acuerdos entre Estados en materia de comercio, se han construido sobre las premisas del libre comercio y para la salvaguarda de los intereses de los inversionistas. En todos estos acuerdos opera una lógica de negociación que es confidencial y/o bajo estricta reserva, con la inclusión de cláusulas de protección para el periodo de vigencia del acuerdo y para el periodo posterior a la denuncia del mismo, con la equiparación en igualdad de condiciones a las inversiones extranjeras con las nacionales y con dispositivos de protección (defensiva y ofensiva) ante posibles amenazas –reales o potenciales- que sean consideradas perjudiciales a los intereses de los inversionistas.



Si observamos este esquema desde el punto de vista del Estado, cabe señalar que en estos acuerdos aparecen importantes asimetrías que no son inocuas al momento de analizar los impactos que tienen. Tampoco se puede desconocer que estas mismas lógicas de negociación y contenidos co-existen muchas veces en la negociación sur-sur, es decir en la negociación comercial entre países del sur global y/o países en desarrollo. Una de las diferencias entre acuerdos norte-sur y acuerdos sur-sur es la propia asimetría pre-existente entre los países que acuerdan. Desconocer u obviar estas asimetrías implica partir de la base que hay igualdad de condiciones en la mesa de negociación y que, por tanto, los intereses ofensivos y defensivos son equiparables en términos de potencial beneficio y perjuicio. Supone además asumir que la lógica de poder geopolítico opera con la misma magnitud en uno que en otro socio, que se negocia con la misma información y que entonces, en el todo se trata de una toma de decisiones racionales basadas en el estricto cálculo costo-beneficio.

Las empresas transnacionales (ETN) como “cliente” principal de estos instrumentos de promoción y protección de las inversiones, han desarrollado un abanico de estrategias amparándose en lo que la normativa legal y vigente les permite. Incluso, han dado algunos pasos más: reinterpretao y acondicionando la letra y alcance de estos instrumentos y llevando esta “decodificación a medida” de las demandas que interponen en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI) contra los Estados nacionales.

En su accionar, las ETN diseñan estrategias de contención en donde privilegian al inicio el diálogo y acercamiento al gobierno, intentando identificar potenciales aliados con quienes enmarcar la defensa de sus intereses. Es habitual que cuando la amenaza está en agenda, las empresas inicien fuertes campañas publicitarias para promover su marca o producto al tiempo que expresan su posición al respecto. Así como en la definición por un país u otro el inversionista privilegia elementos como el clima de inversión, la estabilidad política y la seguridad jurídica, al momento en que una amenaza se hace presente, las ETN hacen uso de estos elementos intentando posicionarse estratégicamente. Es así como en algunos países la ofensiva de las ETN presta especial atención a los vacíos legales y a la debilidad de las instituciones para operar estratégicamente y en otros, donde estas condiciones no están dadas, simplemente instalan sendas campañas publicitarias y generan un canal de diálogo con el gobierno, intentando “torcer” la política a su favor. El Grupo Katoen Natie, de origen belga, presente en Uruguay a través de la Terminal de contenedores Cuenca del Plata (TCP) utilizó la amenaza de hacer uso de las cláusulas contenidas en el Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) vigente entre Uruguay y la Unión Económica Belga-Luxemburguesa, para modificar la decisión del gobierno de habilitar una nueva concesión para la construcción de una segunda terminal de contenedores. *“En la estrategia seguida, primero divulgó su rechazo a algo con lo que no estaba de acuerdo y lo acompañó de importantes campanas en medios de prensa del país. Luego, explicitó e informó su posición de fuerza. A continuación, amenazó con entablar una demanda internacional amparándose en el mencionado acuerdo [TBI entre Uruguay y la Unión Económica Belga-Luxemburguesa]. En este contexto, la prensa divulgó que el arbitraje internacional contra el Estado uruguayo sería por un monto que ascendería a los 500 millones de dólares”*¹.

Los TBI operan explícitamente como paraguas protector de los intereses de los inversionistas permitiendo incluso márgenes de maniobra más amplios de los que estrictamente establece en la letra “fría” del tratado. Las ETN definen su estrategia teniendo en cuenta estos contenidos y operan implícita y explícitamente dentro de estos márgenes, incluso forzando los mismos para adaptarlos en su beneficio.

Expansión de la agenda de derechos

La evolución en la intervención del Estado se ha trazado a partir de la evolución y expansión de las luchas sociales y demandas, entre otros. La construcción de los Estados ha traído consigo la evolución de la incorporación de la agenda de derechos. La Revolución Francesa, la Revolución Industrial, la Revolución Rusa y, más recientemente la crisis del petróleo, la caída del bloque socialista y la imposición del paquete de políticas neoliberales del Consenso de Washington establecieron diferentes etapas en la evolución de esta agenda. El Estado ha pasado de ocupar un lugar protagónico en las discusiones sobre el rol de la economía y del mercado, interviniendo de forma activa en las políticas económicas, a ser reducido a un Estado juez y gendarme con el advenimiento e implementación del paquete de políticas del Consenso de Washington.

1. Carrau, N. y Valdomir, S., “La incidencia de los Tratados de Protección de Inversiones en el MERCOSUR”, Documento de Trabajo 013, CEFIR, 2012.



