

La protección a las inversiones como corazón del libre comercio: acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión y el CIADI.

Luciana Ghiotto¹

Money, it's a crime; Share it fairly but don't take a slice of my pie.

Money, so they say, is the root of all evil today.

But if you ask for a raise it's no surprise that they're giving none away.

Pink Floyd, *Money*

1. ¿El fin del neoliberalismo? Acerca del despojo y el extractivismo

Muchos coincidirán en que los peores años del neoliberalismo en América Latina parecen haber terminado. En los últimos diez años se vienen desarrollando ciertas políticas más proteccionistas de las industrias nacionales y del “compre nacional” que en los últimos treinta años. Algunas de las políticas aperturistas, privatistas y desreguladoras de los ochenta y noventa fueron revisadas en ciertos países de la región. Asimismo, los Estados parecen haber resurgido como pacificadores del conflicto social a partir de la aplicación de medidas de contención de los sectores que fueron más desprotegidos por el neoliberalismo, reforzando la centralidad del consumo como promotor del mercado interno.

Sin embargo, el neoliberalismo ha sido (y es) definitivamente mucho más que una cuestión de políticas públicas. No se trata sólo de un cuerpo teórico que se aplica de manera similar en los diferentes países, sino que es un proceso político y conflictivo de reformulación de las relaciones de fuerzas, no sólo en los niveles nacionales sino a escala internacional (Felder, 2007). El neoliberalismo consistió entonces en la imposición de la disciplina de mercado sobre la clase trabajadora mediante mecanismos monetario-financieros (Bonnet, 2007). Esto se produjo principalmente a partir de la política de escasez de dinero impuesta a nivel de los mercados internos, rompiendo así el círculo de la etapa *welfare*², marcada por el fácil acceso de los trabajadores al dinero. A la par, el dinero escaso fue sostenido por políticas de liberalización de los movimientos del capital a nivel global. Esto conformó un nuevo patrón de acumulación y un nuevo

1 Luciana Ghiotto es politóloga y Magister en Investigación en Ciencias Sociales (UBA). Es becaria doctoral de CONICET/IIGG. Es miembro de ATTAC Argentina y de la *Campaña Continental No al CIADI y los TBI*. Contacto: luciana.ghiotto@gmail.com

2 Por etapa *welfare* nos referimos al momento de la segunda posguerra, donde en varios países occidentales los Estados aplicaron un conjunto de políticas de tipo keynesiano (proteccionistas, nacionalistas, de regulación de las relaciones laborales), pero refiere a mucho más que al “Estado de Bienestar” en tanto que no sólo incluye políticas públicas sino también una cierta forma de comando sobre la clase trabajadora vía la demanda efectiva y el sostenimiento del consumo.

comando sobre la clase trabajadora: el comando del capital-dinero. Este comando se basa sobre la conversión masiva del capital productivo en capital líquido y financiero. Así es que en la etapa neoliberal, la libre circulación del capital, de las inversiones, resulta central para sostener al capitalismo en su conjunto.

El neoliberalismo expresa entonces un nuevo patrón de acumulación del capital. Como señala David Harvey, este patrón se sostiene hoy sobre la *acumulación por despojo*, donde el capital tiene acceso a áreas y territorios para su valorización que no estaban antes abiertos a la libre competencia, en particular los recursos naturales (como el agua, ciertas formas ejidales de tierra como en México, y los saberes ancestrales de los pueblos originarios) y los servicios públicos (medios de comunicación y transporte, salud y educación, banca y servicios financieros, petróleo, minería y hasta el sistema de reparto) (Roux, 2008). La acumulación por despojo toma cuerpo en América Latina en lo que Raul Zibechi llama el modelo “extractivista” (Zibechi, 2010). Esto implica la extracción masiva e indiscriminada de los recursos naturales de la región, como oro, plata, agua, energía, etc., llevando a la destrucción de la biodiversidad y a la contaminación de ríos, lagos, napas subterráneas y tierras. A la vez, esto causa irreversibles efectos negativos sobre la salud de las poblaciones. Este proceso significa asimismo una reprimarización de las economías regionales. Pero el modelo extractivista no sólo es perjudicial, como podría decir algún economista, porque se basa en la exportación de bienes primarios con escasa industrialización, sino porque afecta profundamente el medio ambiente y la calidad de vida de los habitantes de muchas de las regiones americanas.

Desde esta perspectiva, “salir” del neoliberalismo requiere mucho más que algunos gobiernos progresistas. Efectivamente, la instalación del nuevo patrón de acumulación se ha basado sobre profundas modificaciones, en particular la reestructuración productiva, la financierización del capital y la relocalización de la producción a nivel global. Y al cambiar la relación antagónica de las clases, se modificó la *forma* estatal, lo cual cristalizó en la Reforma de los Estados. La *economía política del despojo* se erige sobre un nuevo andamiaje legal de protecciones para la libre circulación de los capitales. El objetivo de este andamiaje es garantizar la ganancia. El despojo no podría realizarse sin esas garantías para la llegada de los capitales provenientes del Norte global. Es decir, proveniente de las regiones del mundo con mayor capacidad de exportación de capitales. Todo esto se instaló desde los años setenta en muchos países del continente, recordemos, a través de dictaduras militares (Argentina, Chile, Uruguay), o en su defecto de regímenes políticos no necesariamente democráticos (como en México), lo cual muestra cómo fueron impuestos, a nivel

local y regional, los cambios que operaban en el proceso de valorización global del capital. Por ello es que aquí sostenemos la visión de Felder: salir del neoliberalismo no es cuestión de varios años de crecimiento económico y de algunas políticas proteccionistas.

De este modo, el neoliberalismo, entendido como forma política que adoptó la nueva relación entre las clases, se ha basado sobre la protección a la libre circulación del capital. Ese punto neurálgico del nuevo patrón de acumulación es el que abordamos en este artículo: la protección a las inversiones. Consideramos que se trata de un tema clave para comprender porqué la sola modificación de ciertas políticas económicas no lleva al fin del neoliberalismo. Efectivamente, he aquí nuestro punto de partida: *la protección a las inversiones mediante el nuevo andamiaje legal internacional, cristalizado en el neoliberalismo, es expresión del antagonismo social*. Romper esta tendencia implica mucho más que ciertas políticas de tipo progresistas tomadas hoy por algunos Estados, ya que *la garantía a la libre circulación del capital es la premisa para el nuevo comando (inestable) del capital sobre el trabajo (el comando del capital-dinero)*.

Por ello, la supuesta salida de los países de la región del neoliberalismo, no puede ser generalizada teóricamente. Ilustremos las ideas hasta aquí vertidas. Si miramos hoy la realidad de Latinoamérica, podemos identificar tres grupos de países en lo que respecta a la inserción estatal en el modelo extractivista. En primer lugar se puede ver un grupo que sostiene directamente el modelo extractivista, siguiendo un patrón claramente de tipo neoliberal como en los años noventa. Estos países mantienen una muy buena relación con los Estados Unidos, aceptando ser la sede para sus bases militares, y han firmado gran cantidad de Tratados de Libre Comercio (TLC) tanto con esa potencia como con la Unión Europea. En ese primer grupo incluimos a Chile, México, Perú y Colombia. En segundo lugar están los países que pueden ser denominados como “neo-desarrollistas”, donde se busca una óptima inserción internacional vía exportaciones, centralmente, energía -incluidos los llamados biocombustibles como el etanol-, granos y materias primas agrícolas con escasa industrialización, y algunos productos manufacturados como automóviles. Estos países se han alejado de la órbita de los EEUU pero mantienen nuevas relaciones de dependencia económica con los países que compran sus *commodities*, como China y la Unión Europea. No descartan la firma de Tratados de Libre Comercio (TLC) o de Inversiones (TBI) que, según su mirada, permitirían la permanencia o llegada de grandes capitales extranjeros. Entre estos países podemos contar a Brasil, Argentina y Uruguay. Por último, otro grupo de países han despuntado un camino que parece ser diferente a los anteriores, que es más claramente anti-imperialista y que se plantea la búsqueda de alternativas a estas formas de inserción. Este grupo, encabezado por

Venezuela, incluye a los países del llamado ALBA (Alternativa Bolivariana para las Américas), en particular Bolivia y Ecuador, y algunos pequeños del Caribe. Y aquí aparece lo interesante: este último grupo de países, mismo si emprende desde la órbita estatal, sostenido sobre grandes movilizaciones populares, un proceso de cambios de lo que fueron las reformas neoliberales, de todos modos queda atrapados en los tentáculos de la medusa de la libre circulación del capital, como veremos en este artículo.

Más allá de las posiciones de los países frente al extractivismo, cabe destacar que este modelo encuentra una negativa rotunda de parte de los pueblos del continente. Desde las coordinadoras sociales en Centroamérica contra las empresas mineras, pasando por los indígenas peruanos que protagonizan protestas contra el TLC firmado con EEUU, los *atingidos por barragens* (afectados por las represas) brasileños, hasta las puebladas cordilleranas en el Cono Sur contra las minas a cielo abierto y las campañas por el “Paren de fumigar!” en la pampa sojera argentina. Todas estas protestas, en su mayoría de los últimos diez años, apuntan al corazón del modelo extractivista y ponen en el centro del debate la cuestión del modelo productivo y de consumo, junto con la defensa de la madre tierra y el “buen vivir”³.

Tal vez lo más relevante de estas luchas sea que están expresando la imposibilidad de vivir libremente si la libertad es entendida como la libertad del capital. Aclaramos que el capital no es aquí entendido como una cosa, sino como una relación social. Es una relación social basada en la imposición del trabajo asalariado, es decir, de nuestro constante recrearnos como clase (trabajadora) (Holloway, 2002). Y en tanto que se construye sobre la imposición, sobre la subordinación, la relación del capital genera una sociedad antagónica. Esta imposición ha generado un tipo de libertad e igualdad que la relación del capital requiere para sostener su valorización: que seamos libres e iguales para vender nuestra fuerza de trabajo, es decir, la libertad de mercado. Se trata de una libertad real, pero también abstracta, en tanto que estamos obligados a trabajar para poder sobrevivir. Entonces, de la libertad que hablamos aquí es la del capital como relación social; es la libertad del libre contrato. La forma política que toma esta relación antagónica entre trabajo y capital, el Estado, sostiene esa libertad contractual.

El hecho de que hoy el capital se mueva libremente por todo el mundo no implica que antes no lo

3 El “buen vivir” o “vivir bien” es un concepto que guía las constituciones reformadas de Ecuador (2008) y Bolivia (2007). Proviene de la cosmovisión de los pueblos originarios andinos, pero ha ido adquiriendo fuerza entre quienes consideran (consideramos) que es urgente la necesidad de transitar hacia otros modos de producir, de consumir y de organizar la vida (León, 2009).

hiciera, al menos como tendencia. Esa es su “naturaleza”: la libre movilidad. Ciertamente es que durante el período *welfare* de la segunda posguerra, los Estados erigieron diversas restricciones a esa movilidad, generando un ámbito propicio para el desarrollo de las industrias nacionales. Debido a la incertidumbre acerca de la continuidad del propio sistema⁴, el capital se mantuvo por largos períodos en territorios determinados. Por ello es también que se asocian ciertas empresas con algunos Estados-nación en particular (como podría ser McDonald’s con los Estados Unidos o la Volkswagen con Alemania). En esa etapa, el tipo de capital predominante era el productivo, y sobre él se erigía la estructura del pleno empleo. Pero esos límites al capital eran la expresión, en los ámbitos político y económico, de la lucha del trabajo contra el capital. Esa lucha dio forma a un patrón de acumulación que llegó a durar menos que los 30 años que auspiciaban muchos de sus defensores. A partir de los años setenta, el neoliberalismo acrecentó la libertad del capital, poniendo en crisis el patrón de acumulación particular de la etapa *welfare*. La constitución del comando del capital-dinero es, en ese sentido, la expresión más acabada (hasta ahora) de la tendencia a la liberalización del capital.

Pero la libertad del capital también es la base de su propia incertidumbre. Esto es porque la mayor libertad del capital, su capacidad de volverse abstracto (financiero, dinerario, líquido), se sostiene hoy sobre el despojo y el extractivismo, es decir, sobre la destrucción del medio ambiente y el perjuicio de los pueblos del mundo. Esto implica una lucha intestina antagónica de los sujetos sociales por romper con esa libertad abstracta. Adonde quiera que se expanda la libertad del capital, lleva consigo la búsqueda de ruptura de sus libres-cadenas.

2. Acerca de las inversiones (extranjeras y nacionales)

La protección a las inversiones ha sido históricamente central en el capitalismo, donde el Estado es el garante del cumplimiento de los contratos mercantiles, en cualquiera de sus formas (comercio de bienes o servicios, contratos laborales, etc.). Pero entonces, ¿qué es lo nuevo? Que en el neoliberalismo se cristalizó el nuevo momento de la relación antagónica entre capital y trabajo, donde los derechos de los trabajadores típicos de la etapa *welfare* fueron reemplazados por los derechos del capital. Y estos derechos tomaron cuerpo en la nueva legislación supranacional (Pascual, Ghiotto y Lecumberri, 2007).

⁴ Nos referimos aquí a las luchas ocurridas desde fines del siglo XIX (con la consolidación de los partidos socialistas y los sindicatos anarco-revolucionarios) hasta mediados del siglo XX, donde el trabajo organizado parecía poner en jaque la fuerza del capital. Como punto más álgido de estas luchas se puede identificar a la Revolución Rusa.

Las legislaciones de los años de posguerra ponían en el centro los derechos de los trabajadores, en tanto expresión legal de la lucha de clases. Esto no quiere decir que hubiera constituciones nacionales “revolucionarias” (por ejemplo, expropiatorias del capital), sino que las décadas de lucha del trabajo reorientaron una pequeña porción de las ganancias hacia los trabajadores. Claro que lo que se reorientó fue una parte del dinero, pero las constituciones y los códigos nunca dejaron de proteger los derechos de propiedad privada. En la globalización neoliberal el comando del capital-dinero se expresa en una legalidad modificada, esta vez más claramente a favor del capital. Algunos artículos constitucionales como el *14 bis* (en Argentina) u otras garantías pueden haber seguido vigentes, pero ya no es esto lo que guía la legislación. Las nuevas garantías al capital se expresan en otro tipo de convenios y tratados internacionales como los TLC y los TBI, y en las nuevas instituciones multilaterales como la Organización Mundial de Comercio (OMC). Y dentro de esta nueva legalidad sobre comercio internacional, el corazón lo constituye el capítulo de inversiones.

El discurso y la práctica de la protección sobre las inversiones tomó cuerpo a partir del entendimiento neoliberal de que la llegada de capitales extranjeros (vía préstamos, inversiones de cartera e inversión extranjera directa -IED-) a los países (latinoamericanos en nuestro caso) provocaría el desarrollo y el crecimiento económicos. Para fomentar su llegada, se aplicó una política de “puertas abiertas”. El apoyo a la llegada de capitales extranjeros se basó en la idea de que éstos jugarían dos roles. Por un lado, que esos capitales podrían compensar el déficit en el ahorro nacional, permitiendo así el financiamiento de la actividad económica y aportando divisas, generando en definitiva desarrollo económico; por otro lado, que el libre flujo de estos capitales ayudaría a modernizar las economías, concretando el uso de nuevas tecnologías y aumentando la competitividad y la eficiencia, frente a los capitales locales más parasitarios. Estas dos vertientes permitirían la inserción internacional de la región como exportadores. Sin embargo, la llegada de estos capitales extranjeros no garantizó el desarrollo económico interno, sino que profundizó la dependencia de nuestros países del comercio exterior, sujetando las economías nacionales al vaivén del escenario internacional (Estay, 2007). Efectivamente, la apertura de los últimos 30 años redujo la capacidad de decisión sobre la política pública. El comando del capital-dinero, nuevamente, no respeta fronteras ni soberanías nacionales.

La cuestión de las inversiones abre tres cuestiones para ser discutidas, que nos interesa dejar delineadas, aunque no podremos aquí encararlas en profundidad. Primero, creemos que hay que desmitificar la idea de que la inversión extranjera sea “mala”, y que la inversión nacional sería

“mejor” que aquella. Se trata de una falsa dicotomía. Esta visión está presente generalmente en los círculos militantes, en donde actúan desde una matriz de tipo nacionalista, es decir, desde una matriz estadocéntrica. Desde esa óptica, si el capital extranjero viene a expoliarnos, entonces los capitales nacionales deben ser menos nocivos y hasta tal vez sean constructivos de la soberanía nacional. Pero como hemos señalado, el capital no tiene bandera (Holloway, 2003), porque se trata de una relación social móvil, en tanto es la lucha del capital por imponer el trabajo y del trabajo por escapar de esta subordinación⁵. Los capitalistas particulares sí tienen una determinada nacionalidad, como Bill Gates o George Soros. Pero el capital, en tanto relación social, es global. Lo único que el capital genera son asociaciones temporales con ciertos Estados con el fin de lograr sus intereses: la ganancia. Si las empresas no participan en el reparto del plusvalor global, quiebran. Por su parte, al Estado no le interesa la nacionalidad del capital, sólo le interesa que el lazo con ciertos capitales pueda ser lo suficientemente duradero como para generar una entrada en sus arcas vía pago de impuestos. Y con ello, poder sostener la lucha de clases al interior de su territorio, es decir, mantener la existencia tanto del trabajo como el capital, que es la relación de donde toma su *forma*. En otras palabras, el objeto del capital y del Estado es la clase trabajadora, es decir, la imposición del trabajo y de la relación del capital. Entonces, hablar aquí de las protecciones a las inversiones extranjeras no quiere decir que se demonice al capital que “no sea” latinoamericano. Por el contrario, se pone el énfasis en que la propia naturaleza del capital es móvil y su objeto es la subordinación del trabajo. De este modo, comprender cómo funciona el capitalismo global es ver que no hay capitales buenos (productivos) y otros malos (financieros, especulativos, capital golondrina), sino que la relación social del capital se sustenta sobre la subordinación del trabajo. Para nuestro caso, esta cuestión se ve con claridad en las demandas de las empresas transnacionales (ETN) presentadas frente al CIADI, donde éstas no tienen problema en hacer rápidamente cambios de nacionalidad para poder beneficiarse de las mejores condiciones contractuales que les ofrecen los Estados (por ejemplo, en el caso de Bechtel *versus* Bolivia, como veremos más adelante).

La idea anterior nos lleva a un segundo punto. Proponemos aquí discutir no sólo la protección a la inversión extranjera sino la sola idea de protección a la inversión, provenga ésta de donde sea. En definitiva, es discutir la relación del capital. Veamos porqué. Hoy, la profundización del modelo de inserción “neo-desarrollista” y extractivista, sostenido por el segundo grupo de países de la región,

5 Aquí no queremos decir que en el mundo sólo existan dos clases, ni que alguna de ellas sea “pura” y desde esa pureza se enfrente a la otra. Por el contrario, tomamos aquí la mirada del marxismo abierto, que sostiene que en el capitalismo somos un sujeto dañado y auto-contradictorio. Entonces, la lucha de clases es además la lucha por romper la subjetividad del capital, es decir que es una lucha contra nosotros mismos. Recomendamos profundizar esta idea en los textos compilados por Bonefeld, Bonnet, Holloway y Tischler, titulados *Marxismo Abierto I y II* (2005 y 2007 respectivamente).

implica también la creación de ETN pero latinoamericanas, las cuales profundizan el modelo extractivista (como en el caso de la empresa Odebrecht brasileña o Techint de Argentina) al invertir por ejemplo en la creación de represas hidroeléctricas e infraestructura, tal como el proyecto IIRSA (Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Suramericana) y los corredores bioceánicos. Entonces, no sólo las ETN europeas o canadienses se benefician de las condiciones contractuales de los TLC y los TBI firmados por los Estados, sino que las propias ETN-AL sacan un rédito de esos acuerdos. Claro que aquí muchos economistas ven que el problema son las asimetrías entre ambos tipos de ETN, ya que por ejemplo las europeas cuentan con mayor capacidad de exportación de capitales que las ETN locales. Mismo así, lo que se evidencia es la competencia entre los capitales por acaparar mercados, y no su “nacionalidad”. Las ETN usan el paraguas de protecciones que les ofrecen los tratados con el fin de asegurar su ganancia, sea más pequeña o más grande, según la escala de la empresa.

Como último punto, también debe desmitificarse la idea de que la firma de TBI provoca el aumento en los flujos de IED. De hecho, diversos análisis de la UNCTAD y del Banco Mundial, realizados en la última década, señalan que existe una relación muy tenue entre los TBI y el aumento de las inversiones. Según el Banco Mundial, “estos tratados funcionan más como complementos que como substitutos de una buena calidad institucional y derechos de propiedad locales” (en *Seattle to Brussels Network*, 2010: 27). Sumando a este argumento, los estudios han encontrado que en realidad los principales motores de la inversión extranjera son el tamaño del mercado y la estabilidad económica, y no los tratados internacionales. Efectivamente, esto se puede ver en los países que tienen una alta IED y que no han firmado ningún TBI. Por ejemplo, Japón, que es la segunda mayor fuente de IED del mundo, sólo tiene cuatro TBI. Los EEUU no tienen un TBI con China, mismo si es este país el principal destino de sus inversiones directas. Asimismo, Brasil, que recibe una importante IED, no ha ratificado ningún TBI (aunque ha firmado 16) así como tampoco es país signatario del CIADI.

Las cuestiones arriba discutidas nos ponen frente a cuestiones de base en el actual contexto del comando del capital-dinero. Si las inversiones, tanto locales como extranjeras, son parte de la relación de capital, entonces ¿cómo nos movemos de aquí en adelante? ¿Anulamos la sola idea de que haya inversiones? ¿O generamos fondos de inversión locales? ¿Hacemos que los Estados tengan la potestad de guardar grandes sumas de dinero para invertir en la región, como en el proyecto del Banco del Sur? Pero, ¿para invertir en qué tipo de proyectos? Como se ha explicado, el hecho de que la decisión sobre las inversiones vuelva a estar en manos del Estado no es garantía de

que salgamos del neoliberalismo ni del extractivismo. Y esto, principalmente, porque el Estado neoliberal es la expresión (forma) política de la nueva relación entre las clases, es decir, del comando del capital-dinero. De hecho, varias de las críticas que se le han hecho a la Venezuela bolivariana tiene que ver con que el Estado ha impulsado proyectos no sustentables para el medio ambiente y que implicaban el traslado de numerosas poblaciones (por ejemplo, con el proyecto de un Gasoducto del Sur). El Estado no puede separarse del capital (del mercado), ya que es la expresión política de aquél, y no su enemigo. Evidentemente, la salida no es una sola y nada más. Pero sí entendemos, como dijimos, que el neoliberalismo ha provocado un cambio estructural en los Estados, lo cual implica que una salida sustentable en el tiempo (para la vida y para el medio ambiente) requiera de una discusión abierta y amplia sobre el camino que se tome.

3. Protegiendo las inversiones: los TLC, los TBI y el CIADI

Nuestra intención es ahora analizar cómo ha tomado cuerpo la libertad del capital a partir de la apertura y la desregulación operadas en el neoliberalismo. Efectivamente, en el nuevo momento del comando del capital en su forma más abstracta, proliferaron los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) como modo de garantizar jurídicamente la nueva libertad del capital. Vayamos viendo qué son estos tratados. En primer lugar revisemos los TLC. Son acuerdos marco entre dos o más Estados (Partes) donde se regulan las condiciones en que va a llevarse adelante el comercio entre éstos. El comercio aquí es entendido en un sentido muy amplio: se regula tanto el comercio de bienes (agrícolas e industriales) como los servicios, las compras gubernamentales, la propiedad intelectual y las inversiones vinculadas al comercio. Estos constituyen los “nuevos temas” de la agenda comercial internacional, ya que sólo a partir de los años noventa fueron incluidos masivamente en sus condiciones contractuales (al igual que en la agenda de la Organización Mundial de Comercio creada en 1995) (Estay y Sanchez, 2005). Claro que ha habido, y sigue habiendo, intentos de firmar TLC multilaterales, tal como era el plan de creación de un Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA)⁶. Pero en su mayoría, este tipo de tratados ha fracasado⁷. Desde hace al menos 5 años, con el estancamiento de la Ronda de Doha de la OMC, la agenda es dominada por TLC bilaterales (Echaide y Ghiotto, 2006).

6 Recordamos que las negociaciones del ALCA incluían a 34 países de América y se realizaban en el marco de la OEA (es decir que incluía a todo el continente, excepto a Cuba que no es parte de la OEA desde la Revolución).

7 Han fracasado los TLC multilaterales, todos excepto los encabezados por la Unión Europea que, siendo un bloque en sí mismo, sólo negocia TLC con bloques de países (por ejemplo, la Comunidad Andina de Naciones o el MERCOSUR), por lo cual son muchos Estados Parte los que negocian.

Para los autores del “regionalismo abierto”, los TLC representan el primer paso de la integración. Quiere decir que, en un modelo al estilo europeo, esto constituiría el punto inicial hacia un nivel de mayor integración política (instituciones comunes) y económica (moneda única). No obstante, casi la totalidad de los TLC se propone solamente generar zonas de libre comercio, sin intenciones de avanzar en la supranacionalidad (tal el caso del ALCA, entre otros cientos). En definitiva, los TLC son un paraguas donde los Estados acuerdan la mutua colocación de mercancías, a la vez que se comprometen a proteger cualquier tipo de capital (físico o líquido) proveniente de las otras Partes.

En el caso de los TBI, estos son generalmente acuerdos entre dos Estados (bilaterales), y hacen referencia específica a inversiones. Es decir que si los TLC tienen escasa vocación de avanzar en la integración, mucho menos la tienen los TBI, que sólo regulan el comercio de capitales. Son tratados que no superan las 7 u 8 páginas de extensión. Han existido dos intentos de multilateralizar estos acuerdos. El primero fue el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), negociado por los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el cual intentaba generar una estructura legal para las inversiones en todo el globo. Pero fracasó en 1998 cuando las protestas sociales y las tensiones entre los propios Estados (especialmente entre Estados Unidos y Francia) pusieron en jaque el proyecto. Por otra parte, sí existe un marco de medidas multilaterales sobre inversiones relativas al comercio en el marco de la OMC (acuerdo conocido como TRIMs), que representa apenas un acuerdo base, un esqueleto, de lo que más adelante podría ser un nuevo AMI global (Echaide y Ghiotto, 2008).

El primer TBI fue firmado en 1959, pero ya en la década de los ochenta había unos 400 TBI vigentes, pasando a ser 1.800 en los noventa. En la actualidad existen más de 3.000 TBI, involucrando a 176 países. Es interesante resaltar que la Argentina es uno de los países con mayor cantidad de TBI firmados (57 en vigencia), pasando a ser parte del grupo de los 20 países con mayor número de tratados firmados, igualando a España y Suecia (54 tratados vigentes cada uno) y superando a EEUU (con 39) (Ortiz, 2006).

Como vemos, la protección a las inversiones se da hoy principalmente en el ámbito bilateral al estilo TBI, o multilateral de pequeña escala como en los TLC. Lo que no se pudo avanzar con grandes TLC se firmó más rápidamente durante la década neoliberal (los años noventa) vía TBI, es decir, protegiendo directamente la circulación del capital. Por ejemplo, vemos que Argentina no ha firmado directamente ningún TLC (excepto vía MERCOSUR, como explicaremos más adelante), pero sí tiene 57 TBI que protegen el comercio de inversiones y a las inversiones en sí mismas. Lo

importante aquí es que los TLC y los TBI no son algo necesariamente distinto, sino que en ambos se expresa el comando del capital-dinero, en tanto que las inversiones son tratadas y protegidas al igual que el comercio de bienes. Esto es una novedad de los últimos 20 años. Es decir que la libre circulación del capital ya no es entendida solamente como de productos tangibles, sino que el comercio es también del propio capital en su forma de IED.

La mayoría de estos acuerdos, tanto los TLC como los TBI, tienen otra cuestión en común, y es que impulsan la apelación a un particular mecanismo de solución de controversias: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI). El CIADI fue creado en 1966, y tiene su sede en Washington (aunque también funciona en París). Entró en vigor ese año con la suscripción del Convenