

¡Soberanía de los pueblos o intereses empresariales!

Los mecanismos de arreglos de diferencias Inversor-Estado y
sus impactos sobre los derechos humanos y el ambiente.





"Algunas empresas transnacionales se adueñan de nuestros recursos naturales, privatizan los servicios básicos, no pagan impuestos y luego, cuando no tienen argumentos para defenderse, recurren al llamado CIADI. Y después, en ese tribunal, ningún país gana frente a las transnacionales. Entonces, ¿para qué necesitamos un CIADI donde sólo ganan las empresas transnacionales que engañan a los pueblos?".

Presidente Evo Morales.

Con el apoyo de:  HEINRICH BÖLL STIFTUNG



SOBERANÍA DE LOS PUEBLOS O INTERESES EMPRESARIALES



**Los mecanismos de arreglos
de diferencias Inversor – Estado
y sus impactos sobre los derechos
humanos y el ambiente**



Edición general: Sebastián Valdomir & Carlos Santos

Redacción: Carolina Fairstein, Martín Drago Antúnez, Guillermo García Duchini, Sebastián Valdomir, José María Villalta, Patricia Gainza, Equipo de Análisis del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia, Movimiento Boliviano por la Soberanía y la Integración Solidaria de los Pueblos – Contra el TLC y el ALCA

Corrección: Pablo Cardozo

Diagramación: Javier Fraga

Diseño de Tapa: Nicolás Medina

Dibujo de Contratapa: Retrato de un Pueblo – Walter Solón Romero, maestro muralista. Realizado entre 1985 y 1989 en el Salón de Honor de la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz, Bolivia). Gentileza y aporte de la Fundación Solón de Bolivia a esta publicación y a la lucha por la emancipación de nuestros pueblos.

Índice general

Introducción

El sistema jurídico de protección de inversiones: un “traje a medida” para las corporaciones transnacionales.....	9
--	---

Capítulo 1

El CIADI y sus repercusiones sobre el derecho público internacional

¿Qué es el CIADI?	15
Los recursos nacionales, la globalización, el CIADI y otros tribunales internacionales: Aquella justicia que era nuestra.....	23

Capítulo 2

¿Cómo se llega ante las puertas del CIADI?

Tratado de Protección de Inversiones Uruguay – Estados Unidos; una mirada desde la experiencia mexicana en el TLCAN.....	35
Argentina ante el CIADI; ultima escena del ciclo de privatización y pobreza.....	47
Acuerdos de Asociación Económica (EPA): La estrategia de la Unión Europea.....	55
Uruguay como país anfitrión: Botnia y el Banco Nórdico de Inversiones.....	61
El significado estratégico de que un país se anime a denunciar al CIADI.....	71
CIADI/Telecom Italia: otro ataque a Bolivia.....	79
El caso Harken contra Costa Rica.....	85

Capítulo 3

Las alternativas

Introducción: Las alternativas: salirse del CIADI.....	99
Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado.....	103
Tratado de Comercio de los Pueblos, la alternativa a los TLC.....	131



Introducción



El sistema de protección de inversiones: un “traje a medida” para las corporaciones transnacionales

En los últimos años, por la vía de los hechos se ha ido construyendo un sistema jurídico de protección de los intereses de las grandes empresas transnacionales, avasallando los derechos humanos y ambientales.

Llamados Tratados de “Protección de Inversiones” o de “Libre Comercio”, estos sistemas han relegado a un segundo plano las disposiciones consagradas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o de Medio Ambiente; aunque en la teoría estos tratados se encuentran a un mismo nivel jurídico, en la práctica son los grandes actores económicos o quienes defienden sus intereses, quienes realmente pueden poner en marcha estos mecanismos.

El economista salvadoreño Raúl Moreno, afirma que de cierta manera las Instituciones Financieras Internacionales son como “sastres”, que se han encargado de desarrollar “trajes a medida” –precisamente, estos tratados supuestamente “de inversiones” o “de comercio”- para las grandes empresas transnacionales.

Los días 19 y 20 de marzo de 2007, REDES - Amigos de la Tierra Uruguay conjuntamente con Amigos de la Tierra Internacional, realizó un Taller con participantes de diferentes partes del mundo, para explorar los alcances, impactos y posibles estrategias de resistencia al avance de estos acuerdos. El día 21 de marzo se desarrolló una actividad en la Sala Maggiolo de la Universidad de la República de Uruguay, donde se expusieron casos como los que enfrentan Argentina y Bolivia ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, los alcances de las situaciones de Costa Rica y Malasia en el marco de negociaciones de Acuerdos de Libre Comercio con Estados Unidos y la situación específica de Uruguay en este contexto.

La presente publicación de REDES - AT Uruguay, la Fundación Solón de Bolivia y el Movimiento Boliviano por la Soberanía y la Integración Solidaria de los Pueblos – Contra el TLC y el ALCA, es posible por el apoyo de la Fun-

dación Heinrich Böell, y procura sistematizar las exposiciones y discusiones que se dieron en el marco de estas actividades y en el proceso de lucha regional por las alternativas que se presentan desde los movimientos sociales para un sistema de comercio orientado hacia los intereses de los pueblos. Por otra parte, los textos aquí reunidos pretenden dar una visión amplia sobre los tipos de mecanismos que se han desarrollado para defender los intereses de las empresas transnacionales y la manera en que esto ha impactado negativamente sobre los derechos humanos y ambientales¹.

¿Qué son los mecanismos inversor-Estado?

A la mundialización comercial y financiera se ha integrado, en las últimas décadas, la internacionalización del capital productivo, siendo la fuerza determinante la competencia y fusiones entre grandes corporaciones transnacionales que, integrando en un proceso a las estructuras nacionales y el capital internacional, han fortalecido el desarrollo de una cierta globalización –la neoliberal– que se presenta como único modelo viable de “integración” (Olesker, 2001).

Con el argumento de favorecer lo que el Banco Interamericano de Desarrollo denomina “*clima de negocios*”, desde fines de la década de los ochenta, instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio, la Comisión Europea y el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, han venido impulsando diversos mecanismos jurídicos para regular y favorecer las inversiones extranjeras dentro de los Estados nacionales.

Incluidos en variados formatos de Tratados internacionales (tanto bilaterales como multilaterales o regionales) las cláusulas fundamentales de los mecanismos Inversor-Estado son: a) el alcance y definición de inversión extranjera; b) el trato nacional; c) el trato de nación más favorecida; d) el tratamiento justo y equitativo; e) las garantías y la compensación en el caso de expropiación, sea ésta directa o indirecta; f) la garantía de transferencia gratuita de fondos y de repatriaciones de capital y ganancias; y g) disposiciones sobre la solución de controversias, tanto entre Estados como entre inversores y Estados (UNCTAD, 2003). Además se incluyen, la inaplicabilidad de

1. El único texto incluido en la presente publicación que no formó parte de la discusión en el referido taller, es el que corresponde a los “Acuerdos de Asociación Económica” (EPA por su sigla en inglés), la estrategia de la Unión Europea. Agradecemos a la autora, Dot Keet, y al Transnational Institute de Amsterdam por la autorización a reproducir un fragmento de su reporte en este trabajo.

requisitos de rendimiento, la libre contratación, ingreso y salida de personal extranjero y excepciones generales (Ortiz, 2006). Notoriamente, el inversor, más que seguridad jurídica, obtiene derechos especiales ante los Estados y ante los inversores nacionales.

La mayor expresión de este avance neoliberal lo han significado los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), aumentando de unos 400 en la década de los ochenta a más de 1800 en los noventa, para ubicarse actualmente cerca de los 3000. Estos tratados, principalmente suscritos entre Estados, en general contienen cada una de las cláusulas anteriormente señaladas.

Una variante particular de los TBI, son los denominados Tratados Inversor-Estado –o Acuerdos de Concesión– (*HGA* por la sigla del inglés Host Government Agreements). Un HGA es un acuerdo legal entre un inversor extranjero y el gobierno del Estado receptor de la inversión, diseñado para reducir los riesgos financieros y políticos del inversor en el país anfitrión.

Otro tipo de tratados de carácter más general, enfocados en lo comercial, pero con importantes capítulos referidos a la inversión, son los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Acuerdos de Asociación Económica (EPA por la sigla del inglés Economic Partnership Agreement).

Los TLC, básicamente a través de la eliminación o reducción de aranceles aduaneros y de leyes y regulaciones discriminatorias, del avance de las regulaciones sobre Propiedad Intelectual, de la apertura de las Compras Gubernamentales y del fomento de las inversiones, brindando un trato preferencial al inversor extranjero, ayudan -según el gobierno estadounidense- a las compañías de ese país a entrar y competir más fácilmente en el mercado global y a nivelar el campo de juego alentando a los gobiernos extranjeros a adoptar procedimientos de regulación abiertos y transparentes.

Propuestos por la Comisión Europea, los EPA intentan ser Tratados de Libre Comercio entre la Unión Europea y el bloque de los 79 países menos desarrollados de África, el Caribe y el Pacífico, buscando también la liberalización de la inversión, la protección garantizada para la propiedad de las corporaciones europeas y de los Derechos de Propiedad Intelectual, y la apertura del sector servicios y de las compras públicas a las compañías europeas (Keet, 2007).

En las últimas dos décadas, de manera acorde a lo impulsado desde las instituciones internacionales señaladas, los países subdesarrollados han suscrito una gran cantidad de TBI, de TLC o de tratados regionales de comercio. Esta proliferación de mecanismos Inversor-Estado *“tiene un valor estratégico para los países desarrollados, especialmente los principales exportadores de capital”* (Correa, 2004).

Como señalara Pierre Bourdieu en *Las estructuras sociales de la economía*, refiriéndose a los Acuerdos Multilaterales de Inversión², “esa especie de utopía de un mundo desembarazado de todas las restricciones estatales y entregado al solo arbitrio de los inversores permite hacerse una idea del mundo realmente ‘globalizado’ que la internacional conservadora de los directivos y ejecutivos de las multinacionales industriales y financieras de todos los países aspiran a imponer apoyándose en el poder político, diplomático y militar de un Estado imperial reducido a funciones de mantenimiento del orden interior y exterior”³.

2. La OCDE lanzó en 1995, con el objetivo de asimilar internacionalmente las reglas que regían las inversiones, la negociación de un Acuerdo Multilateral de Inversión, abierto también a países no miembros. Las bases del acuerdo eran los altos niveles de liberalización de la inversión y la protección de las mismas, y la fijación de procedimientos efectivos de solución de controversias. Luego de casi tres años de negociaciones, éstas cayeron definitivamente en diciembre de 1998 (Ortiz 2006).

3. Citado en: Ortiz (2006).

Capítulo 1

El CIADI y sus repercusiones sobre el derecho público internacional



¿Qué es el CIADI?

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) es un organismo perteneciente al grupo del Banco Mundial (BM) fundado en 1966. Hasta hoy sus actividades son poco conocidas, a pesar de que las decisiones adoptadas en este ámbito están cambiando el curso de las relaciones económicas mundiales.

El BM es quien creó este mecanismo institucional para dar mayor seguridad a los inversores extranjeros y así promover los flujos de inversión internacional, siempre en el entendido de que contribuyen al desarrollo de los países pobres. Para las corporaciones transnacionales se constituyó en un elemento indispensable ya que según ellos, los sistemas judiciales nacionales de los Estados receptores no les brindaban las garantías adecuadas.

Lo escandaloso de esta nueva dinámica es que las grandes corporaciones transnacionales adoptan el mismo rango que los gobiernos en la arena internacional. Hasta ahora, según las normas del derecho internacional público, los inversores privados no estaban jurídicamente habilitados para emprender acciones directas contra los gobiernos fuera de su territorio cuando consideraban que sus intereses eran afectados por la acción gubernamental. Es más, esos riesgos eran considerados parte del emprendimiento empresarial. El CIADI eleva a las empresas a la misma categoría que los Estados.

El CIADI, como modalidad de resolución de controversias en materia de inversiones, otorga a las corporaciones la posibilidad de demandar a los Estados en la medida en que sus gobiernos impongan cualquier ley o reglamento nacional que afecte negativamente las ganancias de dichas empresas. Además de esto, los inversores no tienen ninguna obligación de agotar los recursos legales nacionales antes de acudir al CIADI, ni tampoco después. Los tribunales nacionales no tienen ninguna función establecida para la revisión de fallos de indemnización ni en ningún otro momento del proceso.

En la década de 1960 y 1970 los países en desarrollo escogieron la industrialización por sustitución de importaciones para lo cual crearon distintas medidas de protección a la industria nacional. Estas medidas y reglamentaciones nacionales como protecciones arancelarias, requisitos de cuota nacional, controles de capital y controles sobre la repatriación de ganancias, reglamentaron el accionar de los inversores extranjeros buscando que la inversión reportara ciertos beneficios para el país receptor. Muchas de estas medidas hoy día serían inaplicables para los mismos Estados nacionales, ya que se convertirían en objeto de graves demandas.

Imperio del CIADI

Actualmente existen más de cien casos pendientes ante este panel de arbitraje. Son reclamos por indemnizaciones de inversores contra gobiernos. Se cree que sumados ascienden a unos 30 000 millones de dólares estadounidenses.

Más de las dos terceras partes de los casos inversor-Estado se presentaron a partir de 2002. Casi la tercera parte de los casos pendientes¹ son demandas contra Argentina (en reclamo por las nacionalizaciones ocurridas en el país como consecuencia de las acciones emprendidas para enfrentar la crisis de aquel año). El número total de demandas conocidas presentadas hasta noviembre de 2006 fue de 255.

El *boom* existente de Tratados de Libre Comercio (TLC) y Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) (mientras que en 1990 existían aproximadamente mil TLCs actualmente existen más de 2500), revitalizó el protagonismo de este panel de arbitraje que desplazó a otros tribunales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Cámara Internacional de Comercio (CIC).

Hasta la década de 1980, estas modalidades no habían tenido éxito en la región debido a que el grueso de los países latinoamericanos se manifestaron en contra apoyándose en la *Doctrina Calvo*. Esta doctrina reflejada en la carta de creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Bogotá 1948, sostiene que “*la jurisdicción de los estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros*”. Por su parte el Pacto de Bogotá, también aprobado en esa instancia, obliga a las partes “*a no intentar reclamación diplomática para proteger nacionales ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional cuando*

1. A febrero de 2007, unos 32 casos sobre un total de 109.

dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales nacionales competentes del Estado respectivo". (García Duchini, 2006).

Los argumentos esgrimidos en su momento se basan en el hecho de que las constituciones nacionales no permiten que tribunales extra-regionales juzguen las conductas de los Estados en el orden interno; significando además una garantía suficiente para los inversores locales y extranjeros. Al mismo tiempo, tampoco se podía administrar otras leyes que las nacionales respectivas de cada territorio. El privilegio que se pretendía otorgar a través de los tratados a los inversores extranjeros a recurrir a tribunales internacionales era considerado claramente inconstitucional, ya que esa no era una posibilidad para los inversores nacionales. Por último, en la mayoría de los casos, las constituciones sí permitían el arbitraje internacional, pero sólo para litigios entre Estados.

Tomadores de decisiones

El CIADI no es un organismo independiente, ni neutral o imparcial para la resolución de querellas internacionales relativas a inversiones. Pertenece al funcionamiento del BM y depende financieramente de él. A tal punto, que es el presidente del Banco, Robert Zoellick, quien preside el Consejo Administrativo del CIADI y el Vicepresidente del primero es el Secretario General del segundo.

Dentro de las potestades del Presidente del Consejo Administrativo del CIADI está la de designar a diez personas en cada uno de los paneles de conciliación y arbitraje en caso de que las partes en disputa no lleguen a un acuerdo. También puede nombrar los integrantes de los comités *ad hoc* y es quien descalifica o no a los árbitros o conciliadores.

Las decisiones finales del BM son tomadas por los 24 directores ejecutivos, asignados por los cinco mayores accionistas: Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia y Reino Unido. Otros países se agrupan y nombran representantes. La capacidad de voto de estos directores es determinada por el porcentaje de capital aportado por los países que representan, y por supuesto los mayores accionistas tienen la mayor cantidad de votos: Estados Unidos un 16%, Japón casi un 8% y Alemania, Francia y Reino Unido aproximadamente un 4% cada uno.

El BM respalda este accionar bajo el citado supuesto básico de que la promoción de inversiones internacionales contribuye al desarrollo y por tanto a la reducción de la pobreza. Esta promoción necesita de ambientes atractivos y seguros para los inversores. Nada dicen sobre las responsabilidades o criterios

bajo los cuales deberían actuar los inversores, por lo que las exigencias sobre responsabilidad son consideradas impedimentos para el desarrollo de este clima favorable y serán vistas como un incumplimiento a los TLC y TBI.

Dentro de los muchos cuestionamientos que recibe el CIADI, está el hecho de que el BM lejos está de la neutralidad, imparcialidad y objetividad que serían necesarias para actuar como árbitro en estas disputas. Además los casos y el desempeño de los inversores deberían ser revisados a la luz del respeto de los criterios básicos de seguridad, salud y protección del medio ambiente. Asimismo, la promoción de políticas de responsabilidad social no deben ser vistas como impedimentos para la generación de un ambiente favorable a la inversión (reglamentaciones sobre contenido nacional, controles sobre repatriación de ganancias, empleo de mano de obra local, pago de impuestos nacionales, control de precios sobre los servicios básicos, etc.), menos aún si recordamos que todas estas medidas fueron utilizadas por los países desarrollados en sus procesos de desarrollo.

¿Conflicto de intereses?

Los inversores que demandan a Estados frente al CIADI pueden ser clientes del propio BM o podrían ser beneficiarios de préstamos otorgados al sector privado por el sub-sector del propio banco, denominado Corporación Financiera Internacional (CFI). Si la empresa no obtiene un fallo favorable, el Banco podría no recibir su pago. Además en otro escenario la CFI podría ser accionista propiamente dicho de alguna de las empresas demandantes. También es altamente probable que los Estados demandados sean clientes endeudados con el Banco y por tanto con bajas posibilidades de negociación.

En otro orden, el BM interviene de manera sistemática en el diseño de las reformas institucionales de los procesos de privatización y estímulo a la inversión. También impone muchas veces -directa o indirectamente- las reglas de los contratos de las concesiones. Estas mismas estipulaciones podrían ser objeto de disputas frente al CIADI, donde es poco probable que la institución reconozca errores.

También existe la posibilidad de que la empresa inversora le haya comprado seguros por riesgo político a otra entidad del Banco: el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI). Estas garantías protegen a los inversores contra el riesgo en la transferencia de divisas, riesgo de expropiación o incumplimiento contractual, por ejemplo.

De querellas y litigios...

La preferencia de los arbitrajes por encima del derecho internacional público por parte de las empresas responde a que es un proceso más rápido con menos trabas burocráticas, muchas veces más barato, además de ser un proceso controlado por las partes que prescinde de los inacabables procesos de apelación. Otro aspecto destacable, es que el arbitraje no condiciona ni obliga a las partes a realizar ningún tipo de rendición de cuentas. Muchos afirman que estos mecanismos son una forma de privatizar el sistema judicial.

Pero las presiones sobre los gobiernos no sólo provienen de los inversores demandantes, sino también de los gobiernos de origen de las empresas. El comercio, la cooperación internacional para el desarrollo y la misma deuda externa, son otras formas utilizadas para ejercer presión por parte de los países poderosos sobre los dependientes.

Un argumento en contra del modelo de arbitraje como forma de solución para las querellas entre Estados e inversores es que éste no es un litigio comercial privado; por el contrario, muchas veces involucra temas relacionados con el bienestar público y con derechos humanos como el derecho al acceso al agua potable, y otros servicios esenciales para las poblaciones como la electricidad. En otros casos las demandas tienen que ver con empresas que extraen recursos naturales como el petróleo o minerales, que también están directamente vinculados al bienestar de la población, al respeto al medio ambiente y muchas veces a la seguridad nacional.

En segundo lugar, no existe distinción entre la función del abogado defensor y la del juez. En la dinámica de los tribunales de arbitraje, los árbitros y abogados pueden officiar como jueces, dentro del sistema no existe la concepción de juez neutral o imparcial. Esto conlleva un conflicto de intereses con los potenciales futuros clientes.

Otro de los argumentos en su contra es su contraposición con prácticas democráticas ya que no rinde cuentas de ningún tipo al público en general, no hay espacio para la participación ciudadana, ni ofrece transparencia. Esta ausencia de transparencia y participación hace referencia a la falta de mecanismos para que terceros testifiquen o hagan aportes, a la reserva de los documentos presentados por las partes y a la imposibilidad de acceso de la prensa.

Es más, para muchos fue expresamente diseñado para evitar la participación pública tanto en las audiencias como en el acceso a la información para evitar publicidad en contra. En muy pocos casos se ha logrado algún tipo de participación o testificación de la ciudadanía en estos procesos. (Fairstein, 2007).

Dentro de los argumentos que manejan las empresas, la existencia del CIADI es necesaria para aumentar el volumen de inversión extranjera como consecuencia de un ambiente protegido. También alegan que las disposiciones entre Estados e inversores no socavan las leyes ambientales ni sanitarias cuando son aplicadas de manera equitativa y no discriminatoria. Afirman que la inversión extranjera de las empresas es complementaria de sus actividades en sus países de origen y que los saldos positivos se reflejan en mejores empleos, salarios y calidad de vida de los empleados en el país de origen.

En los hechos lo que sucede es que los inversores no deciden dónde invertir por el nivel de protección de sus finanzas, sino por el tamaño de los mercados a los cuales están accediendo, la calidad de su mano de obra y las posibilidades que abre para la exportación a otras plazas. China y Brasil son los mejores ejemplos; en la década que va desde 1990 a 2000 fueron los mayores receptores de Inversión Extranjera Directa (IED) sin haber ratificado tratados de protección de inversiones.

Además de no atraer mayor volumen de inversión, los Estados sí se ven debilitados en su capacidad de regularlas. Un ejemplo es la prohibición de establecer requisitos de desempeño² o controles de capital.

La inversión extranjera es positiva si genera trabajo decente, es compatible con la definición de desarrollo nacional y contribuye al sostenimiento de los criterios sociales y ambientales establecidos democráticamente.

En muchos casos las empresas arremeten contra leyes de interés público generadas a través de procesos democráticos, para defender sus ganancias y utilizando los derechos que les atribuyen los tratados. De hecho, la inversión extranjera interfiere en la legislación sanitaria, de seguridad y protección ambiental, en la medida en que la mayoría de los litigios presentados frente al CIADI se basan en la intención de remover nuevas reglamentaciones de este tipo implementadas por los gobiernos, que disminuyen el porcentaje de ganancia de los inversores. El concepto de “equitativa y no discriminatoria” no hace referencia a un criterio de justicia general o público sino al trato que reciben los inversores por parte de los gobiernos. Si socava sus ganancias, es declarada discriminatoria. Para muchos, serían los inversores nacionales los sujetos de la discriminación, ya que no pueden acudir por las mismas razones a tribunales internacionales.

2. Implica que ninguna de las partes impondrá ni exigirá alcanzar un porcentaje de contenido nacional; ni a adquirir o utilizar mercancías producidas en el territorio o adquirir mercancías de personas en su territorio.

A modo de conclusión

En todos los casos que han implicado el arbitraje del CIADI, las empresas transnacionales han explotado las reglas que benefician a los inversores extranjeros para defender sus intereses económicos a pesar de socavar procesos democráticos nacionales, atentando contra las comunidades locales y el ambiente.

Por otra parte se están multiplicando las jurisdicciones internacionales entre las cuales no existe una jerarquía clara y que permite que frente a demandas similares se otorguen respuestas significativamente distintas.

Por último, si los gobiernos que imponen medidas durante períodos de crisis económicas y sociales para controlar los capitales y garantizar un mínimo acceso a los servicios, buscando el cumplimiento mínimo de los derechos de la población son condenados, poco probable será que los Estados respondan positivamente a la demanda social de consolidación, regulación y cumplimiento de los derechos humanos.

Referencias

- Anderson, Sarah y Grusky, Sara (2007). *Desafiar el poder corporativo de los inversionistas*, Instituto para Estudios Políticos y Food & Water Watch, Washington.
- Fairnstein, Carolina (2007). “La experiencia del CELS frente al CIADI”, Centro de Estudios Legales y Sociales-Argentina, ponencia presentada en: Taller sobre mecanismos de arreglo de diferencias entre Inversores y Estados, REDES - Amigos de la Tierra Uruguay-Amigos de la Tierra Internacional, Montevideo.
- García Duchini, Guillermo (2006). *Aquella justicia que era nuestra. Los recursos nacionales, la globalización, el CIADI y otros tribunales internacionales*, (ver capítulo siguiente).
- Mayta, Rogelio (2007). “Una mirada al caso Bechtel contra Bolivia” ponencia presentada en: Taller sobre mecanismos de arreglo de diferencias entre Inversores y Estados, REDES - Amigos de la Tierra Uruguay-Amigos de la Tierra Internacional, Montevideo.



Los recursos nacionales, la globalización, el CIADI y otros tribunales internacionales. Aquella justicia que era nuestra

Dr. Guillermo García Duchini

Introducción

Los diversos estudios, debates y la confrontación política sobre los alcances de los Tratados de Protección y Promoción de Inversiones y los de Libre Comercio, abarcan variada cantidad de detalles, pero pocas veces se los ha vinculado o se ha escuchado hablar en Uruguay de la perversa globalización de la justicia que encierran este tipo de acuerdos.

El propósito de este trabajo es colocar este enfoque entre los elementos de reflexión, en momentos en que aún se discuten en espacios del actual gobierno las bondades de un posible Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos y con la Unión Europea, y cuando desde el gobierno se están implementando mecanismos para fomentar la participación privada en la obra pública por montos multimillonarios. A muy poco de haberse concretado concesiones en este terreno, resulta necesario observar, a la luz de la globalización del derecho, los alcances de los Tratados de Protección y Promoción de Inversiones (TPPI) que Uruguay ratificó con países como España, Francia, Finlandia y Estados Unidos, entre otros. Aunque este análisis no se propone abordar casos concretos, pretende sí llamar la atención sobre la injerencia que ejerce la internacionalización de los tribunales de justicia sobre asuntos nacionales.

Uno de los pilares de esta globalización del derecho es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado en 1965 por el Banco Mundial (BM) y rechazado por los países de la región hasta mediados de la década de 1980, cuando las conducciones económicas en América Latina desatendieron -para captar mayor volumen de inversión extranjera directa- los consejos de la doctrina jurídica establecida por el jurista uruguayo Calvo, entre otros. Esta forma de mirar el derecho y la soberanía de los países había sido adoptada por la Organización de Estados Americanos

(OEA) y reafirmada por una declaración de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Pero las nuevas posturas políticas y los apremios financieros determinaron que esa inversión de empresas multinacionales embarcara con sus propios códigos de justicia, ya internacionalizados, que no son -como se verá- dictados para favorecer a las naciones más débiles.

La globalización y proliferación de las normas por la abundancia de tratados bilaterales que son meros contratos de adhesión a favor de los países poderosos, la inclusión en estos acuerdos de cláusulas como la de Nación Más Favorecida (CNMF) o la de “Trato justo y equitativo”, la integración de tribunales con árbitros y jueces relacionados a los equipos de las multinacionales, han quitado peso, cuando no anulado, a la administración de justicia en nuestros países.

La tendencia a colocar a los tratados de promoción y protección de las inversiones y los de libre comercio por encima de las leyes internas de las naciones del Sur es una violación directa de la soberanía en favor de las transnacionales. También lo es el camino que estos acuerdos abren para que un inversor cuente con una lista de tribunales en el mundo a los que puede recurrir en atención a su conveniencia, en una idea de “*foro shopping*” que se sustenta en una gran cantidad de normas y países involucrados dando cuerpo al concepto de globalización de la justicia.

El derecho global

En los tratados entre países o grupos de ellos, resulta fundamental analizar el papel que juegan los mecanismos de solución de controversias y el rol que, dentro de éstos, le corresponde a algunas entidades internacionales -especialmente- al CIADI creado en 1965. Si en aquel entonces el CIADI fue visto como un instrumento funcional a los intereses del BM en cuanto a garantizar las incursiones en las economías más débiles de los países del Sur, su novedoso papel de ahora y su inmenso poder se sustentan en la creciente globalización de la economía y los negocios transnacionalizados. Consecuencia de ésta y merced a la existencia de organizaciones como el CIADI, se ha dado también una preocupante, casi escandalosa, globalización de la justicia, en detrimento de constituciones, normas y jueces nacionales. Partiendo de esta premisa, resulta inevitable analizar cómo ha venido transformándose el derecho en las últimas décadas, cosa que ha generado a nuestros países una creciente inseguridad jurídica y un severo cuestionamiento a su soberanía nacional.

Ya estamos inmersos en un mundo en el que las fronteras son cada vez más desdibujadas para multiplicar los intercambios de bienes y servicios. Y debido

al no muy lejano agotamiento de algunos recursos naturales, como el petróleo o el agua, veremos como los grandes países tratarán de asegurárselos mediante acciones complementarias al viejo recurso de la guerra. Varios e intrincados mecanismos jurídicos están resultando funcionales a estos propósitos, como los que se aplican a la circulación de bienes, servicios y personas.

En torno a esto existe un doble discurso por parte de los países desarrollados: por un lado, promueven la apertura de las economías de los países subdesarrollados y, por otro, levantan barreras arancelarias (impuestos aduaneros) y no arancelarias (sanitarias, calidad, etiquetados, etc.) en sus territorios. Algo similar pasa con la recepción de inmigrantes, que se ven expuestos a estrictas leyes de extranjería.

En este marco y con estos propósitos, la globalización del derecho es un asunto clave para los países desarrollados y más que una piedra en el zapato para las naciones subdesarrolladas. Las normas sustantivas que se aplican a este estado de situación, provienen de los tratados de promoción y protección de inversiones y los de libre comercio. Los procedimientos que éstos dictan para la solución de controversias dejan fuera a los tribunales nacionales. Con estos tratados, los tribunales nacionales son desplazados de la cúspide de la pirámide jurisdiccional.

Para resolución de conflictos se han creado tribunales internacionales, como los que funcionan en el ámbito del ya citado CIADI del BM. Es allí donde se dirimen las demandas presentadas por las empresas multinacionales contra los Estados. Por tanto, tampoco son los parlamentos los que discuten y aprueban las leyes, sino que se limitan a votar verdaderos contratos de adhesión. Se globalizan los órganos encargados de hacer justicia y también las normas.

Hay múltiples opiniones que validan esta afirmación. Una de ellas sostiene que *“en este contexto, hay que reconocer que la administración de justicia no puede más ser monopolio del Estado: hay que dar paso a las situaciones fácticas, sociales y económicas, de nuestros estados, como estados que se aproximan a la esfera del libre mercado, de la competitividad y de la globalización (...)”*¹. Se está admitiendo que la administración de justicia no es ya monopolio del Estado. Esta es la concepción que se encuentra detrás de la promoción de los tribunales arbitrales internacionales para inversiones. Es una privatización de la justicia en este campo.

1. Guilhermina Lavos Coimbra; “El arbitraje: procedimiento - recursos - los derechos arbitrales-problemática.” - Ponencia presentada en 40ª Conferencia de Federación Interamericana de Abogados, Madrid, España Junio, 2004. Disponible en <http://www.ibin.com.br/trabalhose.htm>

Se suma a la privatización de la justicia un estado de inseguridad. Ésta proviene de la proliferación de normas contenidas en los tratados de promoción y protección de inversiones y los de libre comercio. Cada vez se hace más necesario conocer diversas ramas del derecho y no existe jurista ni legislador que individualmente pueda abarcar todos y cada uno de los aspectos y las consecuencias que un tratado, como los que mencionamos, pueda acarrear. Porque, en función de lo que veremos más adelante, también es materialmente imposible prever todas las consecuencias que aparejarán dichas normas para los Estados. Entre otras cosas, a la hora de establecer regulaciones, los países receptores de inversiones nunca tendrán la certeza acerca de cuáles normas podrían invocarse para rechazar o entorpecer el accionar del Estado a favor de los intereses de su sociedad. En este orden de cosas, la amenaza o la presentación de una demanda, generalmente millonaria en dólares, ante el CIADI, actúa como factor de disuasión para los Estados.

Jerarquía de los tratados

Cuando un gobierno plantea una nacionalización, el rescate u otorgamiento de una concesión (obra pública, explotación de *commodities* o servicios, etc.) o medidas para el cuidado ambiental, aparece inmediatamente la sombra de la acción de los agentes privados ante los tribunales arbitrales internacionales. Esta variada, profusa, y muchas veces confusa gama de normas, no se hacen por casualidad. Esto les pasa a los países receptores de inversiones cuando están por tomar una medida ambiental, laboral, impositiva, etcétera.

Sobran ejemplos de empresas transnacionales que amenazan con acudir al CIADI aduciendo que tal o cual medida les afectará. El Estado “nunca está seguro de no ser colgado”. En rigor, mucho antes de ser “colgado” ante una iniciativa que entorpece a las transnacionales, el Estado ya está parado en el patíbulo porque la firma de los tratados de protección y promoción de las inversiones y de libre comercio, implica un mero contrato de adhesión, porque no surge de una negociación entre partes, en pie de igualdad.

Un contrato de adhesión, tal como es definido por la ley de Relaciones de Consumo en Uruguay, “(...) *es aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido*”². El poder económico, militar o político de las potencias hace que se suscriban verdaderos contratos de adhesión, en los que los países perifé-

2. Ley N° 17.189, Capítulo X, del 20 de septiembre de 1999.

ricos tienen escasa o nula capacidad de negociación. Las naciones pobres se limitan a firmar documentos similares a otros ya suscritos por las potencias con otros países pequeños y sólo pueden llegar a conseguir algún cambio de escasa monta.

Un asunto no menor de todo este problema, vinculado con el TPPI y el virtual TLC con los EE.UU., es saber si -en Uruguay- un tratado de este tipo está por debajo o por encima de la Constitución.

Según la opinión de destacados juristas, un tratado que oponga su contenido o parte de éste a disposiciones constitucionales, no debería suscribirse o, en todo caso, se vería en posición de ser declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia, en aquellos aspectos que contradigan la Carta Magna.

Sobre el tema, podemos remitirnos a lo expresado por el senador José Korzeniak (Partido Socialista – Encuentro Progresista – Frente Amplio), en la sesión de la Cámara que integra, el 21 de diciembre de 2005. Korzeniak argumentó en su calidad de profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de la República, respecto al TPPI con EE.UU., que *“(...) hay compañeros que trabajaron mucho en el tema de la protección de la riqueza hídrica en el Uruguay -con los cuales íbamos a tener una conversación que finalmente no se pudo concretar- y que estaban preocupados por el hecho de que, en alguno de los rubros en los que se habla de la posibilidad de inversiones, se menciona el tema del agua. Los compañeros se preguntaban si eso no iba contra la Constitución. Aclaro que ningún tratado internacional se puede aplicar de manera que viole la Constitución del país para el que rige; los gobiernos son los que tienen que decir lo que no se puede hacer. De manera que esa previsión del formato, obviamente, no puede violentar la disposición constitucional que dice que no puede haber prestación de agua potable y saneamiento por parte de una empresa privada, porque tiene que realizarse por el órgano estatal”*, concluyó el legislador.

Cláusula de Nación Más Favorecida

Pero no es negativa sólo aquella parte de un tratado que sea inconstitucional, la claramente contraria a los intereses del país más pequeño, también lo son -aunque en principio no lo parezcan- esas disposiciones que implican un espíritu perverso de estos acuerdos, y que resultan inseparables de su letra, como el alma lo es del cuerpo y la razón de los seres humanos. Se trata de la utilización de la Cláusula de la Nación Más Favorecida (CNMF) y la integración, el poder, las competencias y la vulnerabilidad de los tribunales arbitrales frente a la injerencia de las naciones más poderosas.

La existencia de la CNMF en un tratado produce una extensión de sus efectos a países que no participaron en él. Por ejemplo, el país A signa un tratado con B y luego otro con C. Mediante la CNMF un empresario del país B invierte en el A y puede exigirle a éste que le otorgue prerrogativas incluidas en el tratado firmado entre A y C. Por este motivo, el inversor cuenta con una “tabla de ventajas”, que incluyen los beneficios otorgados por el tratado a su país de origen y -también- los pactados con otros países por parte de la receptora de la inversión.

Por ejemplo, el tratado entre España y Uruguay habilita a recurrir al arbitraje internacional luego que el asunto sea considerado por la justicia nacional. Sin embargo, en aplicación de la CNMF, como Uruguay tiene tratados con Canadá, Panamá y Chile, que habilitan directamente a presentarse ante un tribunal arbitral internacional, un inversor español puede ampararse en la cláusula y obviar la Justicia uruguaya. Aunque el tratado con España diga lo contrario, el español está en condiciones de solicitar que se aplique el acuerdo entre Uruguay y Canadá. También existen criterios contrarios a este razonamiento.

Pero en ese camino de inseguridades, encontramos que, además de aplicarse normas de tratados en los cuales un país no es parte, también -y en lo que hace al ámbito temporal de aplicación- muchas veces se imponen normas de nuevos acuerdos, con carácter retroactivo, a relaciones que surgieron antes de suscribirse un tratado. Así, un inversor que hace varios años inició un emprendimiento en un país determinado, se ve protegido por un TPPI aprobado recientemente.

Por otra parte, y como veremos más adelante, las empresas inversoras pueden elegir a los árbitros que van a fallar sobre sus demandas. Si -además- éstos pueden laudar sin ceñirse a las normas resolviendo en conciencia, puede deducirse cuál será el resultado del trámite.

A la posibilidad de elegir el foro más adecuado a las pretensiones de las empresas en litigio, se le ha denominado “foro shopping” en los textos de doctrina jurídica. Así, Jean Michel Arrighi sostiene que asistimos a “*la multiplicación de las jurisdicciones en el orden jurídico internacional entre las cuales no existe jerarquía, que pueden recibir demandas similares y dar respuestas distintas, con el riesgo de abrir un verdadero ‘forum shopping’ entre los estados*”³.

3. Jean Michel Arrighi. “Nuevos desarrollos del Derecho Interamericano”, en Liber Amicorum, Fundación de Cultura Universitaria, Julio de 2005, Montevideo, Uruguay.

El mecanismo de “foro shopping” queda habilitado también por el “Acuerdo con el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones”, que entró en vigor en Uruguay el 6 de mayo de 1994.

Amparado en la letra del tratado, un inversor español en Uruguay puede elegir un tribunal arbitral internacional afín a sus intereses y, aún cuando está obligado a recurrir primero a la Justicia uruguaya, puede eludirla mediante dos mecanismos previstos en el acuerdo. Si el juzgado uruguayo no resuelve su asunto en 18 meses, queda habilitado para presentarlo -por ejemplo- ante el CIADI. Como se sabe, existen gran cantidad de “chicanas” para dilatar las resoluciones judiciales.

Además, el inversor español, puede ampararse en una cláusula del tratado por la que queda habilitado para calificar a la resolución judicial uruguaya como “notoriamente injusta” o sostener que “contraviene las disposiciones de este Acuerdo o cualquier otra norma del Derecho Internacional”. Como se ve, esto habilita al inversor a elegir el foro de su conveniencia.

También puede ampararse en la Cláusula de la Nación Más Favorecida y recurrir a tratados firmados por Uruguay con terceros países, que no obligan al empresario a presentarse primero ante la Justicia uruguaya. Evidentemente, siempre que pierda un juicio en Uruguay, el inversor recurrirá a un tribunal internacional.

Detrás de este acuerdo con España y, en general en todos los tratados de inversiones, hay además un trato desigual a favor de los inversores. El extranjero, como vimos, puede llevar su asunto fuera del país, pero el inversor uruguayo, una vez que agotó las instancias en el ámbito nacional, no tiene esa opción.

Esto afecta el Principio de Igualdad, consagrado por el Artículo 8 de la Constitución uruguaya que expresa que “todas las personas son iguales ante la Ley (...)” y también a la Doctrina Calvo, adoptada por diversos organismos internacionales.

Otras cláusulas por las cuales se pueden activar las demandas

Pero, independientemente de la regulación expresa de los recursos naturales en las cláusulas de los tratados, existen normas en los TPPI sobre el tratamiento que se dispensa a las inversiones extranjeras como las arriba mencionadas. Cosas como el “trato justo”, la eliminación y prohibición de imponer requisitos de desempeño, etc., son las que impactan profundamente en los recursos naturales y posibilitan abultadas demandas contra los Estados. A ello se agregan los costos de abogados y de procedimientos que no son para nada despreciables.

Los sectores de la economía en donde se han promovido acciones, son los de la construcción, servicios de abastecimiento de aguas y tratamiento de aguas residuales, fabricación de cerveza, concesiones de telecomunicaciones, servicios bancarios, financieros, la hotelería, radiodifusión, gestión de desechos peligrosos, sector textil, gas, petróleo y minería.

Las demandas pueden fundamentarse, entre otras cosas, en la violación de diversas obligaciones recogidas en los tratados.

Si tomamos como ejemplo el TPPI entre EE.UU. y Uruguay, que no difiere de otros, el inversor puede reclamar que se cumpla con las siguientes normas:

Trato Nacional

“Cada Parte otorgará a los inversores de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversores (...).”

Trato de Nación Más Favorecida

“Cada Parte otorgará a los inversores de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversores de cualquier país que no sea Parte (...).”

Nivel Mínimo de Trato

“Cada Parte otorgará a la inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”

Expropiación e Indemnización

“Ninguna parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, directa ni indirectamente (...).”

Transferencias

“Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen libremente y sin demora desde y hacia su territorio.”

Requisitos de Desempeño

“(...) ninguna de las Partes podrá imponer ni exigir ningún requisito ni exigir compromisos u obligaciones en cuanto a: (...) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional (...) adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio.”

El otro concepto contenido en los tratados de inversión y de libre comercio que ha dado lugar a demandas contra los Estados es el de “expropiación indirecta”, que resulta no menos peligroso para los intereses nacionales que el de “trato justo y equitativo”.

La jurisprudencia muestra que en los territorios en los que rige el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), los Estados se ven acotados en la aplicación de ciertas legislaciones, especialmente las ambientales, que dictan los gobiernos (municipales, estatales o centrales) en esos países.

Resulta emblemático para la descripción del concepto de “expropiación indirecta” el caso de la empresa estadounidense Metalclad, que demandó al gobierno mexicano a partir de una disputa con el municipio de Guadalcazar. Buscando ampliar su giro, la compañía compró la empresa mexicana Coterin, y comenzó a construir una planta procesadora de desechos peligrosos.

Consiguió los permisos nacionales y estatales, pero no obtuvo la habilitación municipal. Según el municipio de Guadalcazar, los desechos podrían filtrarse, contaminar las aguas profundas y de este modo propagarse debido a las características de los suelos de la región.

La empresa hizo caso omiso a la negativa municipal y finalizó la construcción de la planta. Demandó al gobierno central de México, signatario del TLCAN, por 90 millones de dólares, amparándose en el concepto de “expropiación indirecta” y argumentando que no había recibido un “trato justo y equitativo” de acuerdo a lo dispuesto por el Tratado.

Tres años después de presentada la demanda, el Estado de México fue condenado, por un tribunal conformado de acuerdo con las normas del CIADI, a pagar más de 15 millones de dólares.

El concepto de “expropiación indirecta” es sumamente amplio. Por eso, es de dudosa certeza afirmar que es posible controlar un emprendimiento industrial de cualquier naturaleza, dado que si no cumple será sancionado u obligado a cesar en su actividad.

Dicho sea de paso, a un inversor estadounidense le resulta más beneficiosa la interpretación que hacen los tribunales arbitrales internacionales del concepto de “expropiación indirecta”, que la que hacen los jueces de su propio país. Mientras que para la Constitución norteamericana el concepto de expropiación va unido al de quitar, para los tribunales es asimilable a generarle a las empresas, por ejemplo, mayores gastos por instalaciones que permitan el cuidado del ambiente. También este criterio prima a la hora de los reclamos por las imposiciones tributarias posteriores a la radicación del emprendimiento.



Capítulo 2

*¿Cómo se llega
ante las puertas del CIADI?*



Tratado de protección y promoción recíproca de inversiones entre Uruguay y Estados Unidos; una mirada desde la experiencia mexicana en el TLCAN¹

Prof. Alberto Arroyo

Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio - RMALC

La primera lucha que nosotros dimos en México cuando se estaba dando el proceso de negociación de lo que internacionalmente se llama NAFTA (y que nosotros llamamos TLCAN, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, ya que no es lo mismo), fue el análisis del texto, sus normativas y lo que allí se estipulaba. Puede parecer una cuestión de traducción pero ya aquí hay todo un problema jurídico, porque NAFTA es “*Agreement*” (acuerdo) y TLCAN es “*Tratado*”, y eso tiene una jerarquía legal radicalmente distinta. Estados Unidos firmó un “*agreement*” y nosotros un “*tratado*”. Nosotros no tenemos escapatoria: el tratado tiene un nivel similar a la Constitución, en términos jurídicos debajo de la Constitución, pero en términos reales por encima de la misma. Estados Unidos no firmó un Tratado, en Estados Unidos no existe la figura de Tratado.

Cuando estaba esta discusión, nosotros quisimos que el debate se diera sobre el texto, que es una ley, y toda ley -como dicen los abogados- tiene letra chica. El texto es siempre importante analizarlo y no estar discutiendo en términos generales; me parece que en esta etapa lo más importante es el análisis muy detenido, artículo por artículo del texto. Muchas veces el debate se da en términos generales y como dirían los abogados, el diablo está en la letra chica y ahí es donde me parece que tenemos que decidir investigar en profundidad.

En términos generales hay que quitar ciertos mitos. Creo que ya nadie discute, que podemos ser tan utópicos de pensar que no necesitamos la inversión extranjera en nuestros países. Cualquiera de nuestros países necesita de inversión extranjera, esa no es la discusión. Puede tener todos los problemas que hemos señalado en tantas oportunidades, podemos alegar soberanía o

1. Disertación realizada el 16 de junio de 2005, en Montevideo, Uruguay, organizada por REDES-AT Uruguay, PIT-CNT y SERPAJ. Arroyo es Licenciado en Filosofía, del Instituto Libre de Filosofía y Ciencias, Master en Sociología de la Universidad Iberoamericana, tiene estudios de doctorado en Ciencias Sociales de la UNAM.

lo que ustedes quieran, pero tampoco podemos darnos el lujo de decir aquí que se vayan a su casa, aquí no precisamos inversión extranjera. Es evidente que actualmente los países se pelean por atraer la inversión extranjera, esa no es la discusión, bienvenida la inversión extranjera. El problema es en qué términos y marco legal viene la inversión y eso es lo que está en discusión en este momento. No es si queremos o no queremos, el problema es a cambio de qué la traemos.

El problema es el marco legal en el que se va ubicar la inversión extranjera, eso es lo que hay que discutir y eso no se puede discutir más que con el texto. A veces el debate en la opinión pública, es que los que tienen una postura crítica frente a estos tratados es como si no quisieran que hubiera inversión extranjera y eso no es así. El segundo mito es que los tratados de protección recíproca de inversiones, automáticamente traen la inversión extranjera, y eso no es así. Nos podemos remitir a los datos duros de la inversión extranjera a nivel mundial.

A nivel mundial el país que más ha atraído la inversión extranjera, es China, en términos de volumen, en los últimos años es incluso superior a la de Estados Unidos quien es el gran país atrayente de inversiones extranjeras. No digo que esta sea la tendencia, puede ser coyuntural pero en los últimos años China atrae un monto muy importante de inversión extranjera y China no tiene tratados de inversión.

A nivel de nuestro continente, tenemos que ver esto en términos de proporción con el producto interno, ya que no se puede comparar los volúmenes de inversión extranjera en términos de números absolutos, dado que un dólar que llega a Martinica es mucho dinero y un dólar que llega a México no es nada, hay que verla en proporción al tamaño de la economía. En términos de proporción del tamaño de la economía, Cuba recibe una enorme cantidad de inversión extranjera y Cuba no solamente no tiene tratados, si no que tiene reglamentaciones muy rigurosas, incluso contrarias al ambiente internacional en materia de facilitar y dar garantías a la inversión extranjera y sin embargo es un país que atrae de forma muy significativa en términos proporcionales a su economía. Este dato lo uso como ejemplo precisamente por ser el que no ha seguido el camino de firmar tratados. Lo que digo es que el hecho de dar estas garantías jurídicas en los tratados no hace que automáticamente vengan inversiones y el hecho de no darlos tampoco hace automáticamente que no vengan inversiones.

Entonces, ¿qué es lo que atrae la inversión extranjera? Efectivamente, un factor para atraer la inversión extranjera son las ventajas jurídicas que puedan tener, lo que ellos hablan de garantías jurídicas, es seguridad jurídica. Pero los

tratados de protección recíproca de inversiones, y particularmente el que se negocia entre Uruguay y Estados Unidos y otros por el estilo, son mucho más que garantías jurídicas.

Una cosa es que uno otorgue garantías jurídicas y otra cosa es que se otorguen derechos extras a los inversionistas extranjeros. No es un tratado simplemente para garantizar los derechos elementales de cualquier inversionista, sino que se les dan derechos que no tenían hasta antes de esta ola de tratados (sean de libre comercio, como tratados integrales o sean de protección recíproca) a nivel mundial.

Efectivamente la garantía jurídica y la ampliación de derechos es un factor para atraer inversión extranjera. Indudablemente en igualdad de circunstancias, un inversionista va a decidir ir a donde tiene más garantías, pero no es el factor fundamental para atraer la inversión extranjera, es un factor. El factor fundamental para traer la inversión extranjera es que sea negocio invertir aquí. Y eso no depende de un marco legal: depende de que haya negocios atractivos aquí para ellos.

Lo que atrae inversión extranjera es un marco macroeconómico, una política económica, una situación económica del país, un mercado, materias primas o lo que sea, dependiendo del análisis de cada país.

Hay factores de competitividad, para usar un lenguaje que ellos usan, que hacen que sea atractivo invertir aquí y uno de ellos es el marco jurídico. Pero con el mejor marco jurídico (para los inversores extranjeros), si no hay expectativa de mejores ganancias no van a venir, y aun cuando no exista un marco jurídico ideal, ellos van a medir riesgos contra ganancias como lo hacen en la bolsa o en cualquier otro lado. Uno mide márgenes de ganancia contra riesgo, el riesgo es mayor entonces voy a pedir un mayor margen de ganancia, pues sino no me conviene invertir. Si el riesgo es cero pero las ganancias no son suficientemente atractivas tampoco van a venir.

Entonces hay que ubicar el asunto. No estoy diciendo con esto que no se necesite un marco legal y un marco de ciertas garantías jurídicas como un factor para atraer las inversiones extranjeras, de acuerdo, pero es sólo uno de los muchos factores. No hagamos de este el único factor “atraedor” de inversión extranjera.

El otro mito me parece a mí, es la secuencia casi automática inversión-crecimiento y empleo, esto no es así y los datos empíricos lo corroboran. Lo que aquí no vale, me parece a mí, es invertir el orden de los factores. Aquí el orden de los factores sí altera el producto: sin inversión no hay crecimiento y sin crecimiento no hay empleo, eso es cierto, pero lo contrario no es necesariamente así, es decir, que la inversión automáticamente genere crecimiento y

automáticamente genere empleo. Depende de la calidad de la inversión, qué tanto efecto tiene en el crecimiento y depende de la calidad y tipo de crecimiento, qué tanto efecto tiene sobre el empleo.

Cuando uno ve el texto del acuerdo, uno tiene que estar analizando al mismo tiempo la calidad de inversión que se puede traer en los hechos, porque eso es lo que puede tener algún efecto real en términos del crecimiento.

Me voy a referir más particularmente a la experiencia mexicana: aquí los datos son excesivamente contundentes. Efectivamente durante los 10 años del TLCAN, se llevan 11 pero los datos corresponden al período 1994-2004, se atrajo 153.000 millones de dólares de forma directa, es decir sin contar la inversión en la bolsa de valores. Una cantidad estratosférica incluso para el tamaño de la economía mexicana, estamos hablando de más de 15.000 millones de dólares al año, cuando antes del tratado la inversión estaba en alrededor de 4.000 millones de dólares de inversión directa. Antes del tratado llegaba una enorme inversión especulativa, en la bolsa de valores.

Es indudable que se atrajo inversión. ¿Cuánto se debió a la firma del tratado? ¿Cuánto se debió a la venta de una enorme cantidad de paraestatales? ¿Cuánto a la apertura de ámbitos nuevos de inversión? Es otro asunto, pero la inversión llegó.

Es muy paradójico que en el período del TLCAN el promedio anual del crecimiento del PBI (Producto Bruto Interno) por habitante sea el más bajo de cualquier estrategia económica que haya seguido México en el siglo XIX, XX y lo que va del XXI. Si uno agrupa, no por decenios ni por quinquenios (o sexenios como en México, porque los gobiernos duran seis años), ni por gobiernos, sino cuando se dan cambios significativos en la política económica, en la estrategia económica seguida por el país, el período neoliberal llamado de apertura, o como se quiera llamar y dentro de él, el período del TLCAN, es en el que tenemos, como promedio anual, la más baja tasa de crecimiento del producto interno por habitante, de cualquier estrategia económica que haya tenido este país.

Hay que explicar porqué. A mí me parece que la explicación está en la letra chica del TLCAN, está en el concreto, es decir a qué te comprometes, qué firmaste, bajo qué condición lo traes y a qué derechos renuncias como Estado. El crecimiento no se dio, ustedes dirán que eso no es creíble, y por eso importa explicarlo.

Si a esto le agregamos que las exportaciones mexicanas se multiplicaron por más de 3,5 y que además pasamos a hacer exportaciones de manufacturas y no de productos primarios, ¿cómo es posible que un país que vende al extranjero

3,5 veces más que antes y que además estamos hablando de productos manufactureros de la industria y no de materia primas, es decir de supuestamente mayor valor agregado, además de inyectar 153.000 millones de dólares, no crezca? Todo el mundo nos dice que eso es mentira.

Todos los datos que voy a dar son datos oficiales del Instituto Nacional de Estadísticas del país, independientemente de que en algunos casos no estoy muy de acuerdo con la metodología utilizada pero estamos hablando de datos oficiales. Lo que hay que explicar es porqué se da esta paradoja, de que llega inversión, de que se aumenta la exportación y sin embargo la economía no crece, eso es lo que hay que explicar, voy a entrar a eso.

México tiene firmado tratados con 51 países contando el de Uruguay porque ya entraron en vigencia el tratado con Uruguay y el tratado con Japón. Pero el 90% de nuestras exportaciones están en Estados Unidos. Si uno trata de ver los factores que inciden en el crecimiento del PBI, varía año a año porque depende de los ciclos económicos de Estados Unidos, pero siempre el factor exportaciones es arriba del 80%, en el crecimiento de la economía. Todavía voy a dar un tercer dato, el 87% de las exportaciones totales del país y recordando que México es un país petrolero, son exportaciones manufactureras.

Hay que tratar de ver qué pasa con el empleo en el sector manufacturero, donde se supone que se daría un boom de empleo, porque las exportaciones se triplicaron y el grueso de la exportación es manufacturera. Además si vemos la inversión extranjera directa, el 51% de éstas llegan al sector de manufacturas, entonces aquí llegó más de la mitad de la inversión y es casi toda la exportación, aquí debería haberse producido el boom de empleo.

Resulta que, según datos oficiales, hoy hay 14,8% menos empleo en el sector manufacturero que en el último día antes del tratado, en este sector que es el gran exportador, el gran atraedor de inversiones extranjeras. ¿Cómo puede ser esto posible? Y de nuevo se va a explicar por la letra chica del texto.

Entonces, ¿por qué no crecimos? y ¿por qué no se generaron los empleos? La estrategia mexicana no era demasiado creativa, era la receta que estaba dando el consenso de Washington, el Banco Mundial, el FMI, etc. Efectivamente la estrategia mexicana anterior se había agotado.

Nadie niega que en México era necesario un cambio en la estrategia económica. El modelo del desarrollo estabilizador, el milagro mexicano, concentrado todo en la exportación petrolera se había agotado; es decir, se precisaba pensar en una estrategia más compleja, más adecuada, eso no estaba en duda.

A través de la inversión extranjera, va a venir dinero, tecnología, etc. Nos contaron muchos más cuentos de lo que ahora se dice aquí, todas las maravillas

que iban a venir con el tratado. Entonces ¿por qué no se creció, ni se generó empleo a pesar de esto? Porque se desintegraron las cadenas productivas, eso es la realidad de las cosas.

Una de las grandes exportadoras en México es la industria automotriz, son el 20% de las exportaciones totales del país, lo que para Uruguay sería la carne. En México las exportaciones están muy diversificadas, son manufacturas y no simplemente productos primarios, pero de todos modos la industria automotriz es el gran exportador. Efectivamente la General Motors, la Ford generaron empleo, sin duda que lo generaron. Si se multiplican sus exportaciones algún empleo tendrán que haber generado, por más tecnificados que fueran o por más productividad que se le quiera poner, no se puede crecer 3 veces más en volumen de producción y no generar empleo.

La respuesta a por qué no se generaron empleos es porque se perdieron más empleos en la cadena productiva de lo que estos actores generaron. Es decir, antes si Ford generaba un empleo se generaban cinco o seis empleos en la cadena productiva, en la producción de acero, vidrio, hule, autopartes, todo eso se rompió, porque todo eso ahora se importa y entonces se perdieron empleos allí y no se compensaron con los empleos que se generaron en el sector final de la exportación.

Tomemos como ejemplo el contenido mexicano de las exportaciones, en los años 1981-1982, cuando empezó la gran apertura de la economía mexicana, en el sector manufacturero, se rondaba arriba del 80% de contenido mexicano de las exportaciones. En este momento no llega a 30%; entonces de qué sirve que se exporte 3,5 veces más si es 3 veces menos mexicana. Esto es dramático en términos de lo que significó en el rompimiento de las cadenas productivas.

El 45% de las exportaciones totales del país son maquiladoras (zonas francas), si le quitamos la mano de obra, el punto récord de contenido mexicano de las maquilas es de 3%.

Cada peso que se exporta de maquila, tiene un efecto multiplicador en el resto de la economía de 3 centavos. ¿Genera empleo la maquila? Sí, genera empleo la maquila, pero generaría mucho más empleos si estuviera vinculada. La maquila ahora está decaída por el ciclo de Estados Unidos, pero el año que mejor nos fue, antes de que asumiera Fox, en el año 2000, había 1.200.000 empleos en las maquilas, pero para el tamaño de la economía mexicana no es mucho y esto es el acumulado de empleo (para el 2000 se llevaban 35 años con maquila, ya que es un programa que nace en 1965) y lo que logró generar empleo en estos 35 años son 1.200.000 puestos. La población que demanda trabajo en México es 1.400.000 al año. Si estas maquilas estuvieran vinculadas

y compraran insumos en México generarían 5 ó 6 veces más empleo seguramente. Entonces el 45% de las exportaciones prácticamente no tienen ningún efecto sobre el resto de la economía, 3 % no es nada.

El resto de las exportaciones, el otro 45% (aquí sí incluyo la mano de obra) bajó de 81% a 30% de contenido mexicano. Entonces no tiene efecto sobre el resto de la economía. Le va bien a ellos, no a la economía del país, por el lado de las exportaciones.

Por el lado de las inversiones, que ahora es lo que nos toca más directo, ¿cómo es posible que hayan llegado más de 153.000 millones de dólares, además de la especulativa, y la economía no haya crecido? Señores, porque no llegaron a poner plantas nuevas, compraron las buenas y viejas empresas mexicanas, esa es la realidad de las cosas. Aquí no hay información oficial, es imposible saber con las estadísticas oficiales cuánto es inversión nueva, es decir que pusieron efectivamente una planta nueva y cuánto fue la compra de empresas ya existentes. Entonces el grueso de la inversión extranjera es la compra de empresas mexicanas, no hay realmente inversión nueva. La pregunta entonces es ¿qué pasó con este dinero?, ¿los mexicanos lo sacaron del país o que pasó? El hecho es que el grueso de la inversión extranjera no está significando ampliación de la planta productiva, ampliación de la capacidad instalada están comprando.

¿Qué significa esto para México? Una desnacionalización de la economía impresionante, prácticamente no hay bancos mexicanos, todo el sistema financiero es extranjero, todo. Hay 2 bancos pequeños, que no tienen mayoría extranjera, pero son los más pequeños. Todas las grandes cadenas de comercialización (supermercados) fueron compradas por extranjeros, algunos conservaron el nombre, en tanto otros ni siquiera el nombre conservaron y así nos podríamos referir a muchos sectores. O sea que llegaron y compraron en ganga, la mayoría de las empresas mexicanas exitosas. Lo que no se ha vendido se ha asociado a capitales extranjeros, como el caso de CEMEX (Cementos de México) que es la quinta cementera en el mundo, y hoy es parte de un consorcio internacional, o TELMEX (Teléfonos de México) quien por supuesto está asociada a empresas internacionales.

Resumiendo, el hecho es que sí se lograron los medios, sí se atrajo la inversión, se aumentó la exportación, pero no se lograron los objetivos que se buscaban al atraer la inversión. Llegó la inversión pero no llegaron ni el empleo ni el crecimiento que se esperaba, entonces hay que buscar las razones de ello. Si uno analiza el texto del tratado, que es lo realmente importa, por más que se busquen, es casi imposible encontrar alguna obligación del inversionista extranjero.

Tanto el TLCAN, como este tratado particular de inversiones entre Estados Unidos y Uruguay (que sigue el molde de todos los tratados de inversiones posteriores al TLCAN), dan garantías, derechos, pero no generan obligaciones a los inversionistas. Van a venir si hay ganancias. No colaboran en generar el espacio macroeconómico necesario para que el país progrese y no hay forma de exigirselos.

Primero, uno de los grandes principios del tratado es la circulación absolutamente libre de entrada y salidas de capitales, e insisto en lo de absoluto. Si no hay algún grado de libertad no van a venir, este es un factor. El otro factor es la renuncia del Estado de cualquier exigencia, de lo que se llama técnicamente como Requisitos de Desempeño; es decir que el Estado exija por ejemplo para aprobar la inversión, determinadas formas de comportamiento y me refiero a las más elementales: que transfieran tecnología aunque fueran pagas, capacitación de mano de obra, reinversión de capitales, una balanza comercial equilibrada entre sus importaciones y exportaciones. Se prohíbe toda posibilidad de poner requisitos de desempeño a las empresas, entonces en estas condiciones si las inversiones extranjeras tienen un efecto positivo para el país, es de casualidad. Es porque son “hermanitas de la caridad” y se preocupan por Uruguay.

El Estado está renunciando a la posibilidad de colocar algún tipo de regulación que garantice de que si yo doy garantías jurídicas, te doy ciertas ventajas, derechos, los inversores se anuncian a comprometerse con el país, a que este país más o menos salga a flote. No. Prohíbe totalmente requisitos de desempeño.

Tercer elemento, en el caso del TLCAN que fue el primer caso pero ahora ya hay muchos, por primera vez en el derecho internacional las empresas transnacionales adquieren estatus de sujetos de derecho internacional. Hasta donde yo estudié algo de derecho, los sujetos de derecho internacional eran los Estados soberanos, y ante cualquier controversia, la misma se dirimía entre Estados e incluso los particulares que tenían algún conflicto con el Estado lo hacían por esa vía, a través de su propio Estado nacional, y no eran sujetos de derecho internacional. Con los tratados se convirtieron en sujetos de derecho internacional, porque ellos directamente pueden demandar a los Estados.

¿En qué nos pueden demandar? Créanme que son cosas que a veces uno no puede creer. Yo recuerdo cuando leí por primera vez el capítulo 11 del TLCAN, el capítulo de Inversiones, en el año 91-92 cuando se estaba negociando, hay cosas que no percibí. Se hablaba de expropiación directa o indirecta. ¿Qué es la expropiación indirecta? ¿Te lo expropiaron o no te lo expropiaron? Como

decía mi abuelita, ¿te quitaron la camisa o no te la quitaron? ¿Es expropiación o no es expropiación?

Resulta que expropiación indirecta es cualquier medida gubernamental que tenga por resultado la disminución de su expectativa de ganancia. La consideran expropiatoria, es decir cuando yo vine a invertir aquí, cuando yo hice mi plan de negocios y esperaba ganar tanto por ciento había un contexto en el que decidí invertir y en la medida que me cambiaste dicho contexto porque me exigiste más, porque cambiaste la ley ambiental, porque ahora está en un estándar más alto, etc. El resultado de eso es que disminuyeron mis ganancias, me estás expropiando mi ganancia, y la vas a pagar como cualquier expropiación.

Tienen derechos extremos, demandan directamente a los Estados en tribunales privados, es un panel de solución de controversias, un panel de árbitros y aquí es donde está el que los tratados están por encima de nuestra Constitución. ¿Por qué? En México está muy clara la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia ha dicho una y otra vez que los tratados son ley suprema de la República pero por debajo de la Constitución. Pero, ¿qué sucede en un panel privado? Es derecho privado, por ejemplo si dos personas hacen un contrato de renta por una casa, y si luego van a juicio porque una parte no cumplió, el juez (en este caso son árbitros ni siquiera jueces), va a dirimir en términos del contrato que fue firmado. Allí no se alega que tal o cual ley; ante el contrato firmado lo único que se estudia es quien de los dos lo incumplió. Un panel de arbitraje internacional ni siquiera tiene la obligación de conocer nuestra Constitución. Si hay un diferendo, tú dices que estás actuando conforme al Tratado o dices que no está actuando conforme al Tratado, yo voy a agarrar el Tratado y voy a ver quien tiene razón: ¿y la Constitución? Bien gracias, eso es para tu legislación interna, yo no tengo porqué conocerla.

En el caso de México que hemos alegado a veces la Constitución por encima del Tratado, que en términos legales es así, te dicen: “mirá, nosotros nos atenemos a lo que tú firmaste y tienes que cumplir lo que firmaste”. Pero además la Constitución dice que los senadores (en México sólo la Cámara alta aprueba los tratados) no pueden ratificar un Tratado si contradice la Constitución, entonces si el Senado ratificó el Tratado esto quiere decir que no hay contradicción con la Constitución. Nosotros les presentamos a los senadores un texto con 45 páginas enunciando la violación de la Constitución. Este documento fue avalado por un foro con 45 doctores en derecho y eso se lo entregamos a los senadores, pero los senadores aprobaron el Tratado y con esto están diciendo que no hay contradicción con la Constitución.

El panel argumenta que al haberlo firmado no hay contradicción con la Constitución y yo no tengo porqué conocer la Constitución. En los hechos se vuelve a estar por encima de la Constitución, simplemente por donde se dirimen las controversias. Si los que lo dirimen ni siquiera tienen la obligación de conocer y si se van a atener a que lo que firmamos es ley suprema, lo demás es letra muerta. Vale para un inversionista uruguayo pero no para uno extranjero porque no van a dirimir ningún conflicto aquí, lo van a dirimir fuera, en un panel internacional y ese panel es un árbitro, eso es lo que me parece más grave, en el que hay renuncia de la soberanía del Estado.

Para tratar de conducir un proyecto nacional, bienvenida sea la inversión extranjera, pero tenemos que tener la capacidad como Estado y como el Estado son todos los poderes, de tratar de jugar para que la inversión extranjera juegue un papel positivo dentro de nuestro proyecto de país.

Por supuesto que si no ganan no van a venir, ellos tienen que sacar algo, eso está claro. Lo que hay que tener son instrumentos como Estado para tratar de hacer que jueguen un papel positivo en la dinámica económica del país, en el proyecto de país que hemos decidido; y el hecho es que no tenemos instrumentos, el tratado nos vetó toda posibilidad de instrumentos de política pública frente a las inversiones extranjeras.

Ni siquiera la posibilidad de discriminar entre inversión nacional y extranjera. El principio de Trato Nacional, que indica que tenemos que tratar a los inversores extranjeros como si fueran nacionales, indica precisamente eso, que a los efectos económicos esos inversores son nacionales, y no los podemos discriminar. El segundo principio es el de Trato de Nación más Favorecida. Nos amarra las manos para poder hacer acuerdos de mutua complementación con economías de nuestro tamaño o que son aliados estratégicos para nosotros. El caso concreto del MERCOSUR. Si ustedes llegan a un acuerdo con cualquier país del MERCOSUR o de la región en el que mutuamente conviene hacer concesiones recíprocas y les das ciertas ventajas, también tengo que dárselas automáticamente a los Estados Unidos.

Entonces, Trato Nacional, Trato de Nación más Favorecida, prohibición expresa de poner Requisitos de Desempeño, absoluta libre circulación de capitales, renuncia a la soberanía y el marco del Tratado por encima de nuestra Constitución a los efectos prácticos. Pero podríamos decir, vamos a ser ricos, van a llegar inversiones, generar empleo, etc. La soberanía se vende, pero se vende cara. El hecho es que ni hubo empleo ni crecimiento, entonces ¿a cambio de qué?

Y todos los tratados de protección de inversiones están inspirados en el capítulo 11 del TLCAN, y desde un tiempo a esta parte están yendo más lejos

que el TLCAN, pero en lo sustancial es todo igual, el eje es exactamente igual. Faltaría comparar palabra por palabra, pero los temas, los artículos, hasta los mismos nombres y el mismo número de artículos. Prácticamente son el capítulo 11 del TLCAN.

Resumiendo, ¿qué contiene? Libertad absoluta. ¿Qué pasó en México con esta libertad absoluta? La crisis de 1995. En México hay dos lecturas sobre la crisis de 1995, una oficial y otra la que vivió la gente. En 1995 México se abre unilateralmente antes del Tratado, baja aranceles, abre fronteras, lo cual llevó a un déficit comercial que literalmente se duplicaba año a año. En el primer año era un dólar, segundo dos dólares, el tercero ocho dólares y el cuarto dieciséis dólares.

De algún lado se tenía que compensar esta salida de dinero, porque el déficit comercial es definitivamente salida de dinero, y se decide que no se va a compensar como deuda sino como inversión extranjera. Entonces había que atraer inversión extranjera a como diera lugar. La economía se volvió absolutamente adicta, si no entraba inversión extranjera tronaba el asunto.

¿Cómo voy a atraer inversión extranjera? Primero vendiéndoles buenos negocios estatales y ahí empezaron las privatizaciones en toneladas. Pero al año siguiente precisaban el doble, pues te vendo más empresas estratégicas. Nuevamente al año siguiente necesitaban el doble y ya no había mucho que vender, todavía queda PEMEX que en aquel momento no se animaron a venderla por cuestiones políticas, pero ahora están tratando de privatizarla. Entonces había que atraer más inversiones extranjeras. Se cambió la ley de inversión extranjera (todavía no había Tratado) para permitir la inversión extranjera en la bolsa de valores con el fin de atraer inversión especulativa. Pero al año siguiente precisabas el doble, entonces había que subir la tasa de interés para compensar el riesgo y así atraerlos. Ustedes saben que una subida de la tasa de interés ciega la economía interna, para decirlo claramente. Para cualquier inversionista, que cada vez se invierta dinero va a provocar recesión, pero era una forma de atraerlos, porque necesitabas el dinero, porque si no con qué ibas a financiar el déficit. Después ya ni con eso venían. A principios del año 1994 había 58.000 millones de dólares en manos de extranjeros invertidos a 28 días en este tipo de instrumento de cobertura cambiaria, además de otros instrumentos.

El Estado quedó amarrado de pies y manos; no tenía ninguna posibilidad de implementar medidas concretas para salir del círculo en el que se había metido. Y esto, si bien es grave para el momento de las crisis, es igualmente grave en momentos en los cuales se pretende impulsar proyectos económicos y sociales. Por ejemplo para hacer políticas públicas: una que fomente la in-

versión en no sé que parte de Uruguay porque es una zona pobre o una que desarrolle una industria X porque es estratégico para el país. Entonces, doy incentivos fiscales, líneas de créditos blandos, etc., a la pequeña y mediana industria. El Estado puede aceptar el sacrificio fiscal que ello significa en aras de un proyecto de desarrollo nacional, pero con los tratados de inversiones y el principio de Trato Nacional mediante, automáticamente se lo daría a la Ford, a la General Motors o a la Hewlett Packard y a la IBM, porque no puedo tratar discriminatoriamente. ¿Qué Estado se va animar a tener una política de apoyo a la industria nacional si sabe que automáticamente se lo va a tener que dar a las transnacionales?

Entonces, los Tratados amarran las manos, no solamente en términos de regulación de inversiones extranjeras, sino en términos prácticos y de política pública.

Llevamos 11 años en México, lo primero que nosotros decimos es: analicen el texto. Entonces lo que puedo decir en plano fraterno, es lean el texto y aprendan de la experiencia mexicana que tras el aparente éxito de grandes inversiones no ha significado empleo ni crecimiento ni bienestar para la gente.

Argentina ante el CIADI; la última escena del ciclo de privatización y pobreza¹

Dra. Carolina Fairstein

Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS Argentina

La mayoría de los países latinoamericanos en los que se aplicaron las políticas de privatizaciones y apertura comercial propias del paquete neoliberal, en general han ratificado casi todos los tratados y convenios internacionales y regionales de derechos humanos y cuentan también con normas protectoras del medio ambiente y de los derechos de los consumidores.

Estas normas consagran tanto obligaciones sustantivas que tienen que ver con el contenido de los derechos en sí, como normas instrumentales que se refieren a los procedimientos y modos que deben seguir los Estados al momento de consagrar e implementar las políticas públicas tendientes a efectivizar los derechos en cuestión, tales como la participación de la sociedad civil, la consulta con los implicados y afectados directos, la producción y disposición de información, la transparencia de los procesos de implementación, etc.

Ahora bien, cuando miramos la realidad de nuestros países nos damos cuenta que muy pocas de las políticas públicas -especialmente en materia social- respetan en sus contenidos y en los modos de su diseño e implementación los mandatos que se derivan de los pactos de derechos humanos y normas ambientales y de los consumidores.

Así, cuando desde las movimientos y organizaciones sociales nos enfrentamos a problemas de violación de derechos humanos o analizamos una política y descubrimos su falta de adecuación a estos principios, no solo advertimos la enorme distancia que existe entre la consagración normativa -especialmente internacional de estos derechos y principios- y su efectiva implementación o respeto en la práctica, sino fundamentalmente cuan difícil y desafiante resulta diseñar y llevar adelante una estrategia para corregir la situación de violación del derecho y conseguir su respeto.

A las dificultades que tradicionalmente se presentan a la hora de reclamarle en forma efectiva a los Estados para que respeten y cumplan los derechos que ellos mismos han reconocido, se suma en las últimas décadas el

1. Ponencia presentada en el taller realizado en Montevideo en marzo de 2007, organizado por Amigos de la Tierra Internacional. Edición de Sebastián Valdomir.

problema que muchos de nuestros países en desarrollo han perdido parte de sus capacidades soberanas para determinar las políticas públicas que mejor tiendan a garantizar el bienestar de la población y el respeto de los derechos humanos.

Las condicionalidades incluidas en los acuerdos de préstamo o “salvataje” con las Instituciones Financieras Internacionales (IFI), los derechos y protecciones reconocidos a inversionistas extranjeros a través de la firma de Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y las concesiones otorgadas en el marco de las negociaciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC), han minado o debilitado en muchos casos gravemente la habilidad de llevar adelante políticas económicas y sociales que privilegien el desarrollo nacional y el bienestar de la población.

En América Latina estos procesos han sido liderados por los poderes ejecutivos nacionales en espacios distantes de carácter global y han evolucionado al margen de los mecanismos democráticos tradicionales del ámbito nacional y del control de la población. Y se agrega a la falta de transparencia el hecho que los compromisos constitucionales y las obligaciones en materia de derechos humanos, en particular en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no son considerados como mandatos imperativos ni han servido de guía a los actores de la economía global. Los activistas de derechos humanos entonces nos encontramos frente al desafío de desarrollar estrategias y métodos de incidencia que verdaderamente impacten en el diseño de políticas públicas protectoras de los derechos e intereses de la población.

En Argentina, entre los últimos años de la década de los 90 y los primeros años del presente siglo, cada vez se fue volviendo más notorio el impacto de la liberalización económica tanto en el debilitamiento de los derechos sociales básicos de las personas, como en el debilitamiento de la soberanía del Estado. Se fue haciendo cada vez más notable que ciertos espacios internacionales privados fueron reemplazando a los estados nacionales -y en la Argentina esto fue radicalizado y constatado al extremo- en la adopción de decisiones y en la fijación de políticas que tienen un directo impacto en la vigencia de los derechos humanos.

En particular un elemento que evidencia este proceso es que el número de demandas de empresas transnacionales al Estado argentino en las cortes arbitrales internacionales se incrementó dramáticamente, incluyendo una significativa parte de compañías de servicios públicos que utilizan este mecanismo como una manera de lograr que sus reclamos sean atendidos en forma positiva de modo de no quedar sujetos a los graves problemas que tuvo la economía argentina en ese período y la población en general.

En el caso de estudio que se presenta a continuación se hacen visibles todas estas tendencias, en relación a un problema de afectación del derecho humano al agua y cuyos resultados están aún por verse.

La situación en la que surge el caso

Luego de casi diez años de aplicación de políticas neoliberales de apertura, liberalización de la economía, desmantelamiento absoluto de las instituciones del estado de bienestar y privatización de las empresas prestadoras de servicios públicos, en el año 2001 la Argentina entra en una de las peores crisis económica, social y política de su historia.

Se devalúa la moneda que hasta ese momento estaba atada al dólar norteamericano, se genera un proceso hiperinflacionario y se capturan depósitos bancarios de ahorristas por parte del Estado.

El desempleo alcanza niveles del 21,5% de la población económicamente activa en el primer trimestre de 2002, los salarios reales se devalúan notablemente, y aumentan las tasas de la pobreza y la indigencia hasta niveles que nunca se habían visto antes: 53% de los argentinos viven debajo del margen la pobreza y a un 25% se le considera indigente. En octubre del 2001, 5,2 millones de argentinos han caído en la pobreza, llegándose a una situación en la que siete de cada diez niños son pobres.

Frente a esta situación, una de las medidas que adopta el Gobierno es la de congelar por ley las tarifas de los servicios públicos que las empresas privadas prestadoras querían aumentar (en algunos casos hasta en un 300% para mantener sus ganancias), y prohibir la indexación de las mismas de acuerdo a los índices de precios de Estados Unidos.

La empresa Aguas Argentinas S.A. (subsidiaria del grupo Suez, de capitales franceses) que prestaba el servicio de agua y saneamiento para la Ciudad de Buenos Aires y 17 distritos del Gran Buenos Aires (región metropolitana de Capital Federal), al igual que la mayoría de las empresas prestadoras de servicios públicos, demandó al Estado Argentino ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) reclamando que el congelamiento de las tarifas establecido por ley luego de la devaluación del peso argentino implicaba una violación de sus derechos protegidos por el TBI firmado entre Argentina y Francia en el año 1991. La empresa reclamaba una inmensa indemnización.

En el contrato de concesión firmado con la empresa se había pactado la jurisdicción local de justicia para la resolución de disputas o controversias. Esto normalmente lo hacen las empresas para acceder a los contratos, y después,

por diversos medios, tratan de ignorar y escapar de la cláusula, y eso fue lo que sucedió en este caso concreto. A su vez, el TBI establecía que cualquier diferencia relativa a la aplicación y protección de los derechos reconocidos en el tratado serían decididas por el CIADI a través de las reglas de procedimiento que el mismo CIADI tiene determinadas.

Un factor adicional de preocupación fue que al mismo tiempo que la empresa presentó su caso ante el CIADI contra el Gobierno, en el ámbito local se había iniciado un proceso de renegociación del contrato de concesión para la prestación de servicios, que se llevaba a cabo en el ámbito de una comisión de renegociación dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, y que tenía como misión revisar todos los incumplimientos de la empresa en el contrato anterior y negociar con ella los términos de un nuevo contrato que habría de regir la operatoria de la empresa por los restantes 15 años de la concesión o por otro plazo mayor que se estableciera en ese proceso de renegociación.

El proceso de renegociación tenía por cometido el revisar la totalidad del contrato y restaurar el equilibrio económico financiero que se consideraba quebrado luego de la devaluación; esta renegociación podía revisar el esquema tarifario, de financiamiento de las inversiones y hasta podía extender el plazo de la concesión que originalmente era de 30 años. Si bien en la comisión de renegociación no se preveía la participación representada de los usuarios o sectores de la sociedad civil, los documentos eran eventualmente de acceso al público y se preveía que una vez que las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre los términos del futuro contrato renegociado dicho acuerdo sería aprobado por el Congreso nacional previa audiencia pública.

Por otra parte, como se ha visto en otros casos y se constató nuevamente en este, el proceso ante el CIADI y sus procedimientos se caracterizan por su total falta de transparencia e información y hasta hace muy poco tiempo por la ausencia de mecanismos para que terceros con un interés en la controversia puedan hacer oír su voz y presentar argumentos relacionados a los casos. Los casos se tramitan en total sigilo, las audiencias se celebran en Washington o París sin acceso a terceros o la prensa y los documentos que presentan las partes se mantienen en reserva.

Desde las organizaciones que se preocuparon en este y otros procesos -incluido el CELS, que se involucró junto a otras organizaciones directamente en el caso como se verá mas adelante-, se percibía claramente que por detrás del interés declarado de la empresa al entablar la demanda en el CIADI para obtener una indemnización por los daños que le causó el congelamiento de las tarifas, el proceso arbitral internacional fue usado como mecanismo de presión sobre el Estado para lograr mejores términos en la renegociación y

para evitar que las medidas que adopte el gobierno afectarán aún mas contra sus intereses.

El proceso de arbitraje que se llevaba a cabo en forma secreta y sin la participación y control ciudadano involucraba cuestiones relacionadas con la provisión actual y futura del servicio de provisión de agua y saneamiento para más de 11 millones de personas. Las negociaciones que se llevaran adelante durante la tramitación de este caso así como su resolución final eran determinantes en el resultado del proceso de renegociación que estaba teniendo lugar para el futuro marco regulatorio bajo el cual se proveería el servicio de agua potable y saneamiento a los usuarios.

Si el Estado era encontrado culpable por haber impedido el aumento de tarifas en un momento de severa crisis económica y social y cuando más de la mitad de la población se encontraba bajo la línea de pobreza, sería bastante difícil esperar que en un futuro el Estado tomara este tipo de medidas de protección y garantía del derecho humano al agua. Se estaría entronizando la práctica abusiva de incrementar tarifas de servicios básicos a despecho de impactos inflacionarios y sociales.

El Estado estaría permanentemente bajo la lupa de las empresas cuando de alguna manera aunque sea poco significativa se pudieran ver afectados los intereses de inversionistas extranjeros. Dado que el caso se había originado como consecuencia de una medida adoptada por el gobierno para proteger a los consumidores de un aumento inabarcable en las tarifas de los servicios, existía un fundado temor de que una resolución contra la Argentina por parte del tribunal arbitral pudiera tener como consecuencia indirecta que el Estado Argentino se viera limitado en su capacidad de adoptar este tipo de medidas protectoras para la población en el futuro siempre que las mismas pudieran de algún modo afectar los intereses de un inversor extranjero, no importa en que proporción.

Ambos procesos estaban íntimamente imbricados: por un lado las negociaciones y transacciones entre Estado y empresa en el marco de las audiencias del CIADI, totalmente ausentes de control e información democráticos y dejando como meras declaraciones retóricas las posibilidades de participación y consulta para la sociedad argentina en el proceso de elaboración e implementación de políticas relacionadas con su derecho humano al agua.

Por otro lado, no podía haber mucha esperanza de que las cláusulas que surgieran del proceso de renegociación tuvieran realmente en cuenta el derecho humano al agua si el Gobierno Argentino resultaba condenado en el CIADI por haber adoptado una medida que protegía a sus habitantes de tener que pagar precios exorbitantes por el servicio de agua y saneamiento.

Derechos afectados en el caso

La situación descrita involucraba entre otros los siguientes derechos derivados del derecho humano al agua, reconocidos en la Observación General N°15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Concretamente se estaban vulnerando:

Párrafo 24 - Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento.

Párrafo 37 literal f - Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

El desafío entonces era poder lograr algún tipo de intervención en este procedimiento que generara la información necesaria en actores de la sociedad civil para evitar negociaciones y transacciones que repercutieran negativamente en la renegociación que estaba teniendo lugar en el ámbito local, y por otro lado lograr convencer a este tribunal que al interpretar los derechos de los inversionistas en casos como este y decidir sobre la controversia, se debían tener en cuenta consideraciones de interés público y de derechos humanos. En este nivel interno no parecía existir ningún mecanismo ni procedimiento que nos permitiera incidir de dicha forma. Por ende, la estrategia era tratar de lograr que la decisión final que se adoptara no fuera un mensaje en el sentido de que los derechos de los inversionistas protegidos por los Tratados de Protección de Inversiones son tan absolutos y extensos que ni aún crisis económicas de magnitud ni la protección de los derechos de miles de habitantes pueden justificar una restricción a tales derechos sin que el Estado tenga que pagar cifras considerables de indemnización.

En enero de 2005 el CELS, junto con organizaciones de usuarios y consumidores y una organización ambientalista de Estados Unidos presentamos al

tribunal del CIADI un pedido para poder acercar al tribunal argumentos en calidad de *amicus curiae* así como acceso a los documentos presentados por las partes y a las audiencias. Es importante subrayar que estas organizaciones no pretendían ser presentadas como parte, puesto que la intención fue la de diferenciarnos del Estado y mostrar que era necesario fiscalizar la defensa y actuación del Estado en todo el asunto.

De esta manera, se pudo acceder a parte de la información del litigio, así como aportar nuevos argumentos desde la perspectiva de las personas directamente afectadas, y al mismo tiempo, denunciar la ilegitimidad de todo el sistema al mismo tiempo.

Citamos las propias fuentes de las IFI y de las empresas en nuestro fundamentos; se citó un informe del Banco Mundial que decía que “la práctica de indexar las tarifas de los servicios públicos de acuerdo a los índices de precios de USA los tornó prácticamente inaccesibles para gran parte de los argentinos, situación que –indicaba el informe- podría empeorar de aprobarse nuevos incrementos tarifarios”. El informe databa de diciembre de 2003.

En este sentido le dijimos que el caso no podía ser resuelto y tratado como si lo que estuviera en juego fueran intereses meramente comerciales de un inversor y las medidas adoptadas por el estado no excedieran su propia esfera de intereses. “No se hallan en discusión intereses meramente comerciales privados, sino que, por el contrario, se involucran cuestiones de enorme trascendencia pública que afectan a la totalidad de los habitantes del país. Es que el objeto de la controversia concierne la capacidad y libertad regulatoria del Estado Argentino respecto a la prestación de servicios públicos esenciales. En particular el caso afecta directamente las condiciones en que las millones de personas que residen en el Gran Buenos Aires acceden al servicio de agua y saneamiento”.

También se presentó una publicidad de un estudio de abogados que reconocía expresamente que la utilización del arbitraje internacional invocando un tratado bilateral, o la amenaza de hacerlo, resulta la manera más efectiva para presionar sobre los Estados receptores de la inversión y así obtener renegociaciones contractuales satisfactorias (sitio web del estudio jurídico Freshfields, Bruckhaus, Deirnger).

Se sostuvo además que la estrecha vinculación entre el grupo Banco Mundial -del cuál el CIADI es parte- y la empresa demandante exigían también la transparencia y la participación. Mostramos que el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) había jugado un rol protagónico en el diseño del marco regulatorio y en el proceso de privatización del servicio de agua potable.

Se citó un documento del Banco Mundial donde claramente se estipulaba entre noviembre de 1991 y octubre de 1992, el BIRF recomendó activamente -para hacer más atractiva la venta de empresas públicas- la adopción de un programa oficial que incluyera que los precios y tarifas de los servicios privatizados se establecieran en precios internacionales y que su indexación se ajustase con el índice de precios al consumidor de USA. Esa política precisamente era la que estaba en el corazón de esta controversia. Citamos muchos otros documentos que demostraban que el BIRF y la Corporación Financiera Internacional (CFI) habían apoyado el proceso privatizador en Argentina y que habían contribuido en la redacción de los marcos regulatorios. A su vez alegamos que la CFI era accionista de un 5% de las acciones de la empresa Aguas Argentinas S.A.

Finalmente, se argumentó que la interpretación y tratamiento de este caso debe ser coherente con los demás compromisos internacionales asumidos por el Estado como los de derechos humanos y protección del medio ambiente. Por ende, la decisión final que se adopte en el marco de este proceso y las posiciones que el Estado vaya fijando en las negociaciones que se llevan a cabo ante el CIADI, extenderán sus efectos más allá de los derechos e intereses de las partes que están en la contienda.

El 19 de mayo de 2005 el tribunal del CIADI emitió una resolución preliminar en la que:

a) rechazó la solicitud de acceder a las audiencias pues las reglas establecen que solo pueden presenciarlas las personas autorizadas por las partes.

b) decidió aceptar preliminarmente el *amicus curiae* sujeto a condición que los peticionarios: i) demuestren la identidad y los antecedentes, ii) su interés en el caso, iii) las razones por las cuales el tribunal debería aceptar el escrito.

En marzo de 2005 ya se había rescindido el contrato de concesión con la empresa Aguas Argentinas S.A. y posteriormente en febrero de 2006 la empresa retiró su reclamo del CIADI.

Acuerdos de Asociación Económica (EPA): la estrategia de la Unión Europea¹

Los Acuerdos de Asociación Económica (EPA) propuestos por la Comisión Europea (CE) se están convirtiendo en una importante preocupación para las organizaciones de la sociedad civil en los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), al igual que para las organizaciones sociales en Europa. Los EPA reflejan la agresividad de la estrategia de “Europa Global”, tal como fuera formulada por el Comisario Europeo de Comercio, Peter Mandelson. Tanto dentro como fuera, la estrategia de “Europa Global” sirve a intereses económicos muy poderosos y específicos en Europa.

Los EPA son propuestos como “acuerdos de libre comercio recíproco” entre la Unión Europea (UE) y 79 países dentro del bloque ACP de los países menos desarrollados. Mediante los EPA, la CE pretende liberalizar las inversiones, garantizar la protección de la propiedad empresarial europea y mayores derechos de “propiedad intelectual”, la apertura de los sectores de servicios y de gasto gubernamental de los países de ACP (mediante licitaciones públicas) a las operaciones de las empresas europeas, la imposición de reglas de “competencia” que son desventajosas para los países mas pobres y mucho más.

Encabezados fundamentalmente por la Red de Comercio Africana, muchos miembros de la campaña “Detengan los EPA” están comparando -y vinculando- su campaña a la de la Alianza Social Continental, que en América Latina liderara la resistencia contra el Área de Libre Comercio de las América (ALCA), propuesta por los Estados Unidos desde fines de la década de los 90 hasta 2005.

Las investigaciones empíricas y los análisis realizados en profundidad por organizaciones activistas de ACP generaron críticas exhaustivas y convincentes que establecen las consecuencias destructivas anti-desarrollistas de la liberalización comercial supuestamente recíproca que producen los propuestos EPA. Estas investigaciones han expuesto los objetivos y las consecuencias de los aspectos de los EPA “relacionados con el comercio” definidos en los planes de la CE como temas de “nueva generación”.

1. Extractos del documento: Responses to the EU Offensive against ACP Developmental Regions, de Dot Keet, publicado por Transnational Institute, Amsterdam, 2007.

Una poderosa crítica surge con respecto a los efectos perjudiciales anti-desarrollistas y a otras consecuencias del comercio y de otras dimensiones liberalizadoras de los EPA, entre ellas:

- La naturaleza inherentemente desigual del flujo comercial entre economías de diferentes dimensiones y en niveles totalmente diferentes de desarrollo, alentadas por el llamado “acceso recíproco a los mercados”;
- Los consiguientes déficits comerciales en las economías más débiles, que contribuyen a las dificultades en la balanza de pagos, el continuo endeudamiento externo y la persistente dependencia de la ayuda externa;
- La enorme reducción de las tarifas aduaneras que perjudica la recaudación de los gobiernos pobres, muy dependientes de estos impuestos aduaneros en sus presupuestos, con consecuencias negativas para el gasto público esencial;
- La competencia intrínsecamente injusta entre los grandes productores/exportadores altamente competitivos de la UE con relación a sus contrapartes más pequeñas y débiles en los países de ACP;
- El declive inevitable e incluso el cierre de las empresas “no competitivas” en ACP, que contribuyen a la desindustrialización ya puesta en marcha allí mediante los programas de liberalización del FMI y del Banco Mundial;
- Las consiguientes reducciones del gasto público y el aumento del desempleo, que ahora alcanzan proporciones generalizadas y catastróficas en la mayoría de los países de ACP;
- La pérdida paralela de sustento de los pequeños productores e incluso de los grandes productores rurales, en gran medida mediante el flujo de exportaciones agrícolas subsidiadas de la UE hacia estos países;
- La destrucción de la seguridad alimentaria familiar y comunitaria, y de la soberanía/ seguridad alimentaria dentro de dichas regiones, y la creciente dependencia de las importaciones incluso en alimentos de primera necesidad;
- La agudización de la pobreza tanto en zonas rurales como urbanas y el consiguiente deterioro de las políticas públicas en lo social;
- Las consiguientes luchas por la sobrevivencia de los pobres que contribuyen a las presiones ambientales que ya son extremas debido a las operaciones extractivas de las empresas transnacionales en la minería, la agricultura, y las operaciones de pesca y (de)forestación.

Estos y otros efectos negativos de la liberalización del comercio y la inversión dentro de las economías más débiles ya han sido ampliamente analizados y documentados en respuesta a los Programas de Ajuste Estructural (PAE) impuestos a la mayoría de estos países por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial durante las últimas dos décadas.

Si los EPA son impuestos en forma exitosa en los países más débiles de ACP, también existe la amenaza de que se extienda una “segunda generación” de EPA a los países más débiles en América Central, América del Sur y Asia. Por lo tanto es prioritario para los movimientos sociales, de trabajadores, ambientalistas y otros en estos países y regiones, aprender de las experiencias de estas negociaciones y vincular sus luchas contra esos programas de liberalización económica en todas sus formas.

Estrategias “contra-regionales” de la UE

Dado el compromiso formal de los gobiernos y las instituciones neoliberales con la creación de una economía global única, es muy importante considerar que Estados Unidos dentro del TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) y la UE son los mayores grupos regionales del mundo actual, debido precisamente a que promueven y utilizan a su favor la “economía global abierta e integrada”. Tanto Estados Unidos como la UE construyeron en forma simultánea sus propias bases económicas regionales poderosas, permitiendo que sus empresas gocen de las ventajas de sus propios amplios mercados regionales integrados y también desde allí ser capaces de operar en forma más competitiva en la economía global.

Sin embargo, Estados Unidos y la UE son abiertamente expansionistas. Ambos han avanzado en intentar derrotar los planes y programas de agrupaciones regionales entre países en el Sur. Esto, por ejemplo, es lo que Estados Unidos intentó con el ALCA. Esto es lo que la UE también pretende lograr mediante sus TLC con el potencialmente poderoso Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Comunidad Andina de Naciones (CAN), en América del Sur y con el grupo ASEAN (Asociación de Naciones del Sureste Asiático); y mediante los EPA en las regiones de ACP.

La otra contradicción política que enfrenta el bloque ACP es que la CE está adoptando regiones del Sur global para que sirvan a sus propios fines. Resulta que ahora la UE es un promotor entusiasta de la integración regional entre los países dentro de África y el Caribe, e incluso en el Pacífico donde la integración regional aún está en pañales. Resulta que por un lado, es mucho más fácil y más eficaz para la CE negociar con grupos de países de ACP, que

con docenas de ellos individualmente. También valdría más la pena y sería más lucrativo para los inversores de la UE y para los productores/exportadores operar en mercados mayores y combinados de esos países.

El engaño político más peligroso de la CE, sin embargo, es que de hecho se las está ingeniando para invertir los objetivos subyacentes y muy lógicos de la integración regional entre países más pequeños o menos desarrollados del Sur. La posición e interés de la CE en esa integración regional no es la de apoyar y alentar un desarrollo interno más autónomo, integrado y autosuficiente en dichas regiones, sino que exhorta insistentemente a esos países a que se unan para facilitar su integración al mundo del comercio y a que comiencen este proceso abriendo sus mercados a empresas de la UE para que los “asistan” en esa dirección. Sin embargo es evidente que la estrategia de estos países basada en lo regional, -o mejor dicho- el reposicionamiento en la economía global basado en lo regional podría, en alguna etapa futura, ser un posible resultado del desarrollo de esos países, la apertura externa y la integración global promovida por la UE no es el medio para dicho desarrollo ni su objetivo principal o inmediato.

El Banco Mundial hace una formulación más explícita, que promueve enérgicamente el “regionalismo abierto”.

Las preocupaciones explícitas de la alianza CE/Banco Mundial eran, por un lado, que los países ACP no deberían “discriminar a terceros” fuera de sus regiones. Por otro lado, también asesoraron en forma “desinteresada” a gobiernos de regiones de desarrollo, propagando la idea que brindar condiciones más favorables a los productores y comerciantes internos generaría “el desvío del comercio” y no serviría a los objetivos de desarrollo regional.

La insistencia “desinteresada” de la CE es, por lo tanto, que estos sectores y temas se conviertan en aspectos fundamentales, como “temas de nueva generación” dentro de los EPA.

Además están las limitaciones y presiones en contra de las estrategias de desarrollo regional para los países mas pobres que provienen de la OMC. Además de la liberalización general, la re-regulación neoliberal, promovida mediante sus docenas de acuerdos y miles de páginas de reglas y reglamentos, el artículo 24 del GATT (Acuerdo general sobre comercio y aranceles) relacionado específicamente a los Acuerdos Regionales de Comercio es más pertinente para el caso².

2. En el artículo 24 se establece que cuando se crea una zona de libre comercio o una unión aduanera deberán reducirse o suprimirse los derechos y demás obstáculos al comercio sustancialmente en todos los sectores comerciales del grupo. El comercio de los países no miembros con el grupo no deberá ser objeto de mayores restricciones que antes de que se estableciera dicho grupo.

En el contexto de las negociaciones de EPA, una importante presión que sufren los gobiernos de ACP es que la CE insiste en que prometan “cumplir con las condiciones de la OMC”, remitiéndose entre otros al artículo 24.

La principal responsabilidad es de los propios gobiernos de ACP de cuestionar, develar y enfrentar los objetivos y repercusiones de la estrategia de los EPA de la UE. Las estrategias de desarrollo regional proporcionan la base y el marco dentro de los cuales los pueblos vecinos comparten muchas preocupaciones trasfronterizas y recursos en común (principalmente recursos hídricos), pueden trabajar juntos para hallar soluciones efectivas y equitativas a sus preocupaciones y problemas inmediatos.

Sobre todo estas agrupaciones regionales permitirán y fomentarán una mayor diversidad y más alternativas en el contexto económico global, al crear formaciones y soluciones variadas adecuadas a las diferentes necesidades y situaciones de las naciones, comunidades y pueblos, y en diversas regiones del mundo. Ese reagrupamiento regional democrático y de desarrollo puede contribuir a la reconfiguración de la economía mundial y a crear marcos efectivos y formas reales de diversificación y transformación que el mundo entero necesita en forma urgente.



Uruguay como país anfitrión: Botnia y el Banco Nórdico de Inversiones

Martín Drago Antúnez
REDES – AT Uruguay

En abril de 2007 Uruguay aprobó un acuerdo con el Banco Nórdico de Inversiones, para habilitar un préstamo de 70 millones de dólares de este banco europeo para la empresa finlandesa Botnia, con destino a la planta de producción de celulosa que instaló en Fray Bentos. Algunas de las cláusulas de este acuerdo lo asemejan a un “Acuerdo de Gobierno Anfitrión”.

El Banco Nórdico de Inversiones (NIB, por la sigla del inglés Nordic Investment Bank) es una Institución financiera internacional propiedad de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia, Estonia, Letonia y Lituania. Integra el Grupo Financiero Nórdico junto a otras tres instituciones financieras multilaterales: el Fondo Nórdico de Desarrollo (NDF), la Corporación Financiera Nórdica del Medio Ambiente (NEFCO) y el Fondo de Proyectos Nórdico (NOPEF).

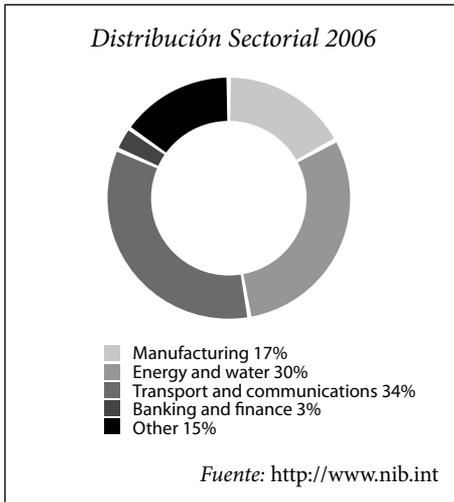
Los países participan en la propiedad del banco con diferentes proporciones. De todas formas, su estructura de gobierno garantiza la participación igualitaria en los distintos niveles de decisión y en la estructura de supervisión.

El Banco señala que sus operaciones en países no-miembro están dirigidas a fomentar el desarrollo económico y las mejoras ambientales, así como a apoyar la internacionalización de compañías de los países miembro.

En los países no-miembro, las operaciones del NIB consisten fundamentalmente en préstamos de largo plazo, hasta 20 años, para proyectos de interés mutuo entre los países miembro y el país prestatario. En 2006, los préstamos del NIB estuvieron enfocados principalmente a proyectos relacionados con energía, agua, desarrollo de infraestructura, transporte y comunicaciones.

Dirigidos a mercados de África, Oriente Medio, Asia, Europa Central y del Este y América Latina, los préstamos se le conceden primariamente a los gobiernos o a instituciones financieras públicas de los países prestatarios, pero también pueden ser otorgados préstamos sin garantía gubernamental a in-

Gráfico 1. Préstamos acordados en países no-miembro.



versionistas privados, en particular para proyectos de infraestructura privatizada. En Sudamérica el banco ha financiado proyectos en diversos países, entre otros: Brasil, Chile, Colombia y Uruguay. El banco también apoya la internacionalización de compañías de los países miembro.

Una variante particular de los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI), son los denominados Acuerdos de Gobierno “Anfitrión” (HGA por la sigla del inglés Host Government Agreements). Un HGA es un acuerdo legal entre un inversor extranjero y el gobierno del Estado receptor de la inversión, diseñado para reducir

los riesgos financieros y políticos del inversor en el país anfitrión.

El acuerdo firmado entre el banco y Uruguay, cuyo primer resultado fue el otorgamiento de un préstamo de 70 millones de dólares a la empresa finlandesa Botnia, fue suscrito en Helsinki el 1º de agosto de 2006, entrando en vigencia a partir de su aprobación por parte del parlamento uruguayo el 17 de abril de 2007.

Dicho acuerdo establece mecanismos de mucho mayor alcance que la cooperación económica entre Uruguay y los países miembro del banco. El mismo presenta todas las cláusulas características de los Tratados de Inversiones, generalmente señaladas como polémicas. De manera explícita presenta cláusulas como la solución de controversias inversionista-Estado; la imposibilidad de publicar información revelada en procedimientos arbitrales; exoneraciones impositivas a préstamos e intereses; trato nacional, trato de Nación más favorecida; prohibición de controles a los flujos de capital; inmunidad a sus funcionarios. Implícitamente, a través de la cláusula de trato de Nación más favorecida, el acuerdo incorpora las cláusulas de imposibilidad de fijación de requisitos de desempeño, restricciones a la expropiación “indirecta” y trato justo y equitativo.

El otorgamiento de la cláusula de Nación más Favorecida a inversiones de carácter privado, instituye y posibilita mecanismos de tipo inversor-Estado, ya que cualquier inversor que cuente con el respaldo (préstamo o garantía)

del NIB obtendrá todas las ventajas incluidas en el TBI, suscrito por Uruguay, que más le convenga.

Si bien Uruguay cuenta con un número importante de tratados, acuerdos o convenios de protección de inversiones, ninguno -hasta ahora- tenía implicancias tan directas con inversores privados, como este firmado con el NIB.

Algunos proyectos financiados en el América del Sur

En América Latina el NIB tiene acuerdos con Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, México, Perú, Uruguay y Venezuela. También coopera con instituciones financieras multilaterales latinoamericanas, como la Corporación Andina de Fomento y el Banco Centroamericano de Integración Económica.

Brasil

*Veracel Celulose*¹

Veracel Celulose S.A. construyó -en Eunópolis, estado de Bahía- una planta productora de pulpa de celulosa a partir de eucaliptos. La misma tiene una capacidad de producción de 900 mil toneladas anuales, auto abasteciéndose de madera. Los propietarios de la compañía son, en partes iguales, Stora Enso (sueco-finlandesa) y Aracruz Celulose S.A. (brasileña), tomando cada una el 50 % de la celulosa producida.

El presupuesto para la construcción de la planta fue de 858 millones de dólares. Además, cerca de 200 millones de dólares se han invertido en plantaciones e infraestructura.

Las empresas propietarias aportaron con fondos propios el 45% de dicho presupuesto. El restante 55% fue obtenido a través de préstamos internacionales proporcionados por el Banco de Desarrollo Brasileño, el Banco Europeo de Inversiones y el NIB. La planta comenzó a funcionar en mayo de 2005.

*Aracruz vs. Indígenas tupinikims y guaraníes, y campesinos brasileños*²

Aracruz Celulose S.A. tiene operaciones forestales en los estados brasileños de Espírito Santo, Bahía, Minas Gerais y Rio Grande do Sul, con aproximadamente 263.000 hectáreas de plantíos renovables de eucalipto, intercalados con cerca de 143.000 hectáreas de reservas nativas.

1. <http://www.storaenso.com/>

2. Los textos que describen los impactos de las actividades de Aracruz Celulose S.A., pertenecen a un informe, inédito, de José Elosegui.

Los pueblos indígenas tupinikim y guaraní del estado brasileño de Espírito Santo se encuentran en litigio con la empresa Aracruz Celulose S.A. por la ocupación ilegal que la misma ha realizado de 11.000 hectáreas de propiedad indígena³.

Medidas desmedidas: el racismo como estrategia

En setiembre de 2006, ante la aparente inminencia de una decisión gubernamental obligando a la devolución de las 11.000 hectáreas de tierras indígenas, la empresa desarrolló una fuerte campaña de comunicación racista en contra de los pueblos tupinikim y guaraní. Dentro de esta estrategia, se encuentra la instalación de enormes paneles en el municipio de Aracruz, que, con un racismo explícito, decían: “Aracruz trajo el progreso, la FUNAI⁴ los indios”; “Basta de indios amenazando trabajadores”; “La FUNAI defiende a los indios, ¿quién defiende a nuestros empleados?”.



3. La Fundación Nacional del Indio (FUNAI), agencia del gobierno brasileño, el 12 de setiembre de 2006 envió a Márcio Thomaz Bastos, ministro de justicia de la época, un informe que sostiene que las tierras ocupadas por Aracruz Celulose S.A. en Espírito Santo son de propiedad indígena y deben ser demarcadas como tales.

4. FUNAI – Fundación Nacional del Indio, organismo público que se encarga de velar por los derechos de los pueblos indígenas.

Organizaciones de derechos humanos acusaron a la empresa de difundir material con contenidos xenofóbicos y discriminatorios, que despertaron actitudes racistas de la sociedad en contra de los pueblos originarios.

Los perjuicios de Aracruz y las empresas forestales

En la región sur del estado de Bahía, lindera con Espírito Santo, se ha constatado un verdadero éxodo de agricultores familiares y pequeños productores en los últimos años a causa de la ocupación de las tierras más fértiles por parte de la actividad forestal.

Un informe elaborado por la organización brasileña CEPEDDES (Centro de Estudos e Pesquisas para o Desenvolvimento do Extremo Sul da Bahia) constató que en el entorno de la fábrica de celulosa Veracel en Bahía, concretamente en los municipios de Eunópolis, Belmonte, Itagimirim e Itapebí, la población rural se redujo drásticamente: casi un 60% entre 1991 y 2000. En el mismo período la población rural en todo Brasil se redujo 28%.

En junio de 2006, el Movimiento de Pequeños Agricultores de Brasil denunció que la empresa Aracruz Celulose S.A. había talado una importante área de la Mata Atlántica en la naciente del río Jacutinga, próximo a la ciudad de Linhares, en el estado de Espírito Santo. Esta acción fue considerada como un crimen ambiental por el Instituto Brasileño de Medio Ambiente (IBAMA). Se calcula que Aracruz es responsable por la deforestación de cerca de 50 mil hectáreas en ese tipo de ecosistema.

Suzano Bahia Sul Papel e Celulose S.A1

La construcción de una nueva línea de producción de pulpa de celulosa en la compañía Suzano Bahia Sul Papel e Celulose S.A., pretende tanto expandir la capacidad de producción de dicha planta hasta 365 mil toneladas al año, como diversificar la producción y adaptarla a las condiciones cambiantes de mercado. En 2006, el NIB participó en este proyecto con un préstamo de 40 millones de euros.

Colombia

En Colombia el NIB ha concedido préstamos en los sectores de energía, telecomunicaciones, transporte, acueducto y servicios sanitarios.

Represa Urrá I

La represa hidroeléctrica Urrá I, con capacidad generadora de 340 MW y un embalse de 7.400 hectáreas, está situada sobre el río Sinú en el departamento

de Córdoba. El proyecto tuvo un costo de construcción de 800 millones de dólares, financiados en un 40% por el gobierno colombiano y el resto a través de préstamos internacionales. Dichos préstamos fueron concedidos por organismos como la agencia canadiense Export Development Corporation, el Nordbanken de Suecia y el NIB.

La licencia ambiental del proyecto fue aprobada en 1993 y la construcción -por parte de la compañía sueca Skanska en sociedad con la colombiana Con-civiles- comenzó en 1994. El llenado del embalse se inició en 1999 y la presa fue puesta en funcionamiento en el año 2000, aportando el 4% de la demanda energética doméstica estimada en 2002.

Las comunidades afectadas por Urrá I en la Cuenca alta del Sinú fueron los pueblos indígenas Embera-Katío, y en la Cuenca Baja del Río Sinú los campesinos y pescadores, así como los pueblos indígenas Zenues, que habitaban el área del embalse e inmediaciones de la represa. De acuerdo a cifras de la Asociación de Pescadores y Campesinos de la Ciénega Grande de Lorica y sus Humedales, se estima que alrededor de unas 70.000 personas fueron afectadas por el proyecto Urrá I.

Este proyecto está asociado con el asesinato de numerosos líderes indígenas y activistas opositores del proyecto, y hoy en día las amenazas aún continúan.

Uruguay

Botnia S.A.

El 12 de marzo de 2007 el NIB acordó con Botnia S.A. un préstamo de 70 millones de dólares, para la construcción de la planta de celulosa que dicha empresa construyó en Fray Bentos. La planta comenzó a funcionar en noviembre de 2007.

Acuerdo Marco Uruguay - Nordic Investment Bank

Según Johnny Åkerholm, presidente del NIB, “el acuerdo apoyará la cooperación económica entre Uruguay y los países miembro del banco. Esperamos que la presencia del NIB ayude y anime a más compañías de los países nórdicos y bálticos a entrar en este mercado”.

Suscrito en Helsinki el 1º de agosto de 2006, entró en vigencia a partir de su aprobación por parte del parlamento uruguayo el 17 de abril de 2007. La misma se realizó a través de la ley N°18.117. El acuerdo fue suscrito, tanto en idioma inglés como en idioma español, aunque en caso de discrepancia

o desacuerdo respecto de su interpretación prevalecerá la versión en idioma inglés.

El artículo 11 del acuerdo señala que el mismo será válido mientras ninguna de las partes notifique a la otra la rescisión del Acuerdo. *“No obstante dicha rescisión, las disposiciones del presente Acuerdo continuarán en vigencia para todos los contratos que dentro del alcance del presente Acuerdo fueran firmados con anterioridad a la notificación, hasta tanto todos los montos adeudados en virtud de tales contratos hayan sido pagados en su totalidad”*.

A través del Acuerdo (artículo 5), Uruguay *“reconoce que el NIB es una institución financiera multilateral que aplica políticas similares a las de otras instituciones financieras multilaterales en cuanto a la ejecución de proyectos y a las obligaciones de servicio de la deuda de los prestatarios, incluida la política de no participación en reestructuración alguna de la deuda nacional”*.

En su artículo primero el Acuerdo sostiene que *“Uruguay y toda persona jurídica pública, semi-pública o privada en Uruguay, serán elegibles para solicitar préstamos o garantías al NIB (...). El importe del financiamiento podrá ser utilizado para cubrir el costo de cualquier elemento de los proyectos seleccionados”*.

En el segundo artículo se plantea que *“el financiamiento del NIB complementará a otras fuentes financieras disponibles. El NIB colaborará para proporcionar un financiamiento ventajoso para proyectos apropiados, a través del co-financiamiento con otras instituciones multilaterales, instituciones financieras oficiales y privadas de los países miembro y otras instituciones seleccionadas”*.

Este Acuerdo presenta todas las cláusulas características de los TBI, señaladas como polémicas en el cuadro siguiente.

Cláusula característica de TBI	Presente en Acuerdo	Artículo
Solución de controversias inversionista-Estado	Si	10
Imposibilidad de publicar información revelada en procedimientos arbitrales	Si	10
Exoneraciones impositivas a préstamos e intereses	Si	6
Trato Nacional	Si	4
Trato de Nación más favorecida	Si	8
Límites a imposición de requisitos de desempeño	Si	Indirectamente a través del artículo 8
Restricciones a la expropiación “indirecta”	Si	
Trato justo y equitativo	Si	
Prohibición de controles a los flujos de capital	Si	7
Inmunidad a sus funcionarios	Si	9

Características de los TBI en el Acuerdo Uruguay - NIB

El siguiente análisis, marcará los artículos del acuerdo en los que se establecen las características de los TBI señaladas.

Solución de controversias inversionista-Estado

El artículo 10, señala que *“toda disputa, controversia o reclamo que surja de la interpretación, aplicación o cumplimiento del presente Acuerdo o que se relacione con ellos, incluidas su existencia, validez o extinción, que no se resuelva mediante negociación u otro modo convenido de acuerdo en un plazo de 60 días, será resuelto mediante la convocatoria por las partes de un tribunal ad hoc, compuesto por tres miembros. Cada parte designará uno de los árbitros, y éstos conjuntamente designarán el tercer árbitro de una lista de 10 candidatos previamente acordada entre las partes -tres de los cuales deberán no ser nacionales de las partes-; siendo el tercer árbitro así elegido presidente del tribunal.*

Si el tribunal completo no ha podido ser establecido dentro de los 180 días de la solicitud de arbitraje, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje, La Haya, Países Bajos, que realice los nombramientos correspondientes.

Una vez constituido el Tribunal, éste establecerá sus reglas de procedimiento así como cualquier otro tema necesario para su funcionamiento. El tribunal tomará sus decisiones preferiblemente por voto unánime de sus miembros. No existiendo unanimidad en la votación, prevalecerá la decisión de la mayoría”.

a.- Imposibilidad de publicar información revelada en arbitraje

En el mismo artículo se sostiene que, *“con excepción del laudo arbitral y de sus argumentos, ninguna parte permitirá la publicación de documentos, actos u otra información revelada en el transcurso de los procedimientos arbitrales”.*

b.- Exoneraciones impositivas a préstamos e intereses

Según el artículo 6, Uruguay establecerá exoneraciones impositivas (“impuestos, tasas o gravámenes de cualquier naturaleza”) a intereses y cualquier deuda adquirida con el NIB -sea mediante préstamos o garantías- en el marco del acuerdo.

c.- Trato Nacional

Este tipo de trato queda establecido a través del artículo 4. El mismo señala que *“el NIB gozará en Uruguay de la más amplia capacidad jurídica conferida a las personas jurídicas de conformidad con las leyes de Uruguay. En particular el NIB podrá: poseer y disponer de bienes fijos; solicitar préstamos en Uruguay*

por medio de todos los instrumentos permitidos por las leyes y reglamentaciones de Uruguay; y ser parte en acciones judiciales”.

d.- Trato de Nación más favorecida

Mediante el artículo 8 se establece *“que las entidades presentes en Uruguay que cuenten con financiamientos o garantías del NIB o en las que el NIB tenga un interés de garantía, se beneficiarán de un trato no menos favorable que el brindado normalmente según la legislación vigente en Uruguay o todo acuerdo bilateral para la promoción y protección recíproca de inversiones en el que Uruguay sea parte”.*

Es importante señalar que esto establece que cualquier inversor que cuente con el respaldo (préstamo o garantía) del NIB obtendrá todas las ventajas incluidas en los tratados de protección de inversiones suscritos por Uruguay, eligiendo aquel que más le convenga. Por lo tanto, también adiciona a las inversiones financiadas o garantidas por el banco, la “inmunidad” ante expropiaciones indirectas y ante requisitos de desempeño.

Si bien Uruguay cuenta con un número importante de tratados, acuerdos o convenios de protección de inversiones, no tiene ninguno con inversores privados.

e.- Prohibición de controles a flujos los de capital

El artículo 7 garantiza que *“las entidades presentes en Uruguay que cuenten con financiamientos o garantías del NIB o en las que el NIB tenga un interés de garantía tendrán asegurado el libre acceso a la compra y transferencia de divisas extranjeras para el pago de intereses, capital y otras obligaciones financieras al NIB”.*

f.- Inmunidad a sus funcionarios

En cuanto a esto, el artículo 9 establece que *“en tanto se encuentren realizando actividades relacionadas con la implementación del presente Acuerdo, los representantes del NIB gozarán de inmunidad contra procedimientos judiciales y administrativos respecto de los actos que realicen en virtud de sus funciones oficiales, excepto en los casos en que el NIB renuncie a dicha inmunidad”.*



El significado estratégico de que un país se anime a denunciar al CIADI

CEIBA - Amigos de la Tierra Guatemala

Introducción

La decisión adoptada por Bolivia, Nicaragua y Venezuela relacionada con la “denuncia” del CIADI (ver capítulo 3), esto es, salirse de su radio de acción, es tan trascendental por lo que implica que podemos decir que abona al “desencadenamiento” de la globalización o en otras palabras una “ruptura con los designios del gran capital y de las herramientas del modelo neoliberal y una recuperación sustancial de la soberanía de los Estados”.

Como se ha visto en el capítulo 1, el CIADI es la entidad que utiliza el Banco Mundial para resolver controversias que existen entre inversores privados y Estados en esta arquitectura del modelo económico neoliberal. Para ejercer su mandato se ha valido de todo tipo de artimañas de tipo legal, diplomático, económico, y tanto los tratados bilaterales de inversión como los tratados de libre comercio le han dado más atribuciones para su actuación en nuestros países.

Para muchos guatemaltecos y guatemaltecas esta sopa de letras denominada CIADI parecerá muy lejana y extraña, pero son más cercanas a las desgracias de las familias más pobres de lo que creemos. Sin embargo, para el caso de Guatemala en particular existe un antecedente muy reciente que describe a la perfección la unión estrecha que tienen las corporaciones transnacionales con este organismo. En marzo de 2007 la empresa estadounidense Railroad Development Corporation (RDC) anunció que demandaría al Estado de Guatemala por no cumplir con las cláusulas del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (CAFTA por sus siglas en inglés) en una concesión otorgada a esa empresa para los servicios de Ferrovías de Guatemala.

Como ya es conocido, el CAFTA ha sido suscrito por Guatemala conjuntamente con El Salvador, Honduras y Nicaragua y ratificado luego en sus respectivos congresos. En dicho tratado se contemplan normativas que afectan

los derechos humanos, la salud, la educación y el medio ambiente. A pesar que el país aun no recibe los anunciados “beneficios” del tratado, ya se vislumbra la primera demanda relacionada con dicho proceso.

La demanda en cuestión está siendo dirigida por Ferrovías de Guatemala, empresa subsidiaria de la corporación norteamericana Railroad Development Corporation (RDC). Esta empresa transnacional adquirió y privatizó en el año 1997, Ferrocarriles de Guatemala – FEGUA, institución que hasta entonces era propiedad del Estado. La concesión del servicio se dio por un período de 50 años, finalizando en el año 2047.

El origen de la demanda surge como respuesta al reclamo de lesividad que Guatemala hiciera en agosto de 2006 a Ferrovías de Guatemala, por no haber invertido capital alguno desde que fuera concesionado el servicio, como también por no haber puesto en operación y funcionamiento el servicio de ferrocarril.

Debido a ello, la empresa RDC presentó formalmente el 13 de marzo de 2007, ante la oficina de acuerdos comerciales del Ministerio de Economía la intención de iniciar un juicio de arbitraje en contra de la República de Guatemala de conformidad con las normas que establece el Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio que Guatemala implementó con Estados Unidos de América desde julio de 2006.

La demanda de RDC al Estado de Guatemala procura una indemnización por 65 millones de dólares, 50 millones de los cuales serían por “beneficios no percibidos” y 15 millones más por inversión realizada en el proyecto.

Algo curioso que resulta en todas estas negociaciones entre el gobierno y la RDC, es que Regina Vargo, quién lideró la delegación diplomática estadounidense en todo el proceso y las rondas de negociación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, ahora figura a la par del gerente de la ferrocarrilera estadounidense como parte de su staff de “asesoría jurídica”.

Regina Vargo además tiene vínculos familiares con uno de los más grandes inversionistas del bloque duro de cabildeo pro CAFTA en EE.UU.. Todo esto indica que aparte de los abusos propios de las cláusulas de los tratados y sus capítulos de inversiones y Trato Nacional, los impulsores de la fase neoliberal actual ni siquiera se están cuidando de solapar sus intereses y acciones corruptas, aprovechando las ventajas estratégicas de ser parte integrante e interesada en una negociación como representante de un gobierno, para utilizar dicha información posteriormente para defender intereses de las transnacionales.

Si Guatemala como país denunciara al CIADI estaría dando un paso importante y estratégico en la recuperación de su soberanía en la definición de su política económica. Es necesario constantemente subrayar que ante la situa-

ción actual con más del 60 % de la población que se debate en la pobreza, los discursos de crecimiento económico no han servido para remediar nada sino para agravarla, y que por ende es más que nunca necesario retomar la defensa de la soberanía económica y comercial, Guatemala debiera salirse de una vez por todas de los designios económicos del FMI y del Banco Mundial.

Para el caso de Guatemala, la sola aplicación de alguna de estas normativas para demandar al Estado pondría al país en aprietos, porque el Estado guatemalteco no tiene capacidades financieras para enfrentar demanda alguna en estos niveles. Las reducciones de recaudación financiera que provoca la entrada en vigencia del TLC con EE.UU. indica que en términos realistas no será para nada ventajoso para Guatemala lanzarse a estas instancias legales en ámbitos como el CIADI.

Lo que tampoco puede hacer Guatemala como país, es tomar la política de dejar hacer, dejar pasar, pues eso desnaturaliza el papel del Estado que se le asigna en la Constitución de garantizar los derechos de sus ciudadanos.

Guatemala, si es coherente con su situación política y económica, debería asumir la “denuncia” del CIADI, para prevenirse contra cualquier tipo de demanda relacionada con esta instancia. Claro, esto traerá complicaciones porque con la suscripción del CAFTA, Guatemala ha aceptado regirse bajo esas normativas. Ante ese reto, también el CAFTA puede (y debe) ser “denunciado”.

Para lograr recuperar su soberanía en términos de política comercial, de inversiones y económica, el país ameritaría solamente un poco de sentido común, un poco de interés por el bien nacional, un poco de capacidad y por supuesto, la voluntad de defender ante todo los intereses del pueblo de Guatemala.

El Ferrocarril en Guatemala: una historia de despojo

La historia del ferrocarril en Guatemala se inicia en el año 1880 cuando arranca la construcción del tramo San José-Guatemala, que concluye el 15 de septiembre de 1884 cuando entra en funcionamiento. Fue impulsada en el marco de la “reforma liberal” y en las necesidades de la incipiente industria del café y sus sectores económicos vinculados. Durante este período se otorgaron las primeras concesiones (privatizaciones) en la historia del país, con el objetivo de atraer inversión extranjera para “modernizar” la infraestructura para la exportación agrícola, “debido a la incapacidad material y económica del Estado para hacerlo”.

Estos tramos pasaron rápidamente a formar parte del monopolio de la United Fruit Company (UFCO) que dentro de los primeros acuerdos alcanzados con el gobierno guatemalteco se incluía el uso de las vías del

ferrocarril y la exclusividad a transportar el correo entre Guatemala y Estados Unidos. Con la expansión de la producción del banano y el incremento de las exportaciones, la UFCO crea la empresa ferroviaria conocida como International Rail Centroamérica (IRCA), a partir de una concesión que el gobierno de Estrada Cabrera (1898-1920) le otorga para operar el ferrocarril hacia el Atlántico. El viejo sueño de construir el “ferrocarril del norte” del régimen liberal, se vio frustrado por la guerra contra El Salvador y la falta de créditos.

Con el ferrocarril se consolida rápidamente la expansión del poder de la transnacional del banano en todo el territorio nacional, controlando puertos, telégrafos y la producción de energía. En otras palabras la UFCO obtuvo el control de todos los medios de transporte y comunicaciones en el país. Este poder dura hasta finales de los años 60 y principios de los 70, cuando decide retirarse del país. Entonces el gobierno de Méndez Montenegro (1966-1970) adquiere la maquinaria de IRCA, en ese momento ya convertidas en chatarra, y crea la empresa Ferrocarriles de Guatemala (FEGUA).

En octubre de 1997, el gobierno del entonces presidente de Guatemala Álvaro Arzú, privatiza FEGUA a favor de la norteamericana Railroad Development Corporation (RDC), cuya sede se encuentra en Pittsburgh, Estados Unidos. Dicha empresa cuenta con operaciones en 6 países de tres continentes, teniendo como modelo de negocios el desarrollo de la logística basado en el ferrocarril, el uso de las instalaciones portuarias y el desarrollo de fibra óptica con otros negocios relacionados.

Su inversión en Guatemala es basada principalmente en la explotación de 800 kilómetros de línea férrea a través de su subsidiaria Ferrovías de Guatemala. Después de años de abandono, la poca inversión recibida y la destrucción generada por el huracán Mitch, el valor que la empresa adquiriría, no estaba en la infraestructura y el equipo existente, convertidos en chatarra. El valor real del ferrocarril en Guatemala radica en la conexión estratégica que logra su recorrido, al conectar el océano Pacífico, el sur de México, el norte de El Salvador con los puertos guatemaltecos en el mar Caribe, desde donde se accede al océano Atlántico.

Después de años de abandono, el servicio comercial fue restituido en 1999 -dos años después de la concesión-, luego de rehabilitar un tramo de 60 kilómetros que une la capital Ciudad de Guatemala con la ciudad de El Progreso, cuyo trayecto fue utilizado principalmente para el transporte de cemento de la fábrica localizada en dicha región. Posteriormente se rehabilitó el tramo entre Puerto Barrios – Santo Tomas de Castilla y la Ciudad de Guatemala con el objetivo principal de transportar carga entre ambos destinos.

La inversión inicial se estimó en 15 millones de dólares, de los cuales un porcentaje minoritario correspondía a accionistas guatemaltecos y se orientó básicamente a la rehabilitación del sistema. La concesión se realizó por medio de un contrato privado que incluía la figura del usufructo oneroso, con lo cual dicha empresa obtenía los activos físicos de la antigua compañía y el derecho exclusivo del uso de la vía, durante un período de 50 años. La mayor parte de las locomotoras de la antigua empresa estatal estaban paradas desde hacía un par de años, debido a las pérdidas que al Estado le ocasionaba el funcionamiento del ferrocarril, por lo tanto el compromiso adquirido por RDC era no solamente propiciar de nuevo el funcionamiento del ferrocarril si no también incluía su modernización.

Nueve años después, la inversión para la rehabilitación de todas las rutas sigue esperando. La empresa RDC no ha logrado operar con fluidez la ruta del Atlántico, y se ha dedicado a obtener ingresos a través del arrendamiento de bienes inmuebles obtenidos dentro del contrato de concesión que el Estado le otorgó, debido a que buena parte del terreno del puerto Santo Tomás pertenecía a la antigua empresa FEGUA, y a que el Estado a través del Ministerio de Finanzas Públicas sigue cobrando a las compañías bananeras el uso de dichas instalaciones, ingresos que debe compartir con RDC. Adicionalmente la empresa obtiene ingresos por el traslado de mercancías hacia los puertos del Atlántico y el uso turístico de la ruta.

En agosto de 2006, la Procuraduría General de la Nación emprendió un juicio administrativo contra la empresa por incumplimiento de contrato – al no invertir en la modernización de la empresa- y declaró lesivo a los intereses nacionales la concesión otorgada a RDC. La declaración de nulidad se da exactamente 100 días después de entrada en vigencia el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

Los intereses de fondo en la declaratoria de nulidad aún no están aclarados. Se menciona que atrás de la declaración de lesividad del contrato de usufructo contra la empresa RDC se encuentra el poderoso sector azucarero, que con la ampliación de sus actividades productivas y la generación de agrocombustibles a base de caña de azúcar pueden incrementar sus exportaciones, especialmente a Estados Unidos. Controlar un medio de transporte eficiente, barato y con amplia capacidad de transportar volúmenes grandes de carga, puede ser el motivo atrás de dicha declaración de lesividad que impulsó el gobierno de Berger.

La respuesta de RDC fue plantear un juicio de arbitraje en contra de la República de Guatemala bajo el amparo del Capítulo 10 de Inversiones del CAFTA, a través del sistema de resolución de conflictos entre inversionistas y

Estado. La comisión de arbitraje se establece de acuerdo al convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI- o bien por medio de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-.

En búsqueda de obtener un beneficio directo y revertir la pérdida de la concesión, la empresa norteamericana contrató a Regina Vargo, jefa del equipo negociador de Estados Unidos para litigar contra el Estado de Guatemala. En la demanda la empresa alega incumplimiento de contrato, expropiación indebida y daños a su inversión. El monto que reclama es de 65 millones de dólares, (aproximadamente unos 500 millones de quetzales) que corresponde a 15 millones que se supone invirtió por el derecho de uso de la vía, reparación de la maquinaria y mantenimiento de la infraestructura; y 50 millones de dólares por concepto de utilidades proyectadas durante los 50 años que dura la concesión, pese a ser una empresa que desde sus inicios ha reportado constantes pérdidas.

Aquí se nota el desprecio de la legislación nacional y la judicatura local que subyace dentro del Tratado de Libre Comercio, un aspecto contradictorio, pues en el mismo capítulo se exige el trato nacional, pero se rechaza la legislación local.

Tan solo un año de vigencia del CAFTA

Ante este proceso es posible hacer varias lecturas. En primer lugar, el TLC utiliza, en relación al tema de las inversiones, definiciones amplias y flexibles que pueden prestarse a múltiples interpretaciones, tal como está sucediendo en este caso específico. Dichas interpretaciones siempre van a beneficiar al inversionista en contra de los intereses del Estado.

El desprecio a la legislación nacional expresado en la demanda al Estado, solicitando una indemnización y pago de daños y perjuicios es a todas luces una arbitrariedad, que solamente a través del Tratado de Libre Comercio se puede lograr. La aplicación del CAFTA a contratos suscritos antes de la vigencia del Acuerdo es preocupante, pues en ese mismo sentido se puede demandar a los Estados centroamericanos si en su legítimo derecho suspenden las concesiones de exploración y extracción de metales, especialmente petróleo y oro, vigentes en la actualidad.

Este asunto constituye el capítulo más reciente de la historia del ferrocarril en Guatemala, que fue concebido como un medio de transporte de personas y mercancías que apoyaría el impulso del desarrollo nacional y se ha convertido a lo largo de los años en una pesada carga para los guatemaltecos y guatemaltecas,

usado y explotado principalmente por empresas extranjeras, que amparados de oprobiosos contratos de concesión, han sacado provecho de este medio de transporte, por distintos medios, sin que hasta la fecha -127 años después de su creación- haya generado el desarrollo esperado.

Las consecuencias de que los gobiernos otorguen al capitalista todos los beneficios posibles son contraproducentes y contradictorias a la lógica del emprendimiento empresarial que tanto pregonan los promotores del Tratado. Por un lado el gobierno le garantiza al capitalista la obtención de la ganancia porque lo exonera de pagar impuestos, le da concesiones de todo tipo, le garantiza la repartición de sus utilidades y lo protege legalmente de cualquier expropiación de la que pueda ser objeto.

Las organizaciones sociales que se opusieron al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos lo denunciaron mucho antes que esto pasara. En pleno proceso de negociación se dijo que otorgar plenas garantías a los inversionistas en desmedro de las políticas de desarrollo social, era negativo para el país y no hacia más que generar y garantizar los beneficios privados a los dueños del capital, nacionales y extranjeros. En este caso, la empresa ha demandado al Estado; la primera demanda que se conoce pero que serán muchas más con el correr de los años de vigencia del CAFTA, y el Estado no puede demandar a dicha empresa por incumplimiento del contrato, pues también es obvio que no hay ninguna inversión que haga funcionar el ferrocarril en beneficio de la gente.



CIADI/Telecom Italia: otro ataque a Bolivia

“Algunas empresas transnacionales se adueñan de nuestros recursos naturales, privatizan los servicios básicos, no pagan impuestos y luego, cuando no tienen argumentos para defenderse, recurren al llamado CIADI. Y después, en ese tribunal, ningún país gana frente a las transnacionales. Entonces, ¿para qué necesitamos un CIADI donde sólo ganan las empresas transnacionales que engañan a los pueblos?”

Presidente Evo Morales

*Por: Movimiento por la Soberanía y la Integración
Solidaria de los Pueblos – Contra el TLC y el ALCA*

Una vez más, Bolivia está bajo ataque de las multinacionales y del Banco Mundial. Una subsidiaria de la Telecom Italia abrió un proceso contra Bolivia en el CIADI del Banco Mundial.

En el año 2000, el pueblo de Cochabamba en Bolivia recuperó su sistema de agua privatizado por la Corporación Bechtel con sede en Estados Unidos, que elevó las tarifas hasta en un 300%. La transnacional contraatacó acusando a Bolivia en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI). Sin embargo, presiones de los ciudadanos y organizaciones en todo el mundo forzaron a la empresa a desistir y finalmente a retirar el juicio.

El 12 de octubre de 2007, Euro Telecom International (ETI), una subsidiaria de Telecom Italia SPA., controlada por capitales de Italia y España, inició acciones legales contra Bolivia. Telecom Italia/ETI alega que la decisión del Gobierno de Bolivia de revisar su accionar en el pasado e iniciar negociaciones para aumentar el control sobre la compañía primaria de telecomunicaciones habrían “destruido” sus inversiones, una afirmación claramente absurda, ya que la compañía continúa operando y ganando dinero.

Telecom Italia/ETI inició el proceso a través del CIADI, una institución controversial del Banco Mundial que provee extraordinarios poderes a las compañías multinacionales para juzgar y amedrentar países que deciden hacer reformas. La corporación presentó su caso después que Bolivia retiró su consentimiento para sostener casos bajo la jurisdicción del CIADI el 2 de mayo de 2007. A pesar de ello, el CIADI aceptó el caso.

Este caso ejemplifica cómo el marco legal internacional viene consolidando los derechos de las multinacionales sobre los derechos de los ciudadanos, pueblos indígenas, países en desarrollo y el medio ambiente, socavando la soberanía y la democracia y sobre todo penalizando las demandas populares por el cambio social y económico.

Contexto: Privatización al estilo boliviano

En 1985, Bolivia se convirtió en el ejemplo emblemático del ajuste estructural: una población traumatizada por la inestabilidad y la hiperinflación fue expuesta al “shock” de las reformas neoliberales radicales. Una década después, una segunda generación de reformas privatizaron las industrias públicas, poniendo sectores clave de la economía bajo el control de compañías extranjeras.

Con el apoyo de millones de dólares en créditos y asistencia del Banco Mundial, los promotores de las privatizaciones – en particular el entonces presidente Gonzalo Sánchez de Lozada – prometieron que la privatización generaría crecimiento económico para reemplazar los ingresos perdidos por el Estado, crearía empleo y contribuiría a robustecer los fondos de pensiones y los capitales de mercado. Ninguna de estas promesas fue cumplida: la economía languideció, el crecimiento de empleo se estancó, las pensiones ingresaron en una profunda crisis y los ingresos estatales cayeron. Adicionalmente, los requerimientos del FMI para reducir el déficit fiscal provocado por las privatizaciones degeneró en sangrientos disturbios sociales en febrero de 2003, en los cuales perdieron la vida más de 30 personas.

En la lista de industrias privatizadas destaca la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), el mayor contribuidor a las arcas del Estado y una de las empresas mejor manejadas, junto a la compañía estatal de gas y petróleo YPFB (Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos), segunda en importancia en la generación de ingresos estatales.

La empresa STET de Italia tomó control del 50% de las acciones de ENTEL. Posteriormente, en 1997, STET fue absorbida por Telecom Italia. En la actualidad Telecom Italia maneja ENTEL a través de una serie de compañías “holding” con base en los Países Bajos, operando directamente en Bolivia a través de Euro Telecom International N.V. (“ETI”).

Telecom Italia/ETI se benefició del monopolio efectivo que la empresa pública tenía previamente, controlando el 80% de las llamadas a larga distancia y el 70% del mercado de telefonía móvil, y disfrutó de ingresos que crecieron en más del 10% anual, según los reportes de la empresa. Sin embargo, la con-

tribución de la compañía a los ingresos del Estado y al plan de pensiones se mantuvo en niveles modestos.

La contribución de esta privatización al desarrollo de Bolivia es muy incierta y altamente polémica. Al parecer, la estrategia de Telecom Italia al principio fue invertir lo suficiente para consolidar a ENTEL como el mayor jugador en los mercados bolivianos y como generador de ingresos para Telecom Italia/ETI. Luego los intereses de la empresa cambiaron y comenzó la extracción de ganancias de Bolivia. La compañía fue acusada de transferir recursos de ENTEL a sus subsidiarias fuera del país. En la práctica, Bolivia no tuvo la capacidad de impugnar estas acciones¹.

Por ley, la compañía tenía prohibido mover recursos fuera de Bolivia mientras no completara sus obligaciones de inversiones bajo el contrato de privatización de 1995. Pero en mayo de 2005, el gobierno de transición de Carlos Mesa tomó una medida altamente cuestionable, dando a su Ministerio de Desarrollo Económico el poder para certificar que Telecom Italia había cumplido con sus responsabilidades con Bolivia en cuanto a inversiones.

Mesa fue reemplazado el 9 de junio de 2005 por otro presidente transitorio, Eduardo Rodríguez. El 12 de agosto de 2005, Carlos Díaz, Ministro de Desarrollo Económico del Presidente Rodríguez “certificó” que Telecom Italia/ETI habría cumplido con sus obligaciones, dando a la compañía luz verde para sacar recursos del país. Una demanda legal contra la certificación fue presentada al Tribunal Constitucional, órgano judicial que determinó que la medida era constitucional, días antes de que el nuevo presidente electo Evo Morales jurara como nuevo gobernante.

Con la “luz verde”, la compañía rápidamente redujo capitales, pagando cientos de millones de dólares a sus propietarios en el extranjero, mientras los servicios de telecomunicaciones e información eran y son todavía totalmente insuficientes.

La privatización llamada “capitalización” en 1995, para el 2005 se convirtió en “des-capitalización”. Si bien en alguna medida esta experiencia fue menos desastrosa que las privatizaciones en otros sectores (tales como la aviación, gas, agua y petróleo), claramente no fue una “capitalización” de la industria ni una contribución al desarrollo en Bolivia. El país se mantiene como uno

1. Algo más del 47% de las acciones estaban aparentemente en manos de los bolivianos, gerenciadas por las Administradoras de Fondo de Pensiones de agentes multinacionales (AFP) de España y Argentina. Las AFPs tienen una minoría de los escaños en el consejo de ENTEL, pero muy poco en términos de competencias de supervisión, y bastante menos en términos de responsabilidad frente a la población boliviana.

de los más empobrecidos del hemisferio y muchos de sus ciudadanos todavía no acceden al servicio de las telecomunicaciones.

Telecom Italia acusa a Bolivia: los cargos

El 12 de octubre de 2007, Telecom Italia, a través de su compañía encubierta Euro Telecom Internacional N.V. con base en Holanda, sometió una solicitud de arbitraje al CIADI, reclamando por la violación de sus derechos bajo el convenio bilateral de inversiones entre Bolivia y Holanda.

El CIADI provee un foro para “allanar” tales disputas, frecuentemente con efectos desastrosos para los países en desarrollo y la equidad del derecho internacional. Usando instancias como el CIADI y los tratados bilaterales de Inversión, o los capítulos de inversión de acuerdos multilaterales tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), las corporaciones multilaterales pueden presentar cargos contra gobiernos y asegurarse enormes ganancias en materias sensibles de política pública tales como la recuperación del control del sistema de agua potable (como en Bolivia o Tanzania); la denegación de permisos para disposición de desechos tóxicos (como en México), hacer respetar tierras indígenas (como en Estados Unidos y Guatemala), o tomar medidas de emergencia para enfrentar crisis económicas y fiscales (como en Argentina en 2001).

Dentro del CIADI y bajo los tratados de protección de inversiones, los derechos de los inversionistas internacionales triunfan sobre aquellos de las naciones afectadas. La ley internacional sobre los derechos humanos y los derechos indígenas así como el derecho al desarrollo son sistemáticamente excluidos, mientras que los derechos de los inversionistas se expanden de forma inconcebible, limitados solamente por la imaginación de los muy bien pagados abogados de las corporaciones.

¿Cuál es el reclamo de ETI contra Bolivia?

En 2006, Evo Morales, un campesino aymara y líder sindical, se convirtió en el primer presidente indígena de Bolivia elegido por una masa de votantes sin precedentes, para ejecutar un programa político que responda a las demandas populares que pedían la recuperación del control sobre las industrias estatales para el beneficio de las mayorías empobrecidas e indígenas del país.

Ese año el gobierno de Morales revisó la privatización de Telecom Italia/ ETI y descubrió varios incumplimientos de las regulaciones e inclusive evasión

impositiva por las transacciones mencionadas más arriba. En marzo de 2007, el gobierno de Morales lanzó tres Decretos Supremos: el primero creando una comisión para estudiar y recomendar propuestas para la recuperación de ENTEL en función del interés público; otro para transferir las acciones de los bolivianos de un fondo extranjero de pensiones a una entidad pública nacional, y el último anulando un decreto anterior que habilitaba la certificación cuestionada de las inversiones de ENTEL en Bolivia. Todas estas acciones fueron constitucionalmente sancionadas, y pueden ser apeladas legalmente por el inversionista en escenarios locales.

Sin embargo, Telecom Italia/ETI prefirió usar el CIADI, el “campo de juego” preferido de las multinacionales y de sus abogados corporativos. En una carta del 12 de octubre de 2007, Telecom Italia reclamó que las acciones de Bolivia habían “destruido el valor” de sus inversiones. Los cargos eran infundados, pues ENTEL continuaba operando con una campaña agresiva de publicidad, estableciendo productos y servicios, generando ingresos y obteniendo ganancias en virtud de su posición privilegiada en el mercado de telecomunicaciones inalámbricas en Bolivia.

Entonces, ¿cuál es el problema? Algunos opinan que Telecom Italia/ETI quiere salir de Bolivia buscando mercados más lucrativos y que está usando el CIADI para obtener la mayor cantidad de dinero posible cuando abandone el país, recursos que son vitales para el desarrollo de las telecomunicaciones en Bolivia. En el CIADI, Telecom Italia/ETI puede demandar no sólo por daños alegados, sino por ganancias “futuras” perdidas, las cuales pueden significar una multa de cientos de millones de dólares para el país más empobrecido del hemisferio.

En Bolivia, tal vez por primera vez gobierna un Presidente deseoso y capaz de examinar la privatización y de hacer los ajustes necesarios en función del interés público. El Presidente Morales busca “socios y no patrones” en las relaciones con las compañías extranjeras, y eso significa que está dispuesto a restablecer los equilibrios necesarios con los “socios”, asegurando que los recursos generados en Bolivia sirvan para alcanzar las metas de desarrollo que el país se ha trazado.

Es por esto que el 2 de mayo de 2007 Bolivia anunció su renuncia legal a la convención del CIADI y ahora revisa cuidadosamente los convenios de inversiones con varios países. Con la denuncia de la convención del CIADI, y acorde con el Artículo 71 del Convenio de CIADI, Bolivia se mantuvo como miembro del tribunal hasta el 3 de noviembre de 2007. Sin embargo, redactores de la convención del CIADI y otros expertos legales han establecido de forma inequívoca que el consentimiento para arbitraje de Bolivia –absolutamente

necesario para establecer la jurisdicción del CIADI sobre el caso terminó el 2 de mayo de 2007, cuando Bolivia abandonó el CIADI.

Es de sentido común: el momento en el que Bolivia salió del tratado dijo clara y legalmente “basta”. Es importante anotar que mientras Bolivia abandona al CIADI, todavía ofrece alternativas legales nacionales e internacionales a los inversionistas para resolver disputas.

A pesar de todo esto, en una desesperada movida de último momento, ETI solicitó arbitraje el 12 de octubre de 2007 bajo el tratado Bilateral de Inversiones entre Holanda y Bolivia, y el CIADI aceptó la demanda. El 31 octubre de 2007, el caso fue formalmente registrado por Ana Palacios, Secretaria General del CIADI y antigua Ministra de Relaciones Exteriores bajo el Gobierno de Aznar.

La “disputa” planteada consiste en una serie de cargos falsos y exagerados, para los cuales existen alternativas administrativas y legales disponibles en Bolivia. Telecom Italia/ETI quiere salir del país con millones de dólares en las manos. Para obtener esto ha buscado una “facilidad” internacional que es, en efecto, la herramienta preferida de los inversionistas. El Banco Mundial/CIADI está contento de prestarse a este juego/negocio.

Lecciones del caso Harken Energy contra Costa Rica

Dr. José María Villalta

COECO Ceiba – Amigos de la Tierra Costa Rica

La empresa petrolera norteamericana Harken Energy, a través de su filial en Costa Rica (Harken Costa Rica Holding LLC), obtuvo en el año 2002 una concesión para la exploración y explotación petrolera de un amplio territorio ubicado en la costa caribeña, en la provincia de Limón, en la región sur del país. Este proyecto generó una gran controversia en el país pues tanto las comunidades locales, como amplios sectores de la sociedad civil manifestaron su preocupación por sus impactos sociales y ambientales. Sin embargo, la extracción de petróleo nunca llegó a concretarse porque el Ministerio de Ambiente y Energía de Costa Rica rechazó el proyecto por el impacto ambiental que generaría. Esto determinó que el Estado de Costa Rica suspendiera el contrato basándose en el no cumplimiento de la empresa en “demostrar la viabilidad ambiental del proyecto”.

La razón es que, a inicios de 2002, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), autoridad encargada de evaluar la viabilidad ambiental de aquellas actividades susceptibles de afectar negativamente el ambiente, rechazó por unanimidad el Estudio de Impacto Ambiental del “Proyecto Perforación de pozo exploratorio petrolero (fase 2)”, presentado por la empresa concesionaria, por considerar que dicho proyecto “no es viable ambientalmente”; (Resolución N° 0146-2001-SETENA de 25 de febrero de 2002). Esta resolución fue posteriormente confirmada en mayo de 2002 por la Ministra de Ambiente y Energía en ejercicio.

En setiembre de 2003, precisamente en momentos en que el TLC con Estados Unidos se encontraba en pleno proceso de negociación, Harken presentó una solicitud de arbitraje internacional contra el estado costarricense ante el CIADI, donde cuestionó la decisión estatal de suspender el contrato exigiendo una indemnización por 57 mil millones de dólares¹. El gobierno

1. A esa fecha, el PIB anual de Costa Rica rondaba los 17 mil millones de dólares, y el presupuesto total anual del Gobierno Central era de unos US\$ 5 mil millones.

de Costa Rica rechazó someterse a este arreglo de controversias apelando al interés público de la preservación ambiental y a las competencias que la jurisdicción costarricense mantiene en materia de legislación ambiental en su territorio.

Frente a la negativa del Estado costarricense de someterse a un arbitraje privado en el CIADI, Harken decidió llevar su reclamo a los tribunales locales presentando una demanda al Estado ante el sistema de justicia de Costa Rica. Esta “salida” a la controversia se dio en un contexto distinto al actual en lo que hace a las relaciones comerciales entre Costa Rica como receptor de la inversión y la empresa de capitales estadounidenses. La diferencia radica en que en ese momento, no existía un Tratado de Libre Comercio de por medio entre ambos países.

Costa Rica hubiera quedado imposibilitada de ejercer ese “derecho soberano” a decidir si, para el caso concreto, aceptaba o no someterse al arbitraje propuesto por Harken ante el CIADI. Por ser esta empresa un “inversionista” de capital estadounidense habría podido acogerse a las disposiciones del Capítulo 10 “Inversión” del TLC, el cual, en su Sección B incorpora el régimen de solución de controversias conocido como “Inversionista-Estado”. Lo que este artículo establece es la obligación del Estado de Costa Rica de someterse a los tribunales arbitrales internacionales cuando un inversionista así lo solicite alegando que las decisiones políticas del Estado le perjudican o afecta de alguna forma en su inversión realizada. Costa Rica no habría podido ampararse en su legítimo derecho de dirimir el conflicto en un tribunal nacional, bajo las jurisdicciones nacionales que de hecho contemplan especialmente los derechos de las comunidades en relación al medio ambiente.

El hecho es que los TLC llevan incorporado en su paquete la atribución de competencias a estos tribunales privados internacionales como el CIADI para dirimir las demandas de empresas extranjeras a los Estados nacionales. En consecuencia, son varios los ámbitos de soberanía que vulneran. En primer término la soberanía jurídica, al someter la legislación nacional a las decisiones en tribunales internacionales. También se restringe la propia capacidad de maniobra en términos de políticas públicas de los Estados, lo cual significa que cualquier formulación y ejecución de políticas públicas que las empresas consideren que van en contra de sus intereses, es plausible de imputarse en un conflicto y someterse ante el CIADI. A este componente de soberanía política se le agrega el impacto sobre la soberanía económica pues las sumas que normalmente se deciden para el pago de indemnizaciones son exorbitantes y superan con creces como lo demuestra el caso de Harken Energy vs. Costa Rica, el PBI del país.

Se vulnera la soberanía territorial pues no respetan las legislaciones ambientales nacionales, imponiendo los intereses económicos a los derechos y aspectos relacionados con el medio ambiente. Finalmente se limita y excluye el acceso de la información a la sociedad civil en general y a las comunidades afectadas en particular. Viola el derecho de las comunidades a presentar sus puntos de vista en los tribunales y a defender sus derechos.

Ahora con TLC, Costa Rica ante las puertas del CIADI

Por ser esta empresa un “inversionista” de capital estadounidense habría podido acogerse a las disposiciones del Capítulo 10 “Inversión” del TLC, el cual, en su Sección B (artículo 10.15 y siguientes) incorpora el régimen de solución de controversias conocido como “Inversionista-Estado”.

De acuerdo con el artículo 10.17 del citado Capítulo, Costa Rica se obliga de forma genérica a aceptar someterse a la competencia de tribunales arbitrales internacionales, cada vez que así lo soliciten los inversionistas de las otras Partes o empresas controladas por esos inversionistas, cuando estimen que alguna decisión del Estado ha afectado sus inversiones en el país. Concretamente, tales demandas pueden ser interpuestas si los inversionistas consideran que el Estado Costarricense ha violado: A) una obligación contenida en la Sección A del Capítulo 10, B) un “acuerdo de inversión” o C) una “autorización de inversión”; y que “en virtud de dicha violación” han sufrido “pérdidas o daños” (artículo 10.16).

En el marco de este mecanismo, los inversionistas quedan facultados para cuestionar ante tales tribunales arbitrales cualquier decisión, actuación, regulación y, en general, toda aquella “medida” de la Administración Pública cuando en su opinión produzca esa supuesta violación.

A lo anterior, es necesario agregar que el TLC amplía de manera radical el ámbito de competencia de estos tribunales arbitrales, más allá de lo establecido en otros tratados similares. En el TLCAN solo se permite el sometimiento de un reclamo a arbitraje cuando se incumplan las obligaciones contenidas en la sección A del Capítulo de Inversiones (trato nacional, nivel mínimo de trato, expropiación, etc.). Sin embargo, este Tratado extiende la cobertura del régimen “Inversionista-Estado” a cualquier medida adoptada por el Estado que a juicio del inversionista implique un incumplimiento de un “acuerdo de inversión” o una “autorización de inversión” (10.16.1, incisos a) y b)), otorgados de conformidad con las leyes nacionales y según los criterios establecidos en éstas (10.22.2).

Si nos remitimos a las definiciones aplicables al Capítulo 10 contenidas en el numeral 10.28, podemos constatar que estos conceptos son tan amplios que permiten abarcar prácticamente cualquier contrato o concesión que otorgue el Estado sobre bienes de dominio público. De hecho, la definición de “acuerdo de inversión” expresamente incluye los acuerdos escritos que otorguen derechos a inversionistas “con respecto a recursos naturales o activos controlados por autoridades nacionales”.

De más está decir, que este concepto abarcaría las concesiones otorgadas por el Estado en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional². En este sentido, cualquier conflicto que surja en relación con las mismas, podría ser automáticamente trasladado al escrutinio de tribunales externos de carácter privado, sin que ni siquiera se le exija demostrar al inversionista que existe una violación de alguna otra disposición sustantiva del Tratado.

Así las cosas, de haber estado vigentes las obligaciones descritas cuando Harken presentó su solicitud de arbitraje, las autoridades ambientales de Costa Rica no podrían haber realizado las valoraciones que hicieron sobre la conveniencia de esta decisión, ni haber optado porque el asunto sea conocido por los tribunales de justicia. No habría importado que se tratara de un asunto de evidente interés público. No habría importado que se tratara de un conflicto de naturaleza ambiental. El Estado Costarricense habría quedado obligado a someter lo actuado por la SETENA y el MINAE en relación con el proyecto petrolero en el Caribe al escrutinio de los tribunales arbitrales regulados en el TLC.

La participación social en el proceso; otro derecho menos con el TLC

De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica, “*Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan este derecho y exigir la reparación del daño causado.*”

Con base en este trascendental precepto, toda la jurisprudencia relacionada a procesos de este tipo ha sido contundente en reconocer la amplia legitimación procesal que en nuestro país les asiste a los habitantes para participar de manera

2. Igualmente, incluiría aspectos tan delicados como las concesiones para el uso de las aguas de dominio público, las concesiones mineras, los permisos de bioprospección sobre la biodiversidad nacional, los permisos forestales, los contratos relacionados con la prestación de servicios públicos, entre muchos otros.

directa en cualquier asunto, en sede administrativa o judicial, relacionado con la protección del medio ambiente. Esto último, incluye, por supuesto, aquellos casos donde se discuta la actuación del Estado en cumplimiento de su deber de garantizar, defender y preservar el derecho al ambiente de la población (párrafo tercero, art. 50).

A partir de 2003, estos principios fueron ampliamente reforzados por la reforma que modificó el párrafo primero del artículo 9 de la Constitución Política de la siguiente manera: *“El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.”*

Esta trascendental enmienda elevó el derecho de participación del pueblo en la toma de decisiones públicas a la categoría de derecho humano fundamental, incorporándolo como un elemento estructural del Estado Costarricense y de nuestro sistema democrático. Desde ese momento en adelante, la Administración Pública (en sentido amplio) adquiere el deber ineludible de crear mecanismos eficaces y generar las condiciones necesarias para que dicha participación pueda darse. Pero sobre todo, compromete al Estado a respetar los instrumentos de participación ya existentes y cumplir con su aplicación. Esto último, por supuesto, implica como mínimo la obligación de abstenerse de adoptar medidas que imposibiliten el ejercicio de tales instrumentos.

Antes de su entrada en vigencia, el incumplimiento e incluso la omisión de las autoridades en la aplicación de los instrumentos de participación ciudadana vigentes, por ejemplo, en lo relativo a las audiencias públicas previstas en algunas leyes, habían sido considerados, en el mejor de los casos, como problemas de mera legalidad no susceptibles de producir vicios sustanciales en los procedimientos administrativos.

Con fundamento en los principios constitucionales citados, los tribunales de justicia que intervienen en asuntos vinculados con la materia ambiental han admitido la participación de terceras personas interesadas en el resultado de los procesos, en razón del impacto que su desenlace podría tener en el ambiente y les han reconocido el derecho de constituirse en coadyuvantes, ya sea a favor de la parte actuante (coadyuvancia activa) o a favor de la parte demandada (coadyuvancia pasiva).

En el caso Harken contra el Estado costarricense, un grupo considerable de personas solicitaron ser tenidos como coadyuvantes pasivos, es decir, intervenir en apoyo de la posición del Estado. La lista incluía desde organizaciones ecologistas, asociaciones de desarrollo y grupos comunales de la región

caribeña donde se pretendía desarrollar el proyecto petrolero, hasta diputados y personas que solicitaron participar a título individual en su condición de habitantes de la República.

En respuesta a estas gestiones la empresa demandante formuló un recurso de oposición a la coadyuvancia, solicitando que ésta no sea admitida por considerar que los solicitantes carecían de interés legítimo alguno en torno al resultado final del proceso. El juzgado que conoce del caso, rechazó esta gestión, reconociendo plenamente el derecho de participación de las personas interesadas, en razón de la naturaleza ambiental de la controversia. En efecto, no cabe duda sobre el carácter eminentemente ambiental de esta controversia, ni sobre la trascendencia del interés público que se encuentra involucrado. Las actuaciones de la SETENA y el MINAE que motivaron el reclamo de la empresa se basaron en lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente, N° 7554, sobre la obligatoriedad de contar la aprobación por parte de la SETENA de evaluaciones de impacto ambiental para todas aquellas actividades humanas “*que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos*”, tal como ocurre con las exploraciones y explotaciones petroleras.

De lo anterior se concluye que en Costa Rica, cuando se trata de controversias que involucran la afectación de intereses difusos, como la planteada en el caso Harken, donde el Estado costarricense figura como demandado por la aplicación de medidas relacionadas con la tutela del ambiente y el uso de los recursos naturales, los habitantes de la República cuentan con el derecho constitucional de participar en el proceso y constituirse en coadyuvantes en apoyo de la posición del Estado. El ejercicio de este derecho implica, a su vez, los siguientes:

- Derecho a formular todo tipo de alegatos escritos en apoyo de la posición de la parte demandada.
- Derecho a aportar todo tipo de pruebas admisibles en el proceso, a fin de demostrar la veracidad de los alegatos de la parte demandada.
- Derecho a participar en las audiencias, realizar intervenciones orales y formular preguntas.
- Derecho a recurrir las resoluciones adoptadas por el Tribunal que no sean favorables a la parte demandada, incluyendo aquellas que pongan fin al proceso.
- Derecho a interponer incidentes de orden procesal, incluyendo los relacionados con la competencia del tribunal.

Ahora bien, en el marco del régimen “Inversionista-Estado” contenido en el TLC, ¿en qué estado queda el derecho de la población a participar en aquellos procesos que involucren la afectación de intereses difusos como la tutela del ambiente?

Si en esa etapa hubiera estado vigente el TLC con Estados Unidos, la situación del derecho de participación de la población costarricense afectada por el desenlace del caso Harken habría sido diametralmente distinta, ya que el asunto se hubiera tramitado por medio del régimen de solución de controversias “Inversionista-Estado” del Capítulo 10, Sección B del TLC, tal y como lo pretendía la empresa demandante.

Las organizaciones sociales y ecologistas, las comunidades y las personas habitantes en general que tienen un interés directo en el resultado de esta controversia habrían quedado totalmente excluidas del proceso. No habrían tenido posibilidad alguna de participar en el mismo, como sí lo pudieron hacer en los tribunales locales antes de la entrada en vigencia del TLC.

Esto es así, porque a través de las disposiciones citadas, el TLC les otorga el privilegio a los inversionistas de las otras partes de demandar al Estado costarricense ante tribunales arbitrales internacionales de naturaleza privada, cada vez que consideren que las políticas, decisiones o actuaciones de las autoridades públicas afectan sus inversiones en el país. Ante estas demandas, como ya se dijo, el Estado se obliga de forma genérica (para todos los casos que se presenten en el futuro) a aceptar la competencia de estos Tribunales arbitrales, renunciando con ello a que estas controversias sean conocidas en el ámbito de los tribunales de justicia nacionales.

El problema planteado se agrava porque el TLC no contiene disposiciones que permitan filtrar el tipo de asuntos que podrán ser sometidos por los inversionistas extranjeros ante este mecanismo obligatorio de solución de controversias. Por el contrario, se les confiere a estos tribunales privados una competencia abierta, sumamente amplia. Una competencia que no diferencia entre controversias de naturaleza puramente patrimonial o comercial y aquellas que involucran asuntos de marcado interés público que trascienden el ámbito individual afectando intereses superiores de la colectividad. Dentro de estas últimas, ocupan un lugar preponderante las controversias relacionadas con la acción del Estado y los gobiernos locales para proteger el ambiente, incluyendo la definición y ejecución de políticas ambientales y de salud pública, así como las decisiones soberanas relativas al aprovechamiento y preservación de los recursos naturales del país.

Una de las principales consecuencias de que el Capítulo 10 del Tratado permita que controversias sobre asuntos de interés público sean desplazadas,

a petición de los inversionistas, del ámbito de competencia de las autoridades nacionales –administrativas y judiciales-, es que les permite a aquellos evadir los mecanismos de participación y control ciudadano previstos en el ordenamiento jurídico interno del Estado demandado para tramitar este tipo de asuntos.

En este sentido, el TLC les otorga a los inversionistas de las otras Partes un poderoso privilegio con que no cuentan ni las empresas ni los ciudadanos nacionales. La posibilidad de sustraer dichos conflictos del conocimiento de los tribunales locales, trasladándolos a foros de carácter privado, concebidos y estructurados para conocer de diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, y en los que, por ese carácter exclusivamente privado, la ciudadanía carece de derecho alguno a participar.

Tales prerrogativas pueden resultar notoriamente convenientes para los intereses de los inversionistas en especial en casos -como los vinculados con el ambiente- donde nuestra legislación interna le otorga amplios derechos de participación y legitimación a cualquier persona. En los albores del siglo XXI cada vez es mayor la preocupación de la población por la preservación del ambiente y crece con fuerza su conciencia sobre los derechos con que cuenta para exigir su tutela, en un contexto en el que también aumentan exponencialmente los conflictos sociales relacionados al aprovechamiento, la explotación, la distribución y la conservación de los recursos naturales. De modo que no es casual que se incrementen las presiones internacionales para que, en el marco de un TLC u otros acuerdos similares, los Estados se comprometan a adoptar cláusulas de este tipo, donde a las corporaciones se les otorgan “vías de escape” para burlar procedimientos de amplia exposición pública y participación de múltiples actores, que pueden resultar “incómodos” para sus intereses.

No obstante, desde la perspectiva de los sectores y personas interesadas en un proceso como el de Harken, de los habitantes y las comunidades directamente afectados por los impactos ambientales de un proyecto de explotación petrolera o actividades de efectos equivalentes, las consecuencias son muy distintas. Para estas personas y comunidades que, en última instancia sufrirán los efectos negativos en su entorno natural y calidad de vida, el traslado a arbitrajes privados de la discusión en torno a las decisiones del Estado sobre tales asuntos, implica una considerable reducción de los derechos que actualmente les otorga la Constitución Política en su artículo 50.

Esa reducción de derechos se produce de varias maneras. En primer término, los habitantes no tienen derecho a constituirse en coadyuvantes. El procedimiento de solución de controversias previsto en la Sección B del

Capítulo 10 del TLC se refiere exclusivamente a litigios entre inversionistas y Estados receptores de inversión, excluyendo por completo la intervención de otras personas nacionales de esos Estados como partes o litigantes. Aún cuando se trate de una controversia que afecta intereses difusos, estas personas no tienen posibilidad de participar en los procesos en calidad de coadyuvantes, ejerciendo los derechos derivados de tal condición.

Como consecuencia, es posible concluir que si el TLC hubiera estado vigente al momento de presentarse el reclamo de arbitraje de Harken, las personas, organizaciones y comunidades que se apersonaron al proceso, no podrían “*usar todos los recursos y medios procedimentales para hacer valer su interés*” relacionado con la tutela del ambiente. Simplemente, estarían excluidos del proceso.

Los derechos con que cuentan estos habitantes de la República por derivación expresa del mandato constitucional, les hubieran sido denegados. De la misma manera que les serán denegados en cualquier demanda que alguna empresa de capitales estadounidenses entable al Estado de Costa Rica por medidas administrativas o judiciales que puedan estar “perjudicando” sus potenciales ganancias. Las personas y comunidades afectadas por las acciones privadas de las empresas no tendrían la posibilidad de aportar pruebas relacionadas con el objeto de la controversia. Estarían imposibilitados de impugnar las resoluciones del tribunal cuando estimen que éstas no garantizan una adecuada protección de su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. No podrían participar y preguntar en las audiencias. Ni siquiera estarían facultados para presentar alegatos escritos u orales a los que el tribunal tenga que referirse al momento de resolver.

Al igual que el TLCAN y otros TBI (Tratado Bilateral de Inversiones) que incorporan el régimen de solución de controversias “Inversionista-Estado”, el TLC no excluye la posibilidad de que en casos limitados el tribunal arbitral eventualmente admita la presentación de comunicaciones “*amicus curiae*” (“amigo de la corte”) por personas o entidades que “*no sean una parte contendiente*” (artículo 10.20.3).

Esta figura del *amicus curiae* consiste en la presentación de escritos o informaciones que puedan servir de asistencia o apoyo al trabajo de los jueces, por parte de personas con conocimientos especializados en una determinada materia. Sin embargo, es importante aclarar que de ninguna manera resulta equiparable al derecho de participación con que actualmente cuenta la población en procesos relacionados con la afectación del ambiente, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 50 de la Constitución Política. Con mucho menor razón puede sustituir este derecho.

Lo anterior, se debe en primer lugar a que, al menos en la forma en que ha sido aplicada en el marco del régimen “Inversionista-Estado”, presenta profundas limitaciones en relación con los efectos derivados de la admisión de una comunicación de este tipo.

De forma reiterada, los tribunales arbitrales que las han admitido han aclarado que éstas no conceden ningún derecho a adicional en relación con el proceso a las personas que las presentan. No se les permite participar en las audiencias orales ni aportar pruebas de ningún tipo, aun cuando se relacionen con su manifestación. Tampoco les da derecho alguno a recurrir lo resuelto por el tribunal aunque este ignore los argumentos esgrimidos en la comunicación. Ni siquiera se les permite referirse a los alegatos realizados por las partes sobre ella. Es decir, más allá de la presentación del escrito en sí, quienes lo presentan no tienen opción alguna de intervenir en el proceso. Siguen siendo personas ajenas al mismo, aunque su objeto verse directamente sobre intereses como la preservación del ambiente o recursos naturales calificados como bienes de dominio público, respecto a los cuales la colectividad, según nuestro ordenamiento, tiene un interés directo. De esta forma, se establece una brecha insalvable entre los alcances de estas comunicaciones y los derechos derivados de la figura de la coadyuvancia a la que hoy recurren los habitantes de Costa Rica en el caso Harken.

Finalmente, la otra forma en la cual se vulnera y viola el derecho a la participación social en los asuntos de la República en este “universo TLC de medidas y reglas” se relaciona con la definición de la sede del arbitraje.

Las disposiciones del Capítulo 10 relativas a la fijación del lugar donde se realizará el arbitraje “Inversionista-Estado” constituyen otra vía por medio de la cual el TLC restringe el derecho de participación de la población en asuntos vinculados con la protección del ambiente. Tal vez éstas son las que permiten reflejar con mayor claridad las consecuencias negativas para los habitantes de sustraer asuntos de marcado interés público de la competencia de los tribunales locales para trasladarlos a tribunales internacionales de naturaleza privada.

En el caso de juicios como el de Harken que se tramitan en los tribunales locales, la población directamente afectada por su resultado cuenta con la posibilidad de hacerse presente en las distintas audiencias que se realicen. Pero, en el marco de las demandas de los inversionistas contra el Estado costarricense esta posibilidad también resulta conculcada o seriamente amenazada.

La razón es que no existe ninguna norma o previsión en las regulaciones del régimen de solución de controversias “Inversionista-Estado”, que establezca la obligación de los tribunales arbitrales que conocen reclamos contra

Costa Rica de realizar sus sesiones y audiencias en el lugar (ciudad, cantón, provincia, etc.) donde ocurrieron los hechos que son objeto del proceso o, al menos, dentro del territorio nacional. Por el contrario, existen disposiciones que expresamente los facultan a fijar dicha sede fuera del país.

Según el artículo 10.20.1 la sede legal del arbitraje podrá ser convenida por la empresa demandante y el Estado demandado, pero en caso de no existir acuerdo “el tribunal determinará dicho lugar de conformidad con las reglas arbitrales aplicables, siempre que el lugar se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York”. Es decir, aunque el Estado costarricense plantee que el arbitraje debe realizarse en Costa Rica para garantizar la oportunidad de participación de las comunidades afectadas por una determinada actividad que puede producir efectos negativos en el ambiente, si la empresa demandante se niega a aceptar esta posición, será el tribunal arbitral el que determinará donde se llevará a cabo el proceso.

Conclusión

En la actualidad la legislación costarricense en cumplimiento de los principios derivados de los artículos 9 y 50 de la Constitución Política le reconoce a todos los habitantes de la República una serie de derechos para participar en los procesos donde se discutan asuntos cuyo desenlace pueda afectar su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, incluyendo la posibilidad de constituirse en coadyuvantes a favor del Estado cuando se cuestione alguna decisión, regulación o política pública vinculada con la tutela del ambiente. Estos derechos están siendo ejercidos por la población en el caso de la demanda de la empresa petrolera Harken contra el Estado costarricense que se tramita en los tribunales de justicia del país.

Sin embargo, de haber estado vigente el TLC en el momento en que se instaló la demanda, el pueblo costarricense habría quedado imposibilitado de tal ejercicio. En dicho Tratado el Estado costarricense se obliga a que demandas como la de Harken sean tramitadas ante tribunales arbitrales internacionales de naturaleza privada cada vez que los inversionistas extranjeros así lo soliciten. Las normas del TLC que regulan estos procesos arbitrales no contemplan mecanismos para la participación de la población y más bien la restringen, aun cuando el objeto de la controversia implique la afectación de intereses difusos como la tutela del ambiente.

En efecto, a lo largo del presente análisis se ha tornado evidente un hecho irrefutable: importantes derechos y prerrogativas con que hoy cuenta la ciudadanía para hacer oír su punto de vista en procesos donde se ataca al Estado por

decisiones vinculadas a la protección del ambiente, no podrían ser ejercidos si esa misma controversia se tramitara bajo el régimen “Inversionista-Estado” del Capítulo 10 del TLC. Sencillamente tales derechos no existirían. El Tratado no los reconoce y sus procedimientos, así como la práctica internacional de los tribunales arbitrales aplicando otros Tratados similares los excluyen. De forma sistemática los deniegan.

Las disposiciones analizadas del TLC constituyen en sí mismas una disminución de los derechos de amplia participación y acceso a la justicia concedidos a la población costarricense por la legislación nacional, en relación la defensa del ambiente y otros intereses de la colectividad.

Que las demandas contra el Estado por sus decisiones ambientales sean llevadas a procesos arbitrales regulados en el Capítulo 10 implica reducir, restringir, limitar los derechos de participación e intervención del pueblo en relación con dichos procesos. Y en materia de derechos fundamentales como la participación en la toma de decisiones públicas y la participación en procesos cuyo objeto puede afectar el ambiente, la obligación del Estado es de garantizar estos derechos, no de reducirlos. El Estado tiene el deber de adoptar medidas que hagan posible su ejercicio no que lo tornen imposible. Aprobar un Tratado que implica una reducción de tales derechos es una forma de violar estas obligaciones emanadas de la Constitución.

Capítulo 3

Las alternativas



Las alternativas: salirse del CIADI

El 29 de abril de 2007 Bolivia inició una campaña internacional de denuncia del CIADI, incluyendo su retiro de este órgano y anunciando además que renegociaría los 24 tratados bilaterales de protección a las inversiones que tiene suscritos, replanteando toda la política de atracción de inversiones extranjeras que los gobiernos anteriores realizaron en las últimas dos décadas de liberalismo económico.

La decisión de salirse del CIADI fue acompañada por Venezuela y Nicaragua como países que también son integrantes (junto a Cuba) de la Alternativa Bolivariana de las Américas – Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP). “Los países miembros del ALBA-TCP rechazan enfáticamente las presiones jurídicas, mediáticas y diplomáticas de algunas empresas transnacionales, que habiendo vulnerado normas constitucionales, leyes nacionales, compromisos contractuales, disposiciones regulatorias, ambientales y laborales se resisten a la aplicación de decisiones soberanas de los países amenazando e iniciando demandas de arbitraje internacional contra los Estados Nacionales en instancias como el CIADI acuerdan retirarse y denunciar de manera conjunta la Convención del CIADI garantizando el derecho soberano de los países a regular la inversión extranjera en su territorio nacional”.

Bolivia se había adherido al Convenio que creó el CIADI en el año 1965, y aún cuando el gobierno decidió su salida del organismo, por la vía de los hechos aún seguirá atada a él a través de 19 de los 24 acuerdos bilaterales de inversión que reconocen a esa instancia arbitral como escenario válido para resolver controversias entre el Estado y los inversionistas. Algunos de los países con los cuales Bolivia tiene y renegociará sus acuerdos de protección de inversiones son Alemania, Estados Unidos, España, Francia, los Países Bajos, Italia, entre otros.

En todos estos casos, en lo que refiere a la solución de las controversias entre los inversores y Estados se establece que si no se solucionan en consultas para procurar un acuerdo amistoso, se abre el camino al litigio en el marco del CIADI. El gobierno boliviano pretende renegociar tratado por tratado para eliminar estas cláusulas, y respecto a este organismo del Banco Mundial, denunciar el tratado (término legal que inicia el proceso de salida) para no formar más parte de los países miembro.

Pero además de estas dos resoluciones, el gobierno de Evo Morales decidió iniciar una campaña internacional de información y desprestigio de esta entidad del Banco Mundial, estableciendo un conjunto de razones aplicables a cualquier país en desarrollo. En primer lugar, las autoridades bolivianas recopilaban la información de casos presentados y se constató que de los 232 casos de arbitraje presentados, 230 han sido planteados por transnacionales contra Estados. A febrero de 2007, del total de disputas, 109 (el 74%), los demandados son países en desarrollo, es decir naciones pobres; en el 19% son países desarrollados y apenas en el 1,4% son los países del G8.

El 36% de los casos atendidos por el CIADI terminaron con un fallo favorable al inversionista privado y 34% de los casos fueron resueltos fuera de la corte, pero con compensación para el inversor. En los pocos casos ganados por los Estados, éstos no obtuvieron indemnizaciones.

En su mayoría, las demandas están relacionadas con la explotación de recursos naturales estratégicos y servicios esenciales que son temas de interés público. Sin embargo, sólo en dos de 110 casos se permitieron audiencias públicas.

Cuando aún se está dentro del CIADI

El gobierno boliviano tomó la decisión de retirarse del CIADI luego de tener un historial muy poco envidiable de demandas, solamente superado por Argentina luego del fin de la convertibilidad.

El ejemplo más nítido es la demanda de la empresa Aguas del Tunari-Bechtel contra el Estado boliviano en el año 2001 por una suma de 25 millones de dólares, aun cuando no había invertido ni medio millón en el país (en los hechos la concesión duró solamente siete meses). En 1999 la empresa Aguas del Tunari, propiedad de la transnacional norteamericana Bechtel, se hizo cargo de la prestación del servicio de agua potable en Cochabamba. Desde enero a abril de 2000 se produjeron movilizaciones y protestas rechazando los aumentos de tarifas estipuladas por la empresa (la llamada “Guerra del Agua”), que terminaron expulsando a la transnacional del país.

La empresa demandó a Bolivia por “*lucro cesante*”, amparándose en el tratado de protección de inversiones que el país sudamericano tenía desde 1992 con Holanda. ¿Cómo una empresa norteamericana pudo iniciar una demanda amparándose en un acuerdo internacional que no involucra a Estados Unidos? Muy sencillo: Bechtel abrió una oficina en Holanda, y si bien el CIADI se tomó cuatro años para decidir si la demanda procedía, finalmente en 2005 resolvió que podía arbitrar en el caso.

Ante este caso, un conjunto de organizaciones de derechos humanos y movimientos sociales de dentro y fuera de Bolivia desplegaron una serie de estrategias para denunciar por ilegítima esa pretensión de la empresa, que tenía en el momento de presentar la demanda una ganancia anual que casi duplicaba el PBI de Bolivia. Según el abogado boliviano Rogelio Mayta, integrante del Centro Legal de Asuntos de Interés Público, *“una vez que se está dentro del CIADI con una demanda de este tipo, la estrategia pasa por intentar no perder, es decir, no pagar”*.

La estrategia de deslegitimación del CIADI como árbitro y del comportamiento abusivo de la empresa dio como resultado en enero de 2006 una salida pactada en la cual la empresa traspasó sus acciones al Estado boliviano por la suma de 2 bolivianos (25 centavos de dólar). Dicha estrategia funcionó porque previamente la movilización social realizada contra la presencia de Bechtel directamente la expulsó de Bolivia.



Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado

Equipo de Análisis
Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia

1. Introducción

La contundente victoria electoral de Evo Morales, en diciembre de 2005, vino acompañada del mandato de recuperar el control de recursos estratégicos y establecer un nuevo rol para el Estado en la economía nacional. Ese mandato exige garantizar la explotación de los recursos estratégicos en beneficio de las mayorías nacionales revirtiendo su situación de exclusión y pauperización. A diferencia del pasado reciente, cuando la inversión extranjera recibía un trato privilegiado, en esta nueva visión se plantea un rol distinto para la inversión extranjera: “Queremos socios y no patrones”, dijo el Presidente Morales. Este nuevo enfoque para la inversión extranjera exige la revisión tanto de los principales instrumentos de relación entre el Estado y las empresas, como de las instituciones que los sostienen.

En la década del 90, durante el proceso de reformas neoliberales, los gobernantes de Bolivia subordinaron al país a un denso andamiaje de acuerdos, contratos, convenciones e instituciones que otorgaban amplios “derechos” y privilegios a los inversores, y sólo costos y precarios beneficios para la población. Una clara expresión de ese tipo de reformas son los contratos que el Estado boliviano firmó con empresas petroleras otorgándoles el 82% de los beneficios, y los 22 Tratados Bilaterales sobre Inversiones (TBI) que conceden derechos de creciente amplitud y profundidad a la inversión extranjera, y limitan dramáticamente las opciones de política económica al Estado. Un elemento central es el otorgamiento de acceso a mecanismos de arbitraje internacional para los inversionistas; el mecanismo preferido es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) dependiente del Banco Mundial.

La insostenibilidad e inseguridad inherente a este régimen quedó de manifiesto a pocos años de su implementación en Bolivia. A partir del año

2000, se generalizaron las movilizaciones sociales producto de la enajenación del control sobre los recursos estratégicos y la inequitativa distribución de los frutos de la inversión. En Bolivia, quedó claro que sin equilibrios precisos para la inversión extranjera y resultados tangibles para las mayorías nacionales, no hay ni habrá seguridad social para la población, ni seguridad jurídica para las empresas.

Elegido por una abrumadora mayoría, el Gobierno de Evo Morales rápidamente tomó medidas concretas para rectificar la enajenación de los recursos estratégicos. En mayo de 2006 se procedió a una nacionalización sin confiscación de los recursos hidrocarburíferos, y en octubre de 2006 se culminó la exitosa renegociación de 44 contratos con empresas extranjeras del sector de hidrocarburos. Estos hechos demostraron claramente que, respetando las normas nacionales y los compromisos internacionales, es posible encaminar el establecimiento de equilibrios efectivos para la inversión extranjera.

En este marco, el 2 de mayo de 2007 Bolivia tomó la decisión de denunciar el Convenio del CIADI, entendiendo que este mecanismo es una pieza clave del insostenible régimen de promoción y protección de la inversión extranjera heredado de las reformas neoliberales. Bajo reglas, en esencia, diseñadas para la protección de la inversión extranjera, y basándose en tratados con similar objetivo, el CIADI institucionaliza injusticias de procedimiento y sustancia, conlleva costos y riesgos inaceptables, y padece de graves falencias jurídicas. Por todo ello, Bolivia decide abandonar este Convenio.

Con esta medida, si bien Bolivia rechaza los desequilibrios, injusticias y fallas jurídicas inherentes al CIADI, al mismo tiempo reconoce la evidente necesidad de contar con instancias para dirimir disputas. En este campo, Bolivia considera que la primera opción debe ser la reforma y fortalecimiento de los sistemas jurídicos nacionales. En ningún momento el arbitraje debe sustituir sistemas nacionales. Bolivia reconoce la necesidad de contar con instancias de arbitraje, incluso internacionales, pero –a diferencia de las falencias insalvables del CIADI de hoy– lo hace en el marco de la normativa nacional y bajo el principio de que esas instancias sean accesibles, equilibradas, transparentes y capaces de priorizar la responsabilidad irreductible e irrenunciable del Estado de defender los derechos económicos, sociales y culturales de sus ciudadanos.

2. Evolución de los acuerdos sobre inversión y arbitraje

El CIADI nace en 1965 con el propósito de establecer un mecanismo que permita resolver diferencias entre dos actores: los inversionistas privados de

un país contratante o firmante del Convenio del CIADI, y el Estado de aquel país en el que esos inversionistas han radicado sus capitales.

En la década en la que se crea el CIADI, el mundo vivía procesos de descolonización y una variada gama de movimientos de liberación nacional. Bajo ese contexto histórico y político, la preocupación central de los inversionistas extranjeros fue diseñar un mecanismo o instrumento que les permitiera defenderse de las expropiaciones y nacionalizaciones confiscatorias propias de esos procesos políticos. Un instrumento ideado para la defensa de los capitales extranjeros fue el arbitraje, mecanismo que nace de las prácticas de conciliación entre actores privados.

Si bien sus normas internas, plasmadas en el Convenio del CIADI, parecen neutras, desde sus inicios el CIADI ha sido principalmente un mecanismo creado para los inversionistas de los países desde donde proviene la inversión extranjera, para lograr mayor seguridad en países de menor desarrollo, receptores de inversión.

El CIADI nació para proveer a la inversión un mecanismo que opera por encima de los sistemas judiciales de los países en vías de desarrollo. Las disputas en torno a la inversión entre países desarrollados, en cambio, suelen tratarse en los sistemas jurídicos de esos países o a través de mecanismos entre Estados. Muestra de ello es el hecho de que entre Estados Unidos, Japón y los países de la Unión Europea no existen acuerdos de protección a las inversiones.

En el curso de los años, la concepción del CIADI y su utilización como instrumento de defensa de las inversiones extranjeras se ha transformado. Aquella institución que nació como un instrumento defensivo en un momento de luchas anticoloniales y de liberación nacional, se transformó en la década de los años 90, y en un contexto de ajuste estructural y de proliferación de Tratados Bilaterales sobre Inversiones (TBI), en un instrumento ofensivo ya no sólo para proteger inversionistas contra expropiaciones confiscatorias sino para delimitar medidas públicas “equivalentes a la expropiación” que podrían afectar las ganancias de las empresas. En ese proceso, el CIADI ha dejado de ser parte de un “escudo” de protección frente a la confiscación, para convertirse en una “espada” diseñada para limitar la capacidad regulatoria de los Estados, reduciendo los espacios mismos de las políticas públicas.

Ligado a lo anterior, lo que era un instrumento entre privados (el arbitraje) es replicado para tratar temas entre agentes privados y entidades públicas. Esto es extremadamente problemático. Es comprensible y necesario que disputas entre privados puedan y deban ser tratadas entre las partes y con grados de confidencialidad, pero cuando una de esas partes es un Estado, queda afectado el interés público en sí mismo. Casi sin excepción, los procesos de arbitraje

en el CIADI son instigados por empresas multinacionales privadas en contra de los Estados. Son procesos en los que el público y los grupos afectados no tienen acceso a información, presencia y mucho menos voz y voto.

Bolivia considera inadmisibles que temas públicos tan sensibles como el control de recursos estratégicos, el acceso a servicios básicos y los instrumentos públicos para forjar el desarrollo sean tratados de manera exclusivamente privada.

En los últimos años, la demanda de servicios del CIADI ha crecido de manera exponencial, reflejando la agresividad con que la inversión extranjera hace uso de este instrumento. Las razones son evidentes y las cifras lo confirman.

A nivel global, la Inversión Extranjera Directa (IED) ha crecido de manera extraordinaria entre 1982 y 2005. En 1982, los flujos de IED que ingresaron a los países fue de US\$59 billones¹; en 1990, esa cifra fue de 202 billones; en 2005, el último año para el cual se tiene datos, fue de US\$916 billones, registrando un aumento del 29% respecto del año anterior². La IED, por otra parte, es el principal componente del llamado “financiamiento para el desarrollo”; en 2005, flujos entrantes de IED eran más del 58% del mismo³.

Los agentes de la IED son las “Empresas Transnacionales (ETN)... [que] emprenden la IED”⁴. El predominio de las gigantescas empresas multinacionales en estos flujos es evidente: las primeras 100 empresas de las 77.000 empresas contemplan el 11% de activos, el 16% de las ventas, y el 12% del empleo de las ETN a nivel global⁵. Las primeras tres empresas contemplan el 19% de los activos fijos de las primeras 100 empresas. La más pequeña de las primeras cien ETN tiene activos fijos casi tres veces superiores al PBI de Bolivia en 2006⁶.

El rol cada vez más grande de la IED en el “financiamiento para el desarrollo”, la competencia entre países por la atracción de la IED, y la alta y creciente concentración de la IED en manos de pocas ETN, hace que en la confrontación entre países y ETN, sean estas últimas las que ejercen cada vez más poder.

Esto se refleja nítidamente en la evolución de normas e instrumentos para defender y promover el poder de las ETN, como los Acuerdos Internacionales

1. Usamos billones en el sentido de las estadísticas de UNCTAD, o sea, miles de millones.
2. UNCTAD 2006a:3 y 9, Tabla I.2.
3. World Bank 2007:37, Tabla 2.1.
4. UNCTAD 2006a:xviii.
5. UNCTAD 2006a: xviii, 30-31. Sólo contempla las ETNs no financieras.
6. UNCTAD 2006a:282, Tabla A.I.11. Sólo contempla las ETNs no financieras.

sobre Inversiones (AII), Tratados Bilaterales sobre Inversiones (TBI) y los Tratados de Libre Comercio (TLC) con capítulos específicos sobre inversiones. En síntesis, son cada vez más, y de cada vez mayor complejidad y alcance. Y todos habilitan arbitraje, la enorme mayoría por medio del CIADI.

En 1989 había menos de 400 TBI; en 1995 esa cifra llegó a 1000, y al final de 2005 eran 2495. Sumando TBI (2495), TLC con capítulos sobre inversiones (232) y otros acuerdos (2758), el total de AII hacia fines de 2005 era de casi 5500⁷.

Reflejando el (des)balance global de poder entre ETN y Estados, estos instrumentos conllevan definiciones expansivas de inversión e inversionista, y expropiación o medidas “igual a expropiación”. De este modo, casi cualquier forma de presencia de una ETN es clasificada como “inversión” (adquisiciones, contratos, concesiones, derechos de propiedad intelectual, etc.) sin importar si contribuye tangiblemente a la economía local o no. Al mismo tiempo, abre la definición de expropiación a casi cualquier medida pública, sin evaluar su objetivo o validez, que pueda afectar las operaciones o incluso las expectativas de ganancia de las ETNs. Por otra parte, y para que los tratados puedan efectivamente defender y promover el poder de las ETNs, instala el “mecanismo inversionista-Estado”, que permite a las ETNs demandar a los Estados a través de instancias de arbitraje internacional como el CIADI.

Reflejando el uso defensivo y ofensivo del arbitraje, el número de procesos de arbitraje ha crecido exponencialmente. La primera disputa inversionista-Estado basada en un TBI registrado en el CIADI se produjo en 1987. Hasta abril de 1998, el CIADI ya había registrado 14 casos y emitido sólo dos laudos (fallos) arbitrales. Hasta noviembre de 2006, el número de casos conocidos llegó a 255. De este número total, 156 casos están en el CIADI, 65 bajo reglas del CNUDMI (Tribunal arbitral de Naciones Unidas), 18 en la Cámara de Comercio en Estocolmo, cuatro en la Cámara Internacional de Comercio y otros cuatro en sistemas *ad hoc*⁸. El número podría ser mucho mayor, puesto que muchos mecanismos de arbitraje obligan a mantener en secreto los procesos de resolución de conflictos. “Más de dos tercios (70%) de las demandas se presentaron en los últimos tres años y medio...”⁹.

Hasta hace una década, se estimaba que las demandas ante el CIADI implicarían una carga de menos de US\$15 millones; hoy se estima el agrega-

7. UNCTAD 2006a:26.

8. UNCTAD 2006b:2.

9. UNCTAD 2005:5.

do de más de 120 demandas contra Estados en el CIADI en más de US\$30 billones¹⁰.

3. Razones para salir

El 2 de mayo de 2007, Bolivia envió una nota al CIADI indicando su denuncia o retiro del Convenio, tal como establece el Artículo 71 del mismo. Las razones son varias.

3.1 Temas constitucionales

Con la Ley N° 1593 del 12 de agosto de 1994, durante el Gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada, Bolivia aprobó su adhesión al CIADI. El acuerdo entró en vigor el 23 de julio de 1995.

No obstante, dicha adhesión fue inconstitucional. La Constitución Política del Estado (CPE) de Bolivia vigente entonces y ahora, como muchas de la región, se inspira en la denominada “Doctrina Calvo”. Oponiéndose a la práctica de intervención militar europea para la recaudación de deuda pública, y basándose en los principios de soberanía nacional, igualdad jurídica entre Estados, igualdad de trato de nacionales y extranjeros, jurisdicción territorial y no intervención, Carlos Calvo planteaba que tratar y juzgar disputas era derecho exclusivo de los Estados en su territorio nacional. Los extranjeros, según esta doctrina, tenían la obligación de agotar toda apelación en las cortes locales sin pedir la protección o intervención diplomática del Estado de su país de origen¹¹.

Esta orientación es explícita en el Artículo 24 de la CPE (“*Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.*”) y en el Artículo 135 (“*Todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República*”).

10. Comentario de Robert Danino, Secretario General del CIADI, 12 de diciembre de 2005. En <http://www.tradeobservatory.org/headlines.cfm?refID=78365>.

11. La Doctrina Calvo se instaló luego en la Organización de los Estados Americanos (Artículo 15), en la Resolución 3171 del 17 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de Naciones Unidas (soberanía permanente sobre recursos naturales, punto 3), en varias constituciones y en la Decisión 24 de 1970 de la Comisión de la Junta del Acuerdo de Cartagena, luego Comunidad Andina de Naciones, que expresamente prohibía el retiro de la jurisdicción nacional de cualquier disputa con la inversión extranjera que surja en un país miembro.

El CIADI, en cambio, opera en sentido contrario. Si bien frena reclamaciones diplomáticas, lo hace otorgando a los inversionistas extranjeros un *bypass* a los sistemas jurídicos nacionales. Así lo explica un experto: “El objetivo principal [del CIADI] es el de retirar conflictos relacionados a la inversión extranjera de jurisdicciones locales”, y “reemplazar la jurisdicción del Estado recibiendo la inversión con arbitraje internacional”¹². Los administradores en el CIADI admiten, con pocos “filtros” iniciales, prácticamente todas las demandas que se presentan ante la institución. Una vez instalada la demanda en el CIADI, es el Tribunal constituido en el CIADI, y únicamente el Tribunal, el que decide si es competente para tratar el caso (Art. 41, inciso 1: “El Tribunal resolverá sobre su propia competencia”).

La renuncia a la jurisdicción boliviana es explícita. Al ratificar la Convención del CIADI en 1994, los gobernantes de entonces aprobaron una ley que abrió la posibilidad de que las empresas extranjeras invoquen una situación excepcional –su condición de inversionista extranjero– para sobrepasar los procesos judiciales y leyes bolivianas y llevar sus diferendos directamente a una instancia de arbitraje internacional. Quienes promovieron y aprobaron la ratificación de la Convención del CIADI en Bolivia hicieron caso omiso a su propia Constitución.

Ante esta situación, el 22 de noviembre de 2005, Wilson Magne Hinojosa, entonces Diputado de la República, interpuso ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra seis TBI y la adhesión al CIADI. El Tribunal se abstuvo de emitir una decisión sobre su constitucionalidad por un tema de procedimiento: el control de constitucionalidad fue solicitado después de la aprobación y ratificación por ley de los TBI y el Convenio del CIADI¹³. No obstante, el Tribunal sí afirmó en su sentencia que para resolver los problemas de constitucionalidad existía aún la vía de la denuncia,¹⁴ el camino que optó el Gobierno del Presidente Morales el 2 de mayo de 2007.

12. Biggs 2004: 67-8.

13. “... los Tratados cuyas normas pretende el hoy recurrente sean sometidas a control de constitucionalidad posterior, fueron suscritos, aprobados y ratificados mediante Leyes de la República, y, por consiguiente, no es posible ingresar a su análisis a través del presente recurso...”. Sentencia Constitucional 0031/2006, Sucre, 10 de mayo de 2006, Expediente: 2005-13011-27-RDI, en <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion14058.html>.

14. “... queda potencialmente subsistente la vía de la denuncia, como salida alternativa, que podrá ejercitarla el órgano que tiene competencia a ese fin”.

3.2 Temas de procedimiento

Además de una evidente inconstitucionalidad en el caso boliviano, el CIADI padece de una serie de problemas de orientación y procedimiento, cuyo efecto es dotar a la inversión extranjera con un instrumento potente, unilateral y desequilibrado, diseñado para disciplinar a los Estados.

Por omisión, las reglas del CIADI tienden a ser de una vía, favoreciendo a los inversionistas. Una vez iniciada una demanda de un inversionista contra un Estado, la única forma en que el Estado gana es en “no perder”. Pero, aunque “no pierde”, habría gastado enormes esfuerzos profesionales y de recursos económicos para no perder o ser sujeto de sanción.

3.2.1 Una sola vía: los impedimentos

Siempre van a surgir diferencias entre la inversión extranjera y los Estados, y es necesario que existan foros para tratarlos. Es además lógico que surjan, de ambas partes, reclamos tanto de inversionistas ante Estados, como de Estados ante los inversionistas. Pero en los hechos, no es así: el arbitraje es un mecanismo básicamente de una sola vía, habilitando a los inversionistas para que demanden a los Estados.

Según la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo por su sigla en inglés), desde 2002 más del 70% de los casos conocidos de arbitraje se han presentado en el CIADI y “virtualmente ninguno de ellos fue iniciado por gobiernos”¹⁵. De hecho, cita sólo un caso.

En cierta medida es lógico: los Estados tienen mecanismos administrativos y jurídicos para plantear demandas contra las Empresas. Pero el enorme desequilibrio se encuentra en los TBI, que establecen amplios y extensos derechos para las empresas frente a los Estados¹⁶, limitan el ámbito de acción del Estado¹⁷ y, en la gran mayoría de los casos, no precisan las responsabilidades de las Empresas. En síntesis, no es una exageración afirmar que bajo las normas establecidas por estos TBI, los derechos son para las empresas y las obligaciones para el Estado.

Prácticamente carentes de derechos bajo los AII, la posibilidad de entablar una demanda a una ETN en el CIADI es mínima. Por otra parte, el costo

15. UNCTAD 2005:5.

16. Por ejemplo, varios TBIs vigentes con Bolivia otorgan a los inversionistas el derecho de definir lucro cesante como inversión; medidas que afectan al lucro cesante como expropiación; a definirse como nacional cuando conviene, pero con opciones supranacionales; a recoger bajo el concepto de Nación Más Favorecida normas útiles de tratados ajenos a su Estado de origen; etc.

17. Por ejemplo, en la prohibición de requerimientos de desempeño.

mismo lo inhibe. En el fondo, se trata de un instrumento de las Empresas Transnacionales y para las Empresas Transnacionales, en su concepción, fundamentación y práctica.

Existe la necesidad urgente de establecer foros para tratar diferencias, pero con derechos sustantivos para ambos lados y que reconozcan no sólo derechos de los inversionistas adquiridos en TBIs o similares, sino también derechos de los Estados y pueblos derivados de los instrumentos de defensa de sus derechos económicos, sociales y culturales.

3.2.2 Admisión de casos: sin criterios

Si el CIADI tiene jurisdicción o no en un caso se decide recién constituyendo el Tribunal Arbitral, e iniciando el arbitraje, con todos los gastos en recursos humanos y financieros que esto implica. La facilidad con la que se admiten casos, por tanto, se convierte en un problema central para países como Bolivia.

Acorde sus normas, el CIADI no registra casos que están manifiestamente fuera de su jurisdicción. No obstante, “manifiestamente” es suficientemente ambiguo para que en la práctica el CIADI tienda a admitir los casos, habilitar el inicio de los procesos, y dejar en manos del Tribunal la tarea de decidir si el CIADI tiene o no jurisdicción en el caso. Entran casos al CIADI casi por omisión. Para países como Bolivia esto significa un esfuerzo y costo enorme. De este modo, el CIADI y los TBIs proporcionan un instrumento de permanente amenaza.

3.2.3 Los actores: problemas de ética y conflicto de intereses

Mientras en los sistemas judiciales nacionales se distingue claramente los roles entre jueces y pares, en el arbitraje internacional ha surgido una especialización de un número relativamente reducido de profesionales del arbitraje que cambian de rol con extrema facilidad, de árbitros en unos casos, a parte litigante por los Estados en otros, a parte litigante de los inversionistas en otros. Afirma un analista: “La práctica de abogados operando a la vez como consejeros de clientes y árbitros sigue muy extendida en el contexto del arbitraje sobre tratados de inversión... hay numerosas instancias donde abogados internacionales están trabajando como árbitros en algunas disputas sobre tratados de inversión, y como abogados de una de las partes en otros”¹⁸.

Es el caso del juez Stephen Schwebel, árbitro en un caso de la empresa holandesa Eureko de seguros contra Polonia. Polonia impugnó su selección

18. Luke Eric Peterson. “Analysis: Arbitrator challenges raising tough questions as to who resolves BIT cases.” Investment Treaty News (ITN), 17 de enero de 2007, en http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_jan17_2007.pdf.

porque Schwebel mantenía relaciones de trabajo cercanas con el bufete Sidley Austin de EE.UU., que actuaba simultáneamente contra Polonia en un arbitraje presentado por la empresa multinacional Cargill Corporation. El juez Schwebel trabajó con el bufete Sidley Austin en otro arbitraje, representando simultáneamente a la multinacional francesa Vivendi y al Gobierno de Turquía.

Polonia también cuestionó al juez Scwhebel y al bufete Sidley Austin porque en sus argumentos esgrimidos en el caso Vivendi *contra* Argentina, usaron argumentos basados en el laudo arbitral del caso Eureko, del cual el Juez era co-autor. Argentina insistió en los posibles conflictos de interés cuando el árbitro en un proceso decide sobre un laudo arbitral que podría impactar en la consideración de otro caso, donde el mismo árbitro es abogado de una parte privada¹⁹. La corte belga rechazó la petición de Polonia de retirar al juez Scwhebel.

En el caso Siemens *versus* Argentina, el Gobierno de Argentina cuestionó la participación del Dr. Andrés Rigo Sureda por su rol como consejero del bufete Fulbright & Jaworski de EE.UU.. Dicho bufete aconsejó a Duke Energy contra Perú, invitando al Dr. Guido Tawil a ser el árbitro por la empresa en su arbitraje. Argentina cuestionó los posibles conflictos de interés del Dr. Rigo, por presidir en dos procesos de arbitraje donde el Dr. Tawil, del mismo bufete Fulbright & Jaworski, representaba a los inversionistas partes del conflicto, mientras simultáneamente dicho bufete representaba una demanda ante un tribunal que incluía el Dr. Tawil como árbitro. El CIADI rechazó la demanda de Argentina de retirar al Dr. Rigo del caso Siemens²⁰.

En otro caso, Argentina logró parcialmente que un tribunal reconociera que medidas adoptadas por el gobierno que afectaron a una empresa (en este caso, LG&E de EE.UU.) eran producto de un estado de “necesidad” producto de la crisis de 1999 a 2002, y por tanto durante 17 meses el Estado estaría exento de ciertas obligaciones. No obstante, en 2005 el Tribunal que oyó el caso CMS rechazó el argumento de estado de “necesidad”, y en 2007 el Tribunal que oye el caso Sempra-Camuzzi también lo rechazó. Es notable que en estos tribunales los miembros del Tribunal del caso CMS son árbitros en el caso Sempra-Camuzzi ahora: Francisco Orrego Vicuña de Chile y Marc Lalonde de Canadá²¹.

19. Ver Investment Treaty News (ITN), 17 de enero de 2007, en http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_jan17_2007.pdf.

20. Ver Investment Law and Policy News Bulletin, 24 de marzo de 2005, en http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_mar24_2005.pdf, y de 27 de abril de 2005, en http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_april27_2005.pdf.

21. Ver Investment Law and Policy News Bulletin, 9 de mayo de 2007, en http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_may9_2007.pdf y <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>.

El mismo CIADI reconoce este problema, pero hasta ahora se ha contentado con ciertas pautas de “auto-regulación” entre los abogados. No existe un código de ética para los mismos.

Este cruce de funciones es reflejado también en los bufetes de abogados activos en el arbitraje, un punto central en su estrategia de marketing de sus servicios. Por ejemplo, en la página web de un bufete se lee que defendió a Hungría, luego representó a un inversionista italiano contra un Estado árabe, luego defendió a Argentina, y después representó a un inversionista chileno contra un Estado latinoamericano, etc.

En el centro de esta problemática se encuentra la mercantilización de los lucrativos servicios de arbitraje. Con la explosión de inversión extranjera, los conflictos que engendra, y el crecimiento exponencial de demandas de servicios del CIADI, se ha constituido en un mercado extraordinariamente lucrativo, pero sin mínimas regulaciones para evitar conflictos de interés. Bolivia considera inadmisibles someter temas sensibles de interés público a este mercado sin normas mínimas, sin controles y carente de instancias de ética.

3.2.4 Doble enjuiciamiento

El concepto de que se puede enjuiciar un conjunto de hechos en torno a un caso sólo una vez es aceptado y establecido en sistemas legales nacionales. De no ser el caso, llegar a la cosa juzgada o a la resolución definitiva de un caso sería difícil si no imposible. No obstante, en el arbitraje que surge de los TBI el doble juzgamiento de la misma causa es posible y sucede. Acorde a la UNCTAD, hay instancias *“donde ha sido aceptado que los mismos hechos y circunstancias puedan ser litigados por diferentes inversionistas en diferentes tribunales... Esto puede llevar a situaciones donde inversionistas, teniendo acciones en la misma inversión, inician múltiples arbitrajes bajo diferentes nombres de inversionistas corporativos o personales”*²².

El caso CMS *versus* Argentina es ilustrativo. CMS, el inversionista minoritario de EE.UU., tenía el 29,42% de las acciones de TGN, la empresa de transmisión de gas argentina creada con la privatización de YPF. En la decisión sobre jurisdicción el panel arbitral aceptó plenamente la distinción entre el accionista minoritario y el accionista controlador de la inversión, TGN. Opinó el Tribunal, *“el Centro [CIADI] ha hecho todos los esfuerzos posibles por evitar una multiplicidad de tribunales y jurisdicciones, pero... no es posible impedir el*

22. UNCTAD:

*ejercicio de diferentes derechos que los inversionistas puedan tener a la luz de acuerdos diferentes.*²³

En el caso *Lauder contra la República Checa*, por ejemplo, dos inversionistas diferentes lanzaron arbitrajes contra el Gobierno checo, bajo dos TBI diferentes, en diferentes tribunales, y lograron dos resultados diferentes. Sin entrar en la materia de los casos – una supuesta interferencia del Gobierno checo en una empresa de televisión – las posibilidades de confusión, doble enjuiciamiento y simple abuso son evidentes.

Existe una clara posibilidad de que un país pierda varias veces un mismo caso, y se vea obligado a pagar múltiples penalidades. El peligro, peso y amenaza para países en vías de desarrollo es más que evidente.

Varios contratos nuevos del Estado boliviano atienden este problema por medio de la consolidación de reclamos – donde se abre un mecanismo de juntar o consolidar reclamos basado en los mismos hechos y casos²⁴. No obstante, en los TBI, base de las demandas presentadas al CIADI, persiste la posibilidad muy real de ser juzgado varias veces, y en varios foros, por el mismo tema.

3.2.5 Jurisprudencia libre

El Artículo 42 de la Convención del CIADI dispone que el Tribunal de Arbitraje, una vez constituido, *“decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”*. En otras palabras, las bases jurídicas sustantivas sobre las cuales se analizará y decidirá el caso son de elección del Tribunal Arbitral. La elección relativamente libre de este artículo presenta dos problemas: la libertad en la elección de bases jurisprudenciales, por un lado, y el apego al uso limitante de los TBI para la consideración sustantiva de la materia de los casos. Al dejar en manos de un grupo selecto de agentes del mercado privado de servicios legales (árbitros y abogados), el país demandado se encuentra subordinado a las “elecciones” de dichos agentes.

Por otro lado, el artículo 42 también estipula que *“a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”*. En la práctica, esto tiende a

23. Ver CMS Gas Transmission Company versus la República Argentina, Caso N° ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, en http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_Spanish.pdf, párrafo 86.

24. Ejemplo: Cláusula 22, inciso 22.4, contratos petroleros “En caso de que un arbitraje relacionado con el presente Contrato y un arbitraje de acuerdo con la Garantía de cumplimiento se refieren al mismo asunto, dichos arbitrajes se consolidarán como un solo arbitraje ante el mismo tribunal arbitral”.

que los Tribunales se remitan a los TBI, que son “*legislación del Estado que sea parte en la diferencia*”, pero con poca o nula consideración de otros ámbitos sustantivos de derecho internacional, como ser los derechos internacionales sobre derechos humanos, económicos, sociales o culturales.

Como la experiencia demuestra, la sustancia de las controversias es eminentemente social, con profundas implicaciones para la formulación y aplicación soberana de políticas económicas y sociales. El caso de Argentina es notorio. Una crisis entre 1999 y 2002, similar en magnitud a la Gran Depresión en Estados Unidos en los años 30, provocó una contracción económica del 25%, aumentando la pobreza en más del 50%. En este contexto, y para preservar sus ganancias, una operadora de agua privatizada aumentó en 300% las tarifas de servicios de agua y alcantarillado. Comentan los analistas que de aplicarse este aumento de tarifas, “*una crisis económica y social se habría transformado en un completo desastre humanitario, al privar abruptamente a millones de personas de acceso a un recurso esencial...*”²⁵. El Gobierno de Argentina decidió no permitir el alza, y las empresas Suez, Aguas de Barcelona y Vivendi demandaron a Argentina a través del CIADI.

Varias organizaciones han argumentado, por razones obvias, que la consideración del derecho internacional de los derechos humanos es esencial para la adjudicación del conflicto. Sin embargo, la normativa a ser usada para la consideración del caso en el CIADI es elección única y exclusiva de los tres abogados que conforman el Tribunal Arbitral.

En síntesis, en comparación con sistemas judiciales establecidos, esto permite a la parte demandante ejercer mucho más control sobre las bases del proceso de resolución, introduce inconsistencias y una falta de coherencia a los procesos, y efectivamente frena – a pesar de esfuerzos en sentido contrario – la consideración de derecho internacional público de derechos humanos y sociales.

3.2.6 Treaty shopping, forum shopping y cherry picking

El arbitraje habilita las prácticas de “*treaty shopping*” y “*forum shopping*” –o sea, permite a los inversionistas, independientemente de su país de origen, escoger el TBI que más les favorezca, y en función de ello también el foro arbitral que más les convenga. Los casos son muchos. En un caso producto de la privatización del sector financiero checo, la empresa Saluda, subsidiaria del grupo japonés Noruma asentada en Holanda, logró que un Tribunal emitiera un fallo a favor de la empresa, en el sentido que habría sido víctima de una

25. Escrito *Amicus Curiae*, Caso CIADI N° ARB/03/19.

violación del principio de Trato Justo y Equitativo a manos del gobierno de la República Checa. La República Checa argumentó que Saluda era apenas una “cáscara” de la empresa Noruma con sede en Londres, y por tanto no merecía protección bajo el TBI entre Holanda y la República Checa. El tribunal reconoció la dudosa identificación de Saluda como empresa holandesa, invocando los posibles “abusos del proceso arbitral” y las “prácticas de *treaty shopping*” – pero igual dio paso a la demanda bajo las amplias definiciones de inversionista en el TBI en cuestión.

El ejemplo de Aguas del Tunari contra Bolivia también es ilustrativo. Bechtel Corporation de EE.UU. efectivamente ejercía control de la empresa, no obstante su migración de Islas Caimán, donde se estableció primero, a Ámsterdam, Holanda, donde abrió una casilla postal, que le permitió demandar a Bolivia bajo el TBI entre Holanda y Bolivia. El Tribunal Arbitral aceptó esta determinación:

*“El argumento del Demandante [Bechtel] es que así como una persona natural puede emigrar de una jurisdicción a otra, cambiando su nacionalidad, una persona jurídica puede hacer lo propio (...). El tribunal concluye que, aunque inusual, esta migración es admisible conforme la legislación de las Islas Caimán”*²⁶. Por otra parte, mientras Bolivia argumentaba que el control efectivo de Aguas del Tunari estaba con los accionistas últimos – Bechtel, en este caso – el Tribunal decidió que las instancias intermedias creadas por Bechtel en Holanda poseían legal y jurídicamente sus acciones, y que esto era suficiente para establecer “propiedad”, y, por lo tanto, invocar el TBI entre Holanda y Bolivia para demandar a Bolivia.

Por otra parte, la existencia de cláusulas de Nación Más Favorecida (NMF) en muchos TBI permite que los inversionistas puedan escoger y combinar las protecciones que más les convenga de una variedad de TBI, una práctica llamada “*cherry picking*”. La cláusula de Nación Más Favorecida estipula que una protección otorgada al inversionista de un país tiene que extenderse a los inversionistas de los demás países. Un ejemplo es el caso Maffezini, un inversionista argentino en España. En 1991 Maffezini inició una demanda de arbitraje contra España bajo el TBI entre Argentina y España. Dicho TBI requiere que toda demanda sea tratada primero en cortes locales, y sólo luego pasa al arbitraje si en 18 meses no hay una resolución sobre los méritos. Maffezini reconoció que optó directamente por el arbitraje, y no por las cortes locales. No obstante, basándose en el concepto de NMF, argumentó con éxito que podría invocar el artículo 4 del TBI entre Chile y España, que permite que

26. Caso CIADI ARB/02/3, párrafos 164 y ...

el demandante vaya directamente al arbitraje sin pasar primero por las cortes locales. Comenta la UNCTAD, “*el Tribunal determinó... que el Sr. Maffezini podría ‘importar’ los artículos sobre resolución de disputas del TBI entre Chile y España... y evitar así el requerimiento de someter su disputa a las cortes Españolas antes de iniciar su caso en el CIADI.*”²⁷.

Como consecuencia, se ha creado mucha incertidumbre entre los Estados anfitriones con respecto a cuáles son sus obligaciones bajo un acuerdo y se han creado oportunidades para interpretaciones expansivas de acuerdos existentes por parte de árbitros a instancias de los inversores²⁸.

La intención de un TBI es – o debe ser – promover y proteger inversiones *bona fide* entre los países firmantes de un acuerdo. La realidad práctica del arbitraje – con el *shopping* y *picking* – anula esta intención. En síntesis, este sistema permite a las empresas reubicarse donde quieran para iniciar arbitraje donde les parezca más adecuado, y re-combinar los elementos de protección sustantivos que prefieran, convirtiendo así a los TBI y el arbitraje en un instrumento ofensivo de las ETN.

3.3 Costos

Es de sentido común que grandes desequilibrios de recursos entre partes litigantes hace muy difícil lograr resultados justos y balanceados. En el arbitraje internacional esto es aún más cierto.

El arbitraje es sumamente caro en dos sentidos: los procedimientos conllevan exorbitantes gastos en representación y servicios legales, y los laudos arbitrales pueden ser enormes. El costo del arbitraje para países en vías de desarrollo desvía fondos para atender urgentes necesidades sociales, y puede ser simplemente insostenible.

La República Checa reporta haber gastado más de US\$10 millones en los casos Luader y unos US\$17.1 millones en casos similares²⁹. En el caso Aguas del Tunari/Bechtel *contra* Bolivia, el Estado boliviano pagó más de US\$1.6 millones, o el equivalente a miles de conexiones de agua en Cochabamba, para defenderse. Varios estudios indican que los gastos mínimos de un proceso arbitral están en el entorno del medio millón de dólares, y el promedio está entre dos y tres millones³⁰.

27. UNCTAD 2007:39-40.

28. Mann et al. 2005:19.

29. UNCTAD 2005:10.

30. UNCTAD 2005:10.

Bajo el arbitraje del CIADI, los gobiernos pueden confrontar empresas con recursos mucho mayores a los del país. Una revisión reciente demuestra que en siete casos ante el CIADI, los recursos de la Empresa Transnacional demandante son mayores que el PBI del país demandado. Éste es el caso de la empresa *Shell*, cuyos ingresos son 60 veces mayores a los del PBI de Nicaragua, o el caso de *Aguas del Tunari/Bechtel*, cuyos ingresos son tres veces mayores a los del PBI de Bolivia.

Los laudos del CIADI pueden también convertirse en amenazas a las finanzas públicas. Los ejemplos citados por la UNCTAD incluyen:

- US\$270 millones más intereses sustanciales contra la República Checa en el caso *Lauder*
- US\$71 millones más intereses contra Ecuador en el caso *Occidental*
- US\$824 millones más US\$10 millones para cubrir los gastos del demandante, contra Eslovaquia en el caso *CSOB*
- US\$133.2 millones más intereses en el caso *CMS Gas Transmission Company* contra Argentina.
- US\$3 mil millones demandados, según informes iniciales, de una demanda de accionistas de *Yukos* contra Rusia³¹.

El caso de Argentina es dramático. Como señalamos arriba, la crisis de 1999 a 2002 produjo una contracción económica del 25% y un aumento de la pobreza en más del 50%. En respuesta, el Gobierno de Argentina “desdolarizó” tarifas de servicios esenciales para evitar que la población empobrecida prescindiera de dichos servicios. Varias ETN respondieron con demandas arbitrales y hoy están pendientes más de 40 demandas por un monto superior a los 25 mil millones de dólares. De las demandas registradas o en curso en el CIADI contra Argentina, al menos 20 tratan de servicios, y la suma del valor de las demandas sobrepasa los diez mil millones de dólares.

3.4 Resultados

Los sesgos y desequilibrios en los procesos y bases del arbitraje en el CIADI producen, lógicamente, resultados también sesgados.

Como arriba señalamos, el arbitraje bajo los TBI y TLC en los hechos es principalmente un instrumento que usan los inversionistas de países de-

31. UNCTAD 2005:9.

sarrollados contra los países en vías de desarrollo. Esto está reflejado en las tendencias de proliferación de TBI, y en los casos acumulados de arbitraje. Estados Unidos, por ejemplo, tiene 40 TBI, de los cuales 19 fueron firmados con países de Europa del este, nueve con países de América Latina y el Caribe, siete de África, tres del Medio Oriente, y dos de Asia. Además, EE.UU. tiene TLC con capítulos sobre protección de inversiones con 14 países, la mayoría naciones en vías de desarrollo. Con Europa y Japón, los países desde donde proviene la IED hacia EE.UU., no hay acuerdo de protección de inversión alguno³².

La distribución de los procesos de arbitraje siguen un patrón similar –con la excepción de Estados Unidos y Canadá, que bajo el capítulo 11 del NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN) confrontan 11 y 7 demandas respectivamente. En la gran mayoría de los demás casos, son países en vías de desarrollo o del ex bloque del este. Los primeros 10 países más demandados son Argentina (42), México (17), República Checa (11), Moldavia (9), Rusia (9), India (9), Ecuador (8), Egipto (8), Polonia (7), y Rumania (7)³³. El 20% de los casos pendientes son demandas a “países de ingresos bajos en vías de desarrollo”, un 74% a “países de ingresos medios en vías de desarrollo”, y solamente el 1,4% son demandas a países G-8 (todos contra EE.UU.)³⁴. (Ver cuadro en la página siguiente).

Por otra parte, el CIADI atiende casos sobre temas de suma importancia y sensibilidad para los países en vías de desarrollo: siete disputas han tratado temas de servicios de agua; más del 40% de los casos registrados tratan servicios como agua, luz, telecomunicaciones y recolección de basura; y casi un 30% de las demandas tienen que ver con recursos estratégicos clave para el desarrollo de los países, como petróleo, gas y minerales³⁵.

En cuanto a resultados, aproximadamente una tercera parte de los casos en el CIADI terminan con fallos a favor de los inversionistas, y en otra tercera parte de los casos las partes llegan a un acuerdo sobre indemnización fuera del CIADI. En síntesis, en la gran mayoría de los casos ganan los empresarios. Por su parte, los Estados en realidad nunca ganan – el mejor resultado que pueden obtener, dado que es un sistema unidireccional, es no perder.

32. Anderson and Grusky 2007:ix.

33. UNCTAD 2006b:12-13.

34. Anderson and Grusky 2007:ix.

35. Anderson and Grusky 2007:ix.

Casos de arbitraje pendiente, noviembre de 2006⁵⁵

Argentina	42	Eslovenia	2
México	17	Sri Lanka	2
República Checa	11	Emiratos Árabes Unidos	2
Estados Unidos	11	Albania	1
Moldavia	9	Barbados	1
Rusia	9	Bulgaria	1
India	9	Congo	1
Ecuador	8	Croacia	1
Egipto	8	El Salvador	1
Canadá	7	Francia/Reino Unido	1
Polonia	7	Alemania	1
Rumania	7	Ghana	1
Ucrania	6	Grenada	1
Chile	4	Guyana	1
Congo	4	Indonesia	1
Kazajstán	4	Lituania	1
Venezuela	4	Malí	1
Estonia	3	Mongolia	1
Hungría	3	Myanmar	1
Kirguizistán	3	Nicaragua	1
Pakistán	3	Paraguay	1
Turquía	3	Portugal	1
Argelia	2	Arabia Saudita	1
Azerbaiján	2	Serbia-Montenegro	1
Bangladesh	2	Seychelles	1
Bolivia	2	España	1
Burundi	2	Tanzania	1
Georgia	2	Tailandia	1
Jordania	2	Togo	1
Letonia	2	Trinidad y Tobago	1
Líbano	2	Túnez	1
Malasia	2	Vietnam	1
Marruecos	2	Yemen	1
Perú	2	Zimbabwe	1
Filipinas	2	Desconocido	9
Eslovaquia	2	Total	255

36. UNCTAD 2006b:12-13.

3.5 Confidencialidad y transparencia

Como arriba se indica, los procesos de arbitraje en el CIADI tienen sus orígenes en el arbitraje comercial, que suele ser absolutamente cerrado por tratarse de disputas entre personas y empresas privadas. Pero en el CIADI, se trata de una demanda de privados contra entidades *públicas*, con obvias y profundas implicancias para políticas públicas y bienestar de la población. No obstante, a pesar de leves reformas en 2006, el CIADI sigue siendo un sistema esencialmente cerrado. Aunque los casos involucran e impactan tres partes – empresa, Estado, sociedad – sólo dos (empresa y Estado) tienen derecho de participar o acceder a la información sobre el proceso.

El CIADI y otros foros de arbitraje se han mostrado reacios a la reforma o mayor apertura. De los más de 250 procesos de arbitraje registrados, en sólo dos se han permitido audiencias públicas y en sólo cuatro se han admitido cartas de “amigos de la corte” (*amicus curiae*) de otras partes interesadas o impactados de la sociedad civil. Además, bajo las reglas del CIADI, cartas de “amigos de la corte” no tienen valor jurídico alguno – pueden ser ignoradas, y generalmente lo son. Los intentos de recusar árbitros han fracasado, y cada una de las cinco apelaciones para anular laudos arbitrales presentadas entre junio de 2005 y noviembre de 2006 han sido rechazadas. Estas bases injustas producen resultados injustos.

3.6 Conflictos de interés en el Banco Mundial

Bolivia considera que instancias de arbitraje internacional son necesarias, pero éstas tienen que librarse de los vicios actuales. En el caso del CIADI, un problema insalvable es también su ubicación institucional: al interior del Banco Mundial.

El Banco Mundial es depositario de la Convención del CIADI; el Consejo Administrativo del Centro es presidido por el Presidente del Banco Mundial; la nominación del Secretario General del CIADI se hace a partir de la presentación del Presidente del Banco Mundial de uno o más candidatos; la Secretaria General del Centro es además Primera Vicepresidenta y Consejera Jurídica Principal de la Gobernación del Banco Mundial. Y cuando los dos miembros de un Panel Arbitral puestos por las partes de la disputa no logran convenir en el tercer miembro, es el Presidente del Banco Mundial quien lo designa. En síntesis, aunque las autoridades del CIADI suelen presentar al Centro como independiente, su relación fáctica con el Banco es más que evidente.

En países como Bolivia y muchos otros, por medio de programas de ajuste estructural, o préstamos condicionados, el Banco Mundial ha tenido un enorme impacto en las políticas públicas – por ejemplo, en la inducción de privatizaciones. Muchas veces los casos que llegan al CIADI tienen sus orígenes en estas imposiciones del Banco Mundial – lo que da lugar a un claro conflicto de interés. Los casos de la empresa estadounidense Bechtel (Aguas del Tunari) contra Bolivia, y la amenaza de un caso de la empresa francesa Suez (Aguas del Illimani) contra Bolivia, son ilustrativos.

A lo largo de los años 80 y 90, el Banco Mundial jugó un rol decisivo en exigir, financiar y consolidar una orientación general hacia la privatización y mercantilización en una amplia gama de políticas del Estado boliviano. Un documento de síntesis interno del Banco de 2001 revisó 59 préstamos para un total de más de 1.1 mil millones de dólares desembolsados, de los cuales ninguna actividad pública o sector está exento.

El Banco financió la protección social, educación, salud, agua y saneamiento, temas “multi-sectoriales”, desarrollo urbano, agricultura, medio ambiente, petróleo y gas, energía, transportes, minería, “desarrollo del sector privado”, el sistema financiero y “políticas económicas”, en el cual la privatización (“asistencia técnica para la reforma regulatoria y privatización”) fue central. No es excesivo afirmar que la orientación, fisonomía, criterios técnicos y prioridades del Estado boliviano fueron, en gran medida, producto de la interacción con el Banco Mundial.

La privatización en general, y específicamente la del agua y su legislación, son un reflejo claro de esta relación. El Banco Mundial exigió la privatización y también financió (conjuntamente con el Banco Interamericano de Desarrollo, BID) la creación de las instancias estatales para llevar a cabo el proceso de privatización y regulación de las empresas privatizadas. Por medio de su brazo de préstamos concesionales, el *International Development Association* (IDA), el Banco Mundial otorgó por lo menos siete préstamos con componentes dirigidos a promover, amparar y regular privatizaciones, desembolsando más de US\$77 millones para este fin. De estos siete préstamos, tres tuvieron implicaciones directas para el sector de agua y dos de ellos mencionan específicamente la exigencia del Banco de privatizar SEMAPA, la operadora pública de agua en Cochabamba.

Una evaluación interna del Banco Mundial de su programa de “Rehabilitación de Agua Potable y Alcantarillado en Ciudades Principales” señalaba que “la privatización [del agua] depende enteramente de la voluntad política de llevar adelante el proceso”, y por esto, “el Banco debería condicionar sus

*préstamos a la participación del sector privado en la administración y provisión de servicios*³⁷.

En 1996, el Banco condicionó un préstamo a Bolivia de US\$14 millones a la privatización de la operadora pública de agua en Cochabamba, SEMAPA³⁸; en 1997, un consorcio de instituciones financieras internacionales, incluyendo el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, condicionó la condonación de US\$600 millones a – entre otras cosas – la privatización de SEMAPA³⁹. Cabe mencionar que el Banco Mundial, en coordinación con el BID, también financió proyectos de reforma de la legislación sobre agua que habilitaba e inducía la privatización de los servicios de agua.

En síntesis, el impulso decisivo (o, como dijo el Banco Mundial, la creación de “voluntad política”) para la privatización del agua en Cochabamba y la normativa nueva que lo amparaba provino de las condiciones y financiamientos del Banco Mundial. Del fracaso de este proceso surgiría, en 2001, la primera demanda de una Empresa Transnacional contra Bolivia – en el CIADI, dependiente del Banco Mundial.

Además, por medio de su brazo de inversión extranjera directa, la *International Finance Corporation* (IFC), el Banco Mundial se volvió accionista directo de otra privatización del agua en Bolivia, la empresa Aguas del Illimani/Suez Lyonnaise des Eaux en La Paz. La inversión modesta del Banco en Aguas del Illimani/Suez Lyonnaise des Eaux buscaba también enviar señales a los inversionistas extranjeros: a pesar de los conflictos sobre el agua, en Bolivia sí se puede invertir en el sector.

Al mismo tiempo, el Banco emitió la misma señal por otro lado: a través de su agencia aseguradora de inversiones multilaterales (MIGA) firmó una garantía para proteger a los inversionistas en el sistema de agua en Guayaquil, Ecuador, recién privatizado. Los inversionistas eran los mismos que habían salido de Cochabamba: un consorcio subsidiario de *International Water Ltd.* (IWL). La aseguradora MIGA vendió una póliza a IWL “...contra los riesgos de expropiación... y disturbios civiles...”⁴⁰ – exactamente lo que la privatización inducida por el Banco, y operado por IWL, produjo en Cochabamba meses antes.

37. Banco Mundial. “El Trabajo del Banco Mundial en Bolivia desde 1985”. 5 de marzo de 2001, pag. B-5.

38. Opinión, 23 enero 1996, 5A.

39. El Diario, 1º julio 1997, 5A.

40. En <http://www.miga.org/screens/projects/guarant/regions/lac/Water.htm>.

El Banco Mundial, a través de su brazo operativo IDA, jugó un rol central en inducir a la privatización del agua, estructurar normas para legalizar esa privatización y reestructurar aquellas instancias públicas que permitan sostenerla. Luego, también el Banco Mundial a través de la IFC, participó directamente como accionista en otra privatización. Cuando previsiblemente fracasó la privatización en Cochabamba, otra instancia del Banco Mundial (MIGA) vendió seguros a la misma empresa para paliar los riesgos de proyectos similares en países vecinos.

Por ende, cuando Aguas del Tunari/Bechtel buscaba recuperar el lucro cesante de su negocio en Cochabamba, el Banco Mundial (esta vez el CIADI) proporcionó la instancia para hacerlo. Al conformar el panel arbitral, fue el Presidente del Banco Mundial, en su rol de Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, quien designó el tercer árbitro. En síntesis, el involucramiento directo del Banco utilizando sus varios brazos en promover, financiar, garantizar, y –a veces– participar directamente en los negocios de la inversión extranjera, es razón más que suficiente para que deba recusarse institucionalmente e inmediatamente de procesos de arbitraje de disputas en torno a la inversión internacional.

4. Un matrimonio sin opción a divorcio: el caso de Euro Telecom Internacional contra Bolivia

Por todas las razones indicadas, Bolivia tomó la decisión de retirarse del CIADI. El 2 de mayo de 2007, el Canciller de Bolivia comunicó al Presidente del Banco Mundial: “Me dirijo a usted a fin de poner en conocimiento suyo que al amparo del artículo 71 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la República de Bolivia denuncia el citado Convenio al cual se adhirió en fecha 3 de mayo de 1991 y que entró en vigor para Bolivia el 23 de julio de 1995” – convirtiéndose así en el primer país que se divorcia del CIADI.

No obstante, el 12 de octubre de 2007 Euro Telecom Italia (ETI) solicitó que el CIADI registrara una demanda contra Bolivia bajo el Tratado Bilateral sobre Inversiones entre Bolivia y Holanda, y el 31 de octubre la Secretaría General del CIADI lo registró. Este nuevo abuso del CIADI, desnuda una vez más los vicios de su sistema: permite que una empresa de un país haga uso, por medio de una empresa cáscara, de un tratado bilateral de otro país; permite que una empresa use un instrumento supuestamente defensivo para fines ofensivos; y establece jurisdicción para un arbitraje aún después de que Bolivia haya denunciado el Convenio.

La empresa ETI controla (con 50% de las acciones) ENTEL S.A., la principal proveedora de servicios de telecomunicaciones en Bolivia. ENTEL S.A. es producto de una privatización financiada y asesorada por el Banco Mundial en 1995, como parte de las reformas estructurales de los años '90. ETI es registrada como una empresa holandesa y hace uso del TBI entre Bolivia y Holanda para su demanda. En realidad ETI es una empresa "cáscara", propiedad en 100% - por medio de dos empresas intermedias - de Telecom Italia S.p.A. En 2006, ETI reportó gastos de operación de €19,570, ningún empleado, y cero de pago de impuestos a Holanda. Efectivamente, sus únicas operaciones eran las de transferir ganancias de Bolivia a holdings dependientes de Telecom Italia S.p.A.

¿En qué se basa su demanda? En primer lugar, ETI impugna el ejercicio de funciones públicas de rutina como las regulatorias (observaciones a su provisión de servicios por la entidad reguladora) y las tributarias (reclamo por el pago de impuestos sobre transferencias). Este es un ejemplo más de la forma en que el CIADI y los TBIs, con sus abusivamente ambiguas definiciones de "trato justo y equitativo" dan paso a que las empresas intenten limitar al Estado en el ejercicio de sus funciones más básicas - regulación para el interés público, y recaudación de tributos. Luego, ETI alega que tres Decretos Supremos habrían "destruido" su inversión. Los Decretos transfirieron internamente la administración de acciones de propiedad de los bolivianos, convocaron a una comisión para negociar una adquisición de una posición accionaria mayoritaria, y anuló normas que permitieron en 2005 una certificación de cumplimiento de metas de inversión - todas acciones legítimas del ejercicio de los poderes del Estado. Pero la evidencia más clara de lo absurdo del alegato de una "destrucción" de su inversión, es el hecho de que ENTEL, bajo la dirección de Telecom Italia/ETI, sigue dominando más del 60% del mercado boliviano, donde participa agresivamente con productos, servicios, y masivas campañas publicitarias.

En octubre de 2007 Telefónica de España tomó control de Telecom Italia S.p.A., iniciando un proceso de reorganización que incluye la venta de sus acciones en Telecom Brasil, y la separación de áreas básicas de sus negocios en Europa. En este contexto, mucho indica que estaría también buscando salir del mercado boliviano, y está usando al CIADI para mejorar el precio de venta de sus acciones en ENTEL - es decir, como una forma ofensiva de lograr ventaja en la mesa de negociación de salida.

Lo más preocupante, sin embargo, es que el CIADI registró la demanda más de cinco meses después de que Bolivia denunciara el Convenio del CIADI. La Secretaría General argumenta que esta demanda no estaba manifiestamente

fuera de la jurisdicción del CIADI porque de acuerdo al Artículo 71 del Convenio la denuncia tendría efecto recién seis meses después de la denuncia. Esto es evidente con relación a las responsabilidades que Bolivia tenía con el CIADI como Estado miembro, pero no es evidente con relación al *consentimiento* para nuevas demandas de arbitraje ya que ese consentimiento fue retirado al momento de la denuncia del Convenio.

Esta distinción es fundamental, porque el consentimiento es la piedra angular del arbitraje. A diferencia de un proceso penal o civil, el arbitraje descansa sobre el consentimiento expreso y escrito de las partes para reconocer la jurisdicción del CIADI.

No es suficiente ser miembro del CIADI para que haya jurisdicción sobre una inversión en un territorio. También es necesario que las partes otorguen consentimiento. En otras palabras, una cosa es ser miembro del club (Estado Contratante), otra cosa es dar permiso para jugar (consentimiento a la jurisdicción del CIADI).

Christoph Schreuer, uno de los arquitectos del Convenio del CIADI, afirma que con la denuncia del Convenio – o sea el retiro de Bolivia del CIADI en mayo de 2007 – el consentimiento inmediatamente deja de existir, impidiendo el registro de casos nuevos. Indica que para que sea procedente un caso, “*el consentimiento tendría que haberse dado antes de la denuncia del Convenio*”.

En el caso de ETI contra Bolivia no hubo concurrencia de consentimientos, ya que Bolivia retiró su consentimiento el 2 de mayo de 2007, y ETI recién dio su consentimiento el 12 de octubre de 2007. La aceptación (registro) del caso por la Secretaría General del CIADI es una violación inadmisibles de los derechos soberanos de los Estados que denuncian un tratado internacional por los medios provistos en el mismo tratado.

Con su acción, la Secretaría General del CIADI sienta un precedente muy peligroso. El Grupo del Banco Mundial se presenta como un conjunto de instituciones de asociación libre, una “cooperativa para el desarrollo”, donde los países participan cuando quieren y para su propio beneficio. No obstante, con su acción la Secretaría General del CIADI revela un carácter más bien carcelario: aunque un Estado se retire por la vía legal, es retenido contra su voluntad y obligado a someterse a tribunales que denunció, con claro perjuicio de tiempo y económico ya que deberá incurrir en gastos, y confrontar posibles daños pecuniarios sustantivos⁴¹.

41. Un observador califica esto como el fenómeno Hotel California: “*you can check out any time you like, but you can never leave*”.

Peor aún, luego de registrar el arbitraje de Telecom Italia S.p.A., la Secretaría General de CIADI remite la definición de los efectos jurídicos de la denuncia de Bolivia al Tribunal Arbitral. Bolivia, en cambio, considera que esto es inadmisibles. La interpretación de los artículos 71 y 72 del Convenio del CIADI sobre la denuncia del Convenio no es tarea para un Tribunal comercial o de inversiones, conformado para resolver problemas en torno a un contrato, concesión, o inversión específica. Estamos ante un problema central de interpretación de tratados internacionales y derecho internacional público – ¿cuándo y cómo los Estados, en ejercicio de su derecho soberano, pueden salir de un tratado? La respuesta tiene implicaciones mucho más allá de un supuesto diferendo entre una empresa y un país. El precedente establecido afectará a todos los países.

En síntesis, meses después de que Bolivia se retira del CIADI, esta dependencia del Banco Mundial igual admite el caso. El demandante, Telecom Italia S.p.A., es una empresa cáscara dependiente de una multinacional italiana con ingresos de casi cuatro veces el PBI del demandado, Bolivia, el país más empobrecido de Sudamérica. Telecom Italia hace uso – ¿abuso? – de un tratado entre Holanda y Bolivia, habiendo registrado su cáscara en Holanda, alegando la “destrucción” de su empresa aunque domina más del 60% de las telecomunicaciones en Bolivia, en un mercado que sigue expandiéndose.

5. Conclusiones: Epitafio para un sistema de inseguridad jurídica para los Estados

Bolivia está pasando por un proceso histórico de democratización y desarrollo. Luego de décadas de marginación social y enajenación de los recursos estratégicos, surgió un gobierno con el mandato de garantizar la explotación de sus recursos estratégicos en beneficio de las mayorías nacionales, revirtiendo su situación de exclusión y pauperización. Las décadas pasadas han demostrado claramente que la “seguridad jurídica” basada en la persistencia de pobreza endémica y exclusión no es seguridad para nadie, sino la base de insatisfacción, movilización y conflicto.

Bolivia busca y requiere inversión extranjera, y ofrece remedios tanto nacionales como internacionales para resolver conflictos que puedan surgir. Lo que Bolivia no acepta es el perjuicio sistemático que surge de un régimen de solución de controversias claramente desequilibrado. Lo que nació en un momento como instrumento defensivo, se ha convertido en instrumento ofensivo, y francamente abusivo. Es hora de hacer los cambios necesarios. En este marco, Bolivia trabaja bajo las siguientes premisas:

- Se requieren acuerdos sobre inversión cuyo objeto central es el desarrollo y prosperidad de los pueblos.
- Se requieren acuerdos que establezcan los equilibrios necesarios entre el derecho pleno a la propiedad y ganancia privada, y el interés público y social.
- Se requieren acuerdos y sistemas de solución de controversias que admitan, o mejor, inviten a la consideración simultánea de los derechos de los inversionistas, y los avances en la articulación y establecimiento de derechos indígenas, sociales, humanos, y el derecho a un medio ambiente sano y sustentable.
- Se requieren acuerdos que reconozcan las condiciones propias de contextos nacionales variados, admitiendo que no todos los países son iguales, ni confrontan desafíos similares, y por tanto, requieren acuerdos diferenciados.
- Se requieren sistemas de solución de controversias sobre inversiones que asuman el desafío de contribuir a la consolidación de sistemas jurídicos nacionales justos, transparentes y eficientes, y no sobrepasarlos, o peor, subvertirlos.

El retiro de Bolivia del CIADI es un primer paso. La revisión estudiada, cuidadosa y diligente de los tratados sobre inversiones y novedosos mecanismos para la solución de controversias, es un siguiente paso. La seguridad jurídica de la inversión basada en la inseguridad del Estado y la población de un país es una ficción insostenible.

6. Fuentes

- Anderson S, Grusky S. 2007. *Challenging Corporate Investor Rule*, Food and Water Watch and Institute for Policy Studies, Washington DC.
- Biggs G. 2004. The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investment and the Chile-U.S. Free Trade Agreement. *ICSID Review* 19: 61-86.
- Mann H, von Moltke K, Peterson LE, Cosbey A. 2005. *Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible: Guía para negociadores*. Winnipeg, Manitoba: International Institute for Sustainable Development.
- UNCTAD. 2005. *Investor State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*. Geneva: UNCTAD.
- UNCTAD. 2006a. *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*. Geneva: UNCTAD.

- 
- UNCTAD. 2006b. *Latest Development in Investor-State Dispute Settlement. Rep. 4*, UNCTAD, Geneva
- UNCTAD. 2007. *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*. New York and Geneva: UNCTAD
- World Bank. 2007. *Global Development Finance: The Globalization of Corporate Finance in Developing Countries. I: Review, Analysis, and Outlook*. Washington DC: World Bank.



Tratado de Comercio de los Pueblos, la alternativa a los TLC

La inserción de los países de América Latina en la actual división internacional del trabajo está siendo concebida y concretada al menos desde tres grandes ideas, que están conectadas actualmente a procesos políticos con diferentes gobiernos como protagonistas. El gobierno boliviano ha elaborado la propuesta del Tratado de Comercio de los Pueblos (TCP) para poner a los acuerdos comerciales como medios para concretar la reducción de la pobreza, el cuidado del medio ambiente y la integración solidaria de los pueblos.

En primer término, la vieja idea de crear un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que incluyera a todos los países del hemisferio excepto Cuba, lanzada originalmente por la administración Clinton y cancelada en la Cumbre de Mar del Plata a fines de 2005, logro concretarse en parte por la vía de los Tratados de Libre Comercio (TLC) que Estados Unidos negoció con Chile, Colombia, Perú y toda América Central. También se integran a este conjunto los TLC que los países latinoamericanos firmaron entre ellos, como por ejemplo Uruguay y México, o Colombia y Chile. Otros escenarios en los cuales suele estar presente la agenda de la liberalización comercial son las negociaciones comerciales de grupos de países latinoamericanos con la Unión Europea, las negociaciones en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y los acuerdos bilaterales de protección de inversiones.

Para hacer el seguimiento de todas estas modalidades, es útil considerar que proceden por grandes ciclos de negociación en los que unos se activan mientras otros permanecen latentes, y que todos se encuentran relacionados. Para los países latinoamericanos lo medular de la lógica del libre comercio radica en la apertura de sus mercados locales mediante la rebaja de los aranceles, y la concesión para los inversores extranjeros de un marco de seguridades jurídicas adicionales a las que disponen los poderes judiciales para el tratamiento ordinario de las cuestiones comerciales.

Los bloques de integración regional, como el Mercosur o la Comunidad Andina de Naciones, teóricamente pretenden ir mas allá de la liberalización comercial generando condiciones políticas que procuran la coordinación macroeconómica y la complementariedad productiva.

TCP no es lo mismo que TLC

La propuesta denominada como Tratado de Comercio de los Pueblos (TCP) fue elaborada por el gobierno boliviano en el año 2005 como respuesta alternativa al boom de los TLC. Según el documento de presentación, el TCP “es una respuesta al agotamiento del modelo neoliberal, fundado en la desregulación, la privatización y la apertura indiscriminada de los mercados”.

El objetivo que procura la propuesta del TCP no es la apertura de los mercados sino la integración comercial, de forma tal de encauzar, regular y limitar los derechos de los inversionistas extranjeros y las empresas transnacionales en función de los planes de desarrollo productivo de cada país. A diferencia de los TLC, no impide que los sectores estratégicos y sensibles de cada economía puedan ser protegidos y subsidiados por los gobiernos. En el área de los servicios por ejemplo, el TCP adopta como criterio que los servicios básicos como Agua, Electricidad, Educación y Salud, son bienes públicos que deben permanecer en manos del Estado y no pueden ser entregados al mercado para su asignación, comercialización y distribución. Con respecto a las compras gubernamentales -otro capítulo estratégico de los TLC-, se dispone que las empresas nacionales sean las exclusivas abastecedoras de los bienes y servicios contratados por los Estados, aún a costa de que ello suponga gastar más respecto a adquirir esos bienes y servicios a empresas extranjeras.

En suma, “el TCP cuestiona la sostenibilidad de la teoría del crecimiento económico y la cultura del derroche occidentales que miden el desarrollo económico de una nación según la capacidad de consumo de sus habitantes. Por ello plantea otra lógica de relacionamiento entre los seres humanos, es decir un modelo de convivencia distinto que no se asiente en la competencia y el afán de acumulación que aprovecha/explota al máximo la mano de obra y los recursos naturales”.

Según Pablo Solón, asesor especial en materia de comercio internacional e integración del gobierno boliviano, “el TCP es un tratado comercial de complementación productiva que deja a los Estados la potestad de regular otros temas sin que existan condicionamientos. El TCP reconoce que la responsabilidad en temas como la salud, la educación, los servicios financieros o de agua potable no pueden ni deben ser regulados por un Tratado Comercial que los obligue a liberalizar y por tanto a privatizarlos”.

En su aplicación concreta, Bolivia suscribió un TCP en abril de 2006 con Cuba y Venezuela, por el cual se eliminaron los aranceles o cualquier tipo de barrera no arancelaria aplicable a todas las importaciones hechas por Cuba y Venezuela procedentes de Bolivia. Tanto Cuba como Venezuela garantizaron

a Bolivia por este acuerdo la compra de las cantidades de productos de la cadena oleaginoso y otros productos agrícolas e industriales exportados por Bolivia “que pudieran quedar sin mercado como resultado de la aplicación de un Tratado o Tratados de Libre Comercio promovidos por el gobierno de Estados Unidos o gobiernos europeos”.

En los hechos Venezuela se comprometió a comprar 200 mil toneladas anuales de soja boliviana a precio preferencial (por encima del fijado internacionalmente), a cambio de que sea producida por pequeños agricultores que quedaron sin acceso a los mercados colombiano y peruano por la futura entrada en vigencia del TLC que éstos suscribieron con Estados Unidos, en forma asociativa y que no sea transgénica.

En este marco además, Bolivia se comprometió a exportar a Cuba y Venezuela productos mineros, agrícolas, pecuarios e industriales, así como producción hidrocarburífera excedentaria. Finalmente, se promueve la creación de empresas mixtas exoneradas del pago de impuestos.

Haciendo frente a la “Europa Global”

Otro ámbito para el cual fueron aplicados los criterios contenidos en la propuesta del TCP son las negociaciones entre los países de la Comunidad Andina y la Unión Europea, iniciadas en 2004 para la búsqueda de un Acuerdo de Asociación. En octubre de 2006, la Unión Europea presentó un documento titulado “Europa Global; una Europa competitiva en un mundo globalizado”, en el que expone explícitamente que seguirá una agenda comercial agresiva pensada para abrir más mercados a sus empresas transnacionales y alcanzar el “mayor grado posible de liberalización comercial, incluidos los ámbitos de servicios e inversiones”.

En junio de 2006 los criterios del TCP fueron presentados por el gobierno boliviano como propuesta para la negociación con la Unión Europea. Bolivia propuso que directamente se establecieran normas por las cuales el bloque europeo -por ser más rico y poderoso económicamente- asegurara a los países andinos un trato favorable sin necesidad de retribución alguna en término de acceso a sus mercados. “Para que exista un acuerdo justo y equitativo las disposiciones que se aprueben deben ser mucho más favorables para la CAN que para la UE. No se trata de una aplicación mejorada del ‘Trato Especial y Diferenciado’ sino de normas desiguales que permitan equilibrar la integración de realidades desiguales” establecía el documento. Estos lineamientos se tradujeron en un posicionamiento claro de parte del gobierno respecto a no incluir en las negociaciones cuestiones como la propiedad intelectual, las

compras estatales, el arbitraje internacional sobre inversiones y los servicios públicos.

Tanto Colombia como Perú hicieron saber que estaban dispuestos a negociar por separado con tal de concretar un acuerdo con la UE, criticando la postura boliviana y aceptando todos los términos exigidos por los europeos en las reuniones técnicas preliminares al inicio de las negociaciones formales. Este hecho es otro ejemplo de cómo las presiones de las grandes potencias sobre los países latinoamericanos para que abran sus mercados ponen en jaque la existencia de los bloques de integración regional, puesto que deja de tener sentido el mantener uniones aduaneras cuando alguno de los países miembro negocian aperturas de sus mercados en acuerdos de libre comercio con países extra zona. Finalmente, en la Cumbre de la CAN realizada en Tarija en junio de este año se acordó respetar la intención de Bolivia y Ecuador de excluir los sectores sensibles de la negociación con la UE, y aún así participar de la misma en bloque.