En este devenir el rol del mercado ha estado en cuestión y por transitiva el rol del Estado. A partir de las crisis de inicios del siglo XXI sobre todo en el cono sur de América del Sur, se retoma la discusión sobre el rol del Estado, se resignifica su papel y alcance. En ese marco los gobiernos de Inácio Lula da Silva en Brasil, Néstor Kirchner en Argentina, Fernando Lugo en Paraguay y Tabaré Vázquez en Uruguay, implementaron (o procuraron implementar) políticas activas de transferencia del Estado a la sociedad con la igualdad, la equidad y la atención a la emergencia social como focos de prioridad. La izquierda política en América Latina y sobre todo, en el cono sur de América del Sur ha insistido en el papel del Estado y su alcance en las políticas económicas, claro sector que se ha relegado a la influencia del mercado.

En materia de derechos y políticas públicas, estos gobiernos asumidos a inicios del siglo XXI realizaron importantes esfuerzos en la incorporación de derechos de nueva generación. En el discurso también se atendió la necesidad del desarrollo productivo, de la industrialización, de la modernización y reforma del Estado, la aplicación de tecnologías eficientes, la promoción de la integración regional como estrategia de inserción internacional, entre otros. En todos estos frentes, el Estado cumplía un rol activo diseñando, gerenciando, implementando, controlando y evaluando.

Sin embargo, esta evolución en las políticas, la expansión de la agenda de derechos, el reconocimiento de importantes sectores de la población sumidos en la pobreza, la indigencia y la marginación y con las inequidades asociadas a estas vulnerabilidades, el papel central y protagónico que comenzaron a tener jefaturas de Estado y elencos políticos en introducir en la agenda temáticas de interés público, social y político, ha comenzado a verse cuestionada por instrumentos internacionales validados por los Estados nacionales.

> CASOS E IMPACTOS: DE LAS AMENAZAS A LAS DEMANDAS

1. Derecho a la Alimentación: mercantilización de la tierra, los alimentos y la soberanía

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce el Derecho a la Alimentación (DA). En 1966 lo incluye también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A nivel regional y nacional está incluido como tal en tratados y constituciones: *“Todos los seres humanos, independientemente de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro orden, origen nacional o social, posesiones, nacimiento u otra condición, tienen derecho a la alimentación adecuada y el derecho de vivir libres del hambre”*². A pesar de los textos jurídicos que amparan el DA, son millones las personas que sufren hambre en el mundo y paradójicamente la enorme mayoría constituyen trabajadores agrícolas y pequeños productores.

En este debate comenzó a ser importante la necesidad de incluir el papel de los actores empresariales cuyos intereses están siempre en la agenda cuando se habla de la producción de alimentos y el acceso a la tierra. En 2009 el Relator Especial de Naciones Unidas para el DA organiza una conferencia multipartes para analizar el impacto que las ETN están teniendo en el sistema de producción y distribución de alimentos. El informe destaca que las ETN tienen la habilidad para fijar precios y que inciden en el DA capturando mercados y generando concentración. Estos actores no están sujetos al contralor público ni a la presión de los consumidores porque en su gran mayoría no están en contacto directo con el consumidor final.

2. “El derecho a la alimentación adecuada”, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Folleto Informativo N° 34, Naciones Unidas, 2010.



Históricamente, al marco internacional de derechos humanos se lo ha señalado por sus escasos aportes en señalar a las ETN como responsables en no garantizar el DA. Sin embargo, gracias a los esfuerzos de los últimos años sobre todo provenientes de movimientos de campesinos y campesinas y organizaciones y movimientos sociales, se ha desarrollado sustancialmente el DA en numerosos acuerdos jurídicos en el marco internacional vigente de derechos humanos³.

La soberanía en la implementación de políticas públicas para la producción de alimentos: la Política Agrícola Común de la Unión Europea

Las políticas públicas asociadas a la cadena alimentaria son trascendentales en tanto determinan la capacidad del país de autoabastecerse de alimentos y no depender de la importación de los mismos. La dependencia de la importación de alimentos pone en riesgo la estabilidad económica, social y política de un país y lo coloca en un estado de extrema vulnerabilidad frente a un contexto de crisis alimentaria. Son vastos los ejemplos de países y bloques que han prestado particular atención a sus políticas agrícolas desarrollando estrategias para el desarrollo y promoción de los agricultores domésticos, con subsidios asociados incluso hasta la etapa de exportación. Este tipo de políticas e instrumentos son hoy puestos en tela de juicio y señalados como opositores a los preceptos del libre comercio y el trato no discriminatorio. La Unión Europea (UE) con su Política Agrícola Común (PAC) es un claro ejemplo de estrategia de estímulo a la producción interna de alimentos. La UE incorporó esta política en 1957 cuando era un bloque que dependía de la importación de productos agrícolas. El objetivo de esta política fue buscar el autoabastecimiento y disminuir paulatinamente la dependencia de la importación. Recién en 1990, la UE como bloque comenzó a ser exportadora de productos agrícolas. Como exportadora de productos agrícolas, la UE se convirtió en un socio muy competitivo producto de los enormes subsidios, apoyos y políticas de protección. Cuando esto ocurría también iniciaron las negociaciones de la Ronda Uruguay que da inicio a la OMC y en estos foros de negociación la UE defendió el derecho de los países a desarrollar políticas agrícolas domésticas debido a la importancia estratégica que tiene el autoabastecimiento y la protección de los productores domésticos frente a competidores extranjeros.

La Soberanía Alimentaria, concepto construido por organizaciones y movimientos campesinos y sociales, expone una fuerte crítica a la actual forma de producción de los alimentos, al acceso a la tierra y a los usos que se hace de la misma, entre otras cuestiones. El DA implícitamente comprende el cómo y dónde se producen los alimentos al señalar cómo las ETN afectan la cadena alimentaria. Esto último alude al debate respecto al acceso a la tierra y la propiedad de la misma. En los últimos años y aún cuando esta tendencia no es señalada como un fenómeno nuevo, se viene denunciando el ritmo y la extensión con la cual se produce el “acaparamiento de tierras” principalmente en países africanos, asiáticos y de América Latina.

3. En este sentido se puede señalar: la inclusión del concepto de Soberanía Alimentaria en las constituciones nacionales de países de América Latina, el Caribe, África y Asia, la afirmación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conectando los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras ocupadas por la industria extractiva, informes del Relator Especial de Naciones Unidas para el DA que promueven modelos de producción agrícola que protejan a los pequeños productores y reconozcan el acceso que éstos tienen sobre los recursos productivos, las Directrices sobre la tenencia de la tierra del Comité de Seguridad Alimentaria Mundial de la Oficina de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y las iniciativas de alcanzar una Declaración que aborde los derechos de los campesinos en el marco del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Ejemplos mencionados en: “Licencia para acaparar. Cómo las normas internacionales de inversión socavan la justicia agraria”, Transnational Institute (TNI), Enero 2015.



Este fenómeno comenzó a observarse sobre todo a partir de los años 2007-2008 cuando los precios de los alimentos comienzan a subir exponencialmente. La especulación con el precio de la tierra, la extensión de monocultivos orientados a la exportación de commodities al mundo desarrollado, la cotización en bolsa de los granos y su creciente financierización, la imposición del uso de agrocombustibles para sustituir el uso del petróleo, son algunos de los factores que provocaron el alza de los precios de los alimentos. La lógica de utilizar productos agrícolas para la generación de energía “alternativa” también se impuso como tendencia generando una nueva presión sobre el precio y disponibilidad de la tierra. La tierra pasa entonces a ser un bien valorizado económicamente para el cual los inversionistas encontraron múltiples destinos: compra directa, arrendamiento para producción de soja y trigo, compra y fraccionamiento para vender la tierra parcelada, otros. Este fenómeno trajo como consecuencia el encarecimiento de la tierra y estranguló la actividad de *pequeños productores y agricultores familiares*. *El acaparamiento entonces ocurre “a través de privatizaciones y de reclamaciones de titularidad pública y posterior venta o arrendamiento de terrenos a largo plazo, a 30, 50 o incluso 99 años renovables”*.⁴

La tendencia a la firma de tratados de promoción y protección de inversiones⁵ también ha venido consolidando una tendencia al acaparamiento de tierras y de los bienes naturales que crecen en ellas. En estos casos la inversión extranjera directa (IED) a través de inversiones en tierras públicas y privadas también se ha beneficiado de este tipo de tratados. La liberalización de las inversiones vinculadas a la tierra y la existencia de marcos legales rígidos que imponen a los Estados la lógica de los intereses de los inversionistas, tiene importantes consecuencias en el manejo que los Estados hacen de la tierra, en la soberanía alimentaria y en las posibilidades de los gobiernos de implementar políticas de gobernanza sobre la propiedad de la tierra y el uso que se le da.

La promoción y protección de inversiones vinculadas a la tierra ha promovido la mercantilización de la misma y de la naturaleza, incluyendo la lógica del capital y de los intereses de los inversionistas en los debates sobre acceso a la tierra, reforma agraria, extranjerización, expansión de los monocultivos, semillas transgénicas, etc. Genera importantes limitantes para los gobiernos en la promoción de la agricultura familiar y de alternativas sustentables pensadas desde un enfoque de derechos.

En la nota titulada “Muertes Globales”, su autor, Gustavo Duch describe con elocuencia cómo la especulación impacta en los precios de los alimentos y tanto éstos como la tierra y sus usos pasan a ser bienes mercantiles sometidos a la lógica del mercado: “[...] *¿Dónde invertir? Las curvas de los granos básicos están, a su gusto, demasiado planas. Toma el teléfono y en segundos las agencias de prensa ofrecen nuevos titulares: graves sequías en países asiáticos; un informe de una agencia internacional alerta de un próximo déficit de alimentos en un planeta de 7.000 millones de personas; se constata un importante aumento del consumo de carne; en Europa se estudia incrementar el uso de agrocombustibles... Se anuda la corbata para salir al despacho a pocas calles de la central de Bolsa en Chicago, y de reojo vuelve a mirar la pantalla. Sonríe, la curva de los precios del grano apunta ya claramente hacia arriba [...]*”⁶.

4. Transnational Institute (TNI). Idem Nota al Pie N°2.

5. El entramado de acuerdos de inversión alcanza más de 3200 tratados de inversión, la mayor parte de estos constituyen tratados bilaterales de inversión. Pietje Vervest y Timothé Feodoroff, “Licencia para acaparar. Cómo las normas internacionales de inversión socavan la justicia agraria”, Transnational Institute (TNI), Enero 2015.

6. Nota de prensa. Gustavo Duch, “Muertes Globales”, 22 de Noviembre 2011. Disponible en: <https://gustavoduch.wordpress.com>



Etiquetado de transgénicos: la amenaza a los intereses corporativos

En Diciembre de 2013, la Intendencia de Montevideo aprueba un decreto departamental por el cual se obliga al etiquetado de productos alimenticios que contengan transgénicos. La resolución se incluye dentro de las normativas bromatológicas de la ciudad de Montevideo: “los alimentos que han sido manipulados genéticamente o que contienen uno o más ingredientes provenientes de éstos que superen el 1% del total de componentes, deberán ser etiquetados especialmente”. La normativa excluye los alimentos comercializados en restaurantes y las levaduras u otras enzimas. Este decreto se reglamenta en Septiembre de 2014 y se estableció que el 1 de Enero de 2015 comenzarían los controles en los puntos de venta.

El objetivo que orientó esta reglamentación se basa en el derecho del consumidor a saber lo que está consumiendo (en este caso, comiendo). Derecho que además está amparado en la Ley de Defensa del Consumidor. Uruguay no es el único ni el primer país en implementar legislación obligando el etiquetado de transgénicos. Más de 60 países, incluyendo la Unión Europea, Corea del Sur, Japón, Australia, India, China y Brasil cuentan con normativas que obligan el etiquetado advirtiendo la presencia de transgénicos. No pasó mucho tiempo hasta que las empresas importadoras de alimentos con contenidos transgénicos realizaran movimientos tácticos buscando incidir en esta decisión argumentando a favor de sus intereses corporativos. En marzo de 2015, la Intendencia de Montevideo decide flexibilizar los plazos establecidos en la normativa a pedido de varias empresas de alimentos -dos líderes mundiales en el rubro como Nestlé y Pepsico- que argumentaban no poder cumplir con los plazos establecidos y que la normativa y el poder público que lo impulsa manifiesta una voluntad en contra de los transgénicos que atenta contra sus intereses.

Además de poner en cuestión el rango jurídico y el alcance que tiene al ser ésta una normativa de carácter municipal y no nacional, las empresas también sostienen que el etiquetado opera como una suerte de “barrera no arancelaria” y por tanto plausible de ser denunciada como tal frente a los organismos que regulan el libre comercio.

De seguir adelante con esta estrategia las empresas podrían presentarse ante la OMC o frente a algún tribunal arbitral con jurisdicción de los sendos Tratados Bilaterales de Inversión que tiene Uruguay, alegando que el gobierno departamental está imponiendo una barrera no arancelaria que discrimina la entrada de su producto al mercado nacional o, que se ve afectada su marca porque el etiquetado asocia los transgénicos con un elemento nocivo para la salud.

Información extraída de:

1. Nota de Prensa “Léase al dorso. Se aprobó etiquetado de transgénicos en alimentos en la capital uruguaya; el objetivo es prohibirlos”, Radio Mundo Real, 21 de Enero de 2014. www.radiomundoreal.fm
2. Nota de Prensa “Difícil de digerir”, Caras y Caretas Edición Online, 8 de Febrero de 2015. <http://www.carasycaretas.com.uy/>



2. Derecho a la Salud: la política sanitaria es llevada a juicio en Uruguay

El Derecho a la Salud –en tanto indispensable para la realización del derecho a la vida- está consagrado en el sistema de Convenciones de Derechos Humanos, a nivel universal e interamericano, y previsto al más alto nivel constitucional de los Estados en nuestra región⁷. En ese marco se establece la obligación de los Estados de respetar, proteger y cumplir las disposiciones tendientes al pleno goce del derecho a todas las personas sin distinciones⁸.

1. Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PESC), Naciones Unidas.

“[...] el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano [...]”

Observaciones generales respecto al PESC aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

En virtud de ello, el Estado es potencialmente responsable por acción u omisión ante toda situación que configure una violación o menoscabe el derecho de las personas a gozar de su Derecho a la Salud. Esa responsabilidad se manifiesta tanto en lo que los Estados realizan y permiten realizar en su territorio como en aquellas situaciones en las que no actúa, desconociendo sus deberes de proteger y tutelar.

Estas obligaciones, de carácter constitutivo del deber ser de un Estado de Derecho, entran en conflicto con el amplio nivel de protección que los Estados se obligan a otorgar a las empresas extranjeras en materia de los TBI y contenidos similares en otros acuerdos de libre comercio. Estos constituyen verdaderos instrumentos para la preservación de la más amplia discrecionalidad de las empresas en virtud de la cual cualquier acción de la autoridad pública puede ser interpretada como violatoria de sus “derechos” de inversión, incluso aquellas relacionadas con el Derecho a la Salud y la Vida de las personas.

Mientras las obligaciones emanadas de los acuerdos de inversiones imponen al Estado restricciones concretas y ejecutables, la comunidad internacional continúa discutiendo la “justiciabilidad” del Derecho a la Salud y se cuestiona la posibilidad de generar marcos normativos con capacidad punitiva ante aquellos Estados que violen o incumplan su obligación de tutelar y garantizar el pleno goce de los derechos humanos⁹. En junio de 2014 en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se da un pequeño gran paso en ese sentido a partir de la aprobación de una Resolución para la *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*¹⁰, resultado de un intenso proceso de movilización de organizaciones sociales a nivel global.

7. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador".

8. Bohoslavky, J. P. y Justo, J. B., “Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión”, CEPAL, 2011.

9. Ver al respecto el “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, Documento A/69/299, Naciones Unidas, Agosto de 2014.

10. Disponible aquí <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/064/51/PDF/G1406451.pdf?OpenElement>



“[...] Destacando que los Estados tienen la obligación y la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas transnacionales [...]”

A/HRC/26/L.22/Rev.1 Consejo de Derechos Humanos, ONU.

Philip Morris Internacional vs. El derecho a la salud de las y los uruguayos

En febrero de 2010, Philip Morris Internacional (PMI), la principal empresa tabacalera del mundo, entabló una demanda contra el Estado más pequeño del cono sur de América del Sur en virtud de su política antitabaco. En el marco de sus compromisos emanados del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (CMCT)¹¹ en el año 2008, Uruguay se convierte en el primer país en América Latina en poner en funcionamiento el Convenio al aprobar un marco normativo¹² orientado a reducir la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición a su humo. Las disposiciones se concentran en la prohibición de fumar en los espacios públicos, restricciones en el uso de marcas y denominaciones que puedan ser engañosas, obligación de inclusión de advertencias sanitarias en las casillas y prohibición de publicidad asociada.

Amparándose en el TBI vigente entre Uruguay y Suiza desde 1991 la empresa alega que las disposiciones relativas a las restricciones en cuanto al uso de marcas y la obligación de inclusión de advertencias sanitarias en las casillas violan su derecho al mantenimiento, desarrollo y crecimiento de su inversión mediante un trato injusto y la aplicación de medidas injustificadas que obstaculizan su desempeño. Asimismo, la empresa denuncia un deterioro de su derecho al goce de su propiedad intelectual e industrial con medidas que atribuye a acciones de “expropiación indirecta”¹³.

A pesar de que el TBI Uruguay- Suiza no reconoce al CIADI como foro competente para la resolución de disputas, PMI presenta allí su demanda, en una interpretación extensiva de la aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida incluida en el tratado. En julio de 2013 el CIADI acepta su jurisdicción ya que entiende que la empresa sufrió denegación de justicia en Uruguay.

En su artículo segundo, el TBI reconoce a texto expreso la potestad del Estado de restringir la realización de actividades económicas por razones de salud pública. Las más de 6.500 muertes que se producen por año a partir de enfermedades ocasionadas por el tabaquismo en Uruguay parecen no ser suficientes para la tipificación de esta situación como de interés para la salud pública¹⁴.

En pocos años de implementación, la política de combate al tabaquismo, hoy en tela de juicio, arrojó resultados realmente auspiciosos: Uruguay se colocó como el primer país latinoamericano libre de humo de tabaco en los lugares públicos; entre 2006 y 2014, la cantidad de fumadores adultos descendió de 40% a 23%; el consumo se redujo en un promedio de 23% entre 2005 y 2011 y disminuyó la prevalencia del tabaquismo entre las mujeres embarazadas con impacto en un aumento del peso promedio de los recién nacidos así como otros beneficios en materia neonatal¹⁵.

11. Vigente desde 2005 para los 168 países signatarios.

12. Ley N° 18.256 y Decretos reglamentarios 287/09, 466/09 y 514/09.

13. Artículos 3.1 y 5.1 del TBI y Acuerdo en el marco de la OMC relativo a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC).

14. Cifras oficiales del Ministerio de Salud Pública <http://www.msp.gub.uy/noticia/el-h%C3%A1bito-del-tabaco-a%C3%BAn-causa-unas-6500-muertes-por-a%C3%B1o-en-uruguay>

15. Ver al respecto Nota de Prensa “Uruguay encara a Philip Morris”, Proceso, México, 20 de Marzo de 2015. www.proceso.com.mx



Estamos ante un típico caso de David vs. Goliat: los ingresos de PMI para el año 2011 se estiman en 76.340 millones de dólares, mientras que en 2013 el PBI de Uruguay se colocó apenas por encima de los 45.000 millones. Si bien la demanda se inició con un pedido de indemnización de 2.000 millones de dólares por parte de la empresa, el monto terminó siendo de unos 25 millones.

La insignificancia del mercado uruguayo para el gigante del tabaco, el exiguo monto demandado para las finanzas de la empresa, lleva a pensar que la demanda esté motivada por una intención ejemplificante, una movida rápida ante el primer Estado en la región que se atrevió a implementar el tratado internacional en materia de salud pública.

El conflicto entre las obligaciones emanadas del marco internacional relacionado con los derechos humanos y el esquema de protección de los intereses de los inversionistas queda de manifiesto en este caso. El Convenio Marco de Control del Tabaco es el primer y único tratado internacional en materia de Salud Pública en la órbita de la Organización Mundial de la Salud. Philip Morris pretende poner en tela de juicio su efectividad y tiene herramientas de las cuales valerse.

3. El costo y beneficio de la amenaza: Farmashop y DirecTV

La efectividad de la herramienta no siempre está asociada con su uso específico, en muchos casos la mera posibilidad de su implementación genera efectos concretos y a un plazo más inmediato. Existe consenso sobre la idea de que la simple posibilidad de activar el mecanismo y llevar a juicio al Estado ante cualquier medida que el inversor interprete como un menoscabo en sus derechos de explotación económica puede operar en muchos casos como un elemento disuasorio en el ejercicio de su potestad de regulación, protección y tutela pública.

En un informe en el que se analiza el derecho humano al acceso al agua y la incidencia de los arbitrajes internacionales en materia de inversiones vinculadas al sector la CEPAL denomina este mecanismo como “enfriamiento regulatorio”. Se describe como la reticencia que experimentan algunas agencias del Estado para promover el desarrollo legislativo o regulatorio de forma de avanzar en la garantía y protección de mayores derechos ante la presión que significa la amenaza de un juicio internacional.

Las excepcionales posibilidades de victoria de la política pública frente al sesgo pro inversionista del esquema de arbitraje, junto el alto costo en términos económicos y políticos que conllevan estos procedimientos son los elementos centrales del “mecanismo de disuasión”. Las empresas son plenamente conscientes de sus instrumentos y se valen de ellos operando en una forma bastante clara. Dos sucesos ocurridos en los últimos meses en Uruguay ofrecen ejemplos de utilidad para ejemplificar lo antedicho.

En noviembre de 2013 el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto 369/013 que regula la actividad farmacéutica, limitando la cantidad de establecimientos a ser controlados por persona física, jurídica o grupo económico. El objetivo de la disposición es evitar la posibilidad de que determinadas entidades detenten una posición de mercado dominante que pueda afectar la accesibilidad y asequibilidad de los medicamentos por parte de la población. Se trata de una medida de política en materia de salud pública emanada de la potestad regulatoria que el Estado posee en virtud de su deber de proteger la vida y salud de sus habitantes, tal como se desprende de la Constitución de la República y el sistema Internacional de protección a los Derechos Humanos del que el Estado es parte.

La publicidad del Decreto puso en acción a las dos firmas farmacéuticas mayoritarias en el mercado uruguayo. A la vez que activaron el mecanismo de recurso administrativo a la normativa a nivel nacional, la firma extranjera -Linzor Capital Partners- comenzó a difundir en la prensa su intención de analizar la presentación de una demanda ante el CIADI, presuntamente al amparo del TBI de Uruguay y Chile (vigente desde 2011), país donde el grupo inversor tiene filial. Más recientemente, en Diciembre de 2014 el gobierno uruguayo aprueba la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley N° 19.307), luego de un muy intenso proceso de discusión que involucró a todo el espectro político, el ámbito académico así como a diversas organizaciones sociales y empresariales.



La ley define a los servicios de comunicación audiovisual como de interés público al identificarlos como uno de los “principales medios de información social” que hace posible el ejercicio pleno de la libertad de expresión de la ciudadanía, promueven la identidad y diversidad cultural y favorecen la promoción de la “convivencia, la integración social, la igualdad, el pluralismo y los valores democráticos”. En este marco, la potestad regulatoria del Estado se coloca entre su obligación a promover y garantizar el derecho a la libertad de expresión y el derecho de acceso por parte de la sociedad a todo tipo de “informaciones e ideas”.

La ley establece regulaciones respecto a los contenidos (estableciendo la prohibición de contenidos discriminatorios, violentos), regula la exposición de menores de edad, promueve la generación de contenidos locales, promoción de contenidos educativos y de interés general, promoción de la comunicación como forma de inclusión social, entre otros aspectos. Asimismo, establece un capítulo de “promoción de la diversidad y el pluralismo” en el que busca reducir la existencia de monopolios u oligopolios en la titularidad de los servicios de comunicación en pos del pleno ejercicio del Derecho a la Información de las personas. El artículo 55 de la ley limita la cantidad de abonados que pueden tener las empresas operadoras de cable a nivel nacional – no podrán concentrar más del 25% del mercado- y a nivel local – no más del 35%- . Este es el capítulo contra el cual la empresa ha centrado sus ataques.

DirecTV, empresa de capitales estadounidenses, única que tiene autorización para prestar servicios en todo el territorio nacional, asumió la ley como un ataque directo a su desempeño comercial en Uruguay y comenzó un recorrido de imputación a la nueva normativa nacional. En forma similar a lo descrito en el anterior caso de Farmashop, DirecTV inició un recurso de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, impugnando 27 de los 98 artículos que tiene la norma. Los cuestionamientos se realizaban tanto en disposiciones relativas a los contenidos de programación como a las de capacidad de operación en el sector de telecomunicaciones o de concentración del mercado. Es en este último aspecto en el que la empresa se concentra para iniciar su táctica de amenaza al Estado uruguayo con el inicio de un juicio en el ámbito del CIADI.

La empresa se ampara en las disposiciones del TBI vigente entre los Estados Unidos y Uruguay desde octubre de 2006 y denuncia que la iniciativa de limitar su capacidad de expansión en el mercado uruguayo constituye una expropiación indirecta, práctica prohibida en el tratado en cuestión y en gran parte de este tipo de acuerdos.

La práctica de las empresas en ambos casos reseñados es idéntica: inicio de procedimientos en el ámbito administrativo o judicial local, construcción de una posición de denuncia de la normativa y disputa con las autoridades locales y amenaza con el recurso a ámbitos internacionales de solución de disputa inversionista-Estado (en ambos casos el CIADI, nuevo viejo conocido del Estado uruguayo). También en ambos casos las posiciones de las empresas logran rápida difusión pública en los medios de información nacional.

Aunque expresadas en diversa forma, ambos movimientos empresariales tuvieron algún tipo de repercusión en los espacios de construcción de la política pública. En el caso de la normativa en materia de actividad farmacéutica, si bien no se ha expedido el tribunal administrativo competente y no se registraron modificaciones concretas en la normativa cuestionada, la amenaza de la empresa repercutió en declaraciones de autoridades gubernamentales que planteaban la voluntad de revisar el decreto en forma casi inmediata.¹⁶ Es posible especular que el panorama electoral y el cambio de gobierno que se avecinaba incidieron en que no se materializase tal voluntad de revisión.

En el caso de DirecTV si bien las medidas emprendidas por la empresa en el ámbito de la justicia local han sido determinantes para la demora en la reglamentación de los artículos de la ley que así lo requieren¹⁷, no es posible descartar que la amenaza de recurso al sistema internacional de arbitraje incida en alguna medida en los tomadores de decisión involucrados en la resolución de la situación. Finalmente, no es osado aventurar que la resolución de la Suprema Corte de Justicia uruguayo sea el determinante final de la decisión de la empresa por la cual el Estado uruguayo podrá ser llevado nuevamente a “juicio”.

16. Ver al respecto: Nota de Prensa “Gobierno modificará decreto que impide oligopolios de farmacias”, El Observador, 3 de Agosto de 2014 y “Farmashop no detendrá su demanda internacional a menos que el Estado derogue decreto”, El Observador, 4 de Agosto de 2014. www.elobservador.com.uy

17. Ver al respecto Nota de Prensa “Vázquez anunció que reglamentará la ley de comunicación audiovisual si la Suprema Corte de Justicia no se expide antes de mediados del año”, Infocóm – Portal de Políticas de Información y Comunicación en Uruguay, 20 de Marzo de 2015. www.infocom.org.uy



Conclusiones

“Vivimos en un mundo cada vez más globalizado” es casi que la frase célebre de todo actor político al iniciar un discurso frente a un público nacional o internacional. En el plano doméstico, y particularmente en el caso de Uruguay, esta frase se traduce inmediatamente en elogios a la inserción internacional flexible, pragmática y de agenda “abierta” para el comercio. En este discurso, pocas veces se mencionan los axiomas y principios bajo los cuales las negociaciones comerciales en este mundo tan globalizado tienen lugar. Es aquí donde se alojan las reglas, normas y condiciones (condicionamientos) al espacio de la política para los Estados nacionales.

Los axiomas del libre comercio no han sido despojados de sus mitos aunque sí aparecen tímidas estrategias alternativas que muestran el espacio de innovación que es posible alcanzar cuando se negocia “entre iguales”, entre países que comparten un acercamiento al mundo desarrollado capitalista desde la “eterna periferia”. Ejemplos de esto último son las iniciativas que Brasil ha implementado con algunos países africanos en la firma de tratados de inversión sin disposiciones de solución de controversias inversor-estado o, los intentos de construcción de un espacio productivo, económico y social a los inicios de la etapa de gobiernos progresistas en el MERCOSUR.

Los principios incontestables que dirigen la negociación comercial internacional admiten explícitamente que el desarrollo es un estadio de privilegio reservado para aquellos países que primero lo alcanzaron. Al alcanzar este estadio estos países impulsaron agresivamente la desregulación, la flexibilización laboral, la liberalización comercial y de las inversiones y la regulación en materia de propiedad intelectual. Este conjunto de países que tuvieron la oportunidad de “patear la escalera”¹⁸ hacia el desarrollo antes de que el resto de los países –enorme mayoría- pudiera alcanzarlo, alojan a las casas matrices de miles de ETN que operan en este esquema como agentes de imposición de estos axiomas y principios.

Los Estados nacionales del mundo desarrollado construyeron las reglas, normas y condiciones de las que las ETN se sirven para promover y garantizar sus inversiones. La lógica bajo la cual operan estas empresas es estratégica y medida. Se podría elegir uno de los tantos Derechos que son consagrados en el marco internacional como Derechos Humanos y encontrar alguna política que lo ampara que puede estar siendo puesta en consideración por los intereses de los inversionistas. El Derecho a la Alimentación, el Derecho a la Salud (y a la Vida), el Derecho a la Información, están amparados en múltiples marcos legales, no solo en las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos. Las políticas públicas nacionales de países como Uruguay se han expedido engrosando y enriqueciendo el entramado legal nacional para dar cobertura a estos derechos desde los principios de la equidad y la igualdad.

Es en este punto medular del espacio de la política a donde impactan de forma directa los instrumentos de promoción y protección de inversiones y los acuerdos de tipo Tratado de Libre Comercio (sean estos birregionales o bilaterales). Estos instrumentos promueven el interés de los inversionistas por encima del interés de la ciudadanía y de los pueblos permitiendo colocar “la inversión” en un nivel equiparable al de un Estado soberano con un gobierno elegido democráticamente. Debatir acerca de estos instrumentos necesariamente implica hablar en términos de legitimidad.

La gobernanza global amparada sobre todo en las Naciones Unidas y sus oficinas, han venido señalando con cada vez más énfasis el impacto que las ETN están teniendo en la agenda de derechos humanos y las políticas públicas de los Estados nacionales. Detrás –y apalancándolas- se han venido sosteniendo movimientos y organizaciones sociales y ambientalistas que defienden los derechos y los intereses de los pueblos.

Muy recientemente, un grupo de expertos de Naciones Unidas se expidió públicamente alertando y llamando la atención acerca de cómo operan estos instrumentos de comercio e inversión en los Derechos Humanos de los países: *“Nuestras preocupaciones están relacionadas al Derecho a la Vida, la Alimentación, el Agua y al Saneamiento, la Salud, la Vivienda, la Educación, la Ciencia y la Cultura, mejora de los estándares laborales, una justicia independiente, un medio ambiente limpio y al Derecho a no ser sometido al realojamiento forzoso”*¹⁹.

18. Célebre expresión utilizada por el economista coreano crítico del neoliberalismo Ja-Joon Chang. Chang, H.-J. “Kicking away the ladder: Development strategy in historical perspective”, London, Anthem, 2010.

19. Comunicado público “UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights”, Ginebra, 2 de Junio de 2015. Traducción propia. Disponible en: <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E>



Los puntos neurálgicos que son señalados entre los contenidos de estos instrumentos se dirigen, todos, en la misma dirección que los argumentos planteados en las páginas anteriores y que demuestran el impacto que en conjunto, instrumentos y ETN, tienen en el detrimento de los Derechos Humanos: *“Los Mecanismos de Solución de Controversias Inversor-Estado incluidos en los capítulos de los TBI y TLC también son de preocupación creciente dada la experiencia de décadas de arbitrajes frente a tribunales de solución de controversias Inversor-Estado. La experiencia demuestra que la función de regulación de muchos Estados y su habilidad para legislar en el interés público han sido puestos en riesgo”*²⁰.

El pronunciamiento es elocuente en cuanto al impacto que estos instrumentos y sus contenidos tienen en la capacidad para llevar adelante las funciones medulares de un Estado en materia de políticas públicas. Existe una real asimetría en este esquema de globalización: los Estados son sometidos al escrutinio público, al voto democrático de sus ciudadanos, a las obligaciones de garantizar los Derechos de sus poblaciones, son exigibles ante numerosos tribunales y puestos a prueba en sendos marcos internacionales con la gobernanza global como espectadora. Sin embargo, el poder corporativo ha visto garantizados sus intereses e inversiones y tiene como derecho casi incontestable la utilización de estos instrumentos para la extorsión de las políticas y el poder público.

El Estado ha vuelto al centro pero bajo la arremetida del poder corporativo.

20. Idem Nota al Pie N° 18. Traducción propia.



Notas Bibliográficas

Caetano, Carrau y Luján, “*Las negociaciones entre el MERCOSUR y la Unión Europea de cara al 2010*” en: Caetano, G. (coord.), “*Las negociaciones entre América Latina y el Caribe con la Unión Europea: Posibilidades e incertidumbres en el 2010*”, Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR), 2010.

Carrau, N. y Valdomir, S., “*La incidencia de los Tratados de Protección de Inversiones en el MERCOSUR*”, Documento de Trabajo 013, Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR), 2012.

Transnational Institute, “*El acaparamiento global de tierras. Guía Básica*”, TNI-FUHEM Ecosocial, Segunda Edición, Madrid, 2013.

Pietje Vervest y Timothé Feodoroff, “*Licencia para acaparar. Cómo las normas internacionales de inversión socavan la justicia agraria*”, Transnational Institute (TNI), Enero 2015.

Naciones Unidas, “*Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, Documento A/69/299, Agosto de 2014.

Organización Mundial del Comercio, Acuerdo relativo a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC), 15 de Abril de 1994.

Tratado Bilateral de Inversiones entre Estados Unidos y Uruguay.

Tratado Bilateral de Inversiones entre Suiza y Uruguay, Artículos 3.1 y 5.1

Notas de Prensa

Nota de prensa “*Muertes Globales*”, Gustavo Duch, 22 de Noviembre 2011. Disponible en: <https://gustavoduch.wordpress.com/2011/11/22/muertes-globales/>

Nota de Prensa “*Léase al dorso. Se aprobó etiquetado de transgénicos en alimentos en la capital uruguaya; el objetivo es prohibirlos*”, Radio Mundo Real, 21 de Enero de 2014. Disponible en: <http://www.radiomundoreal.fm/7355-lease-al-dorso>

Nota de Prensa “*Difícil de digerir*”, Caras y Caretas Edición Online, 8 de Febrero de 2015. <http://www.carasycaretas.com.uy/difencil-de-digerir-2/>

Nota de Prensa “*Uruguay encara a Philip Morris*”, Proceso, México, 20 de Marzo de 2015. <http://www.proceso.com.mx/?p=399004>

Nota de Prensa “*Gobierno modificará decreto que impide oligopolios de farmacias*”, El Observador, 3 de Agosto de 2014. <http://www.elobservador.com.uy/noticia/284690/gobierno-modificara-decreto-que-impide-oligopolios-de-farmacias/>

Nota de Prensa “*Vázquez anunció que reglamentará la ley de comunicación audiovisual si la Suprema Corte de Justicia no se expide antes de mediados del año*”, InfoyCom – Portal de Políticas de Información y Comunicación en Uruguay, 20 de Marzo de 2015. <http://www.infoycom.org.uy/2015/03/vazquez-anuncio-que-reglamentara-la-ley-de-comunicacion-audiovisual-si-la-suprema-corte-de-justicia-no-se-expide-antes-de-mediados-del-ano/>

Nota de Prensa “*Farmashop no detendrá su demanda internacional a menos que el Estado derogue decreto*”, El Observador, 4 de Agosto de 2014. <http://www.elobservador.com.uy/noticia/284784/farmashop-no-detendra-su-demanda-internacional-a-menos-que-el-estado-derogue-decreto-/>

Comunicado público “*UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights*”, Ginebra, 2 de Junio de 2015. Disponible en: <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E>



De cuando la amenaza se hace demanda:
el impacto de las reglas de inversiones en las políticas públicas y los derechos

Lic. Viviana Barreto
Lic. Natalia Carrau
REDES - AT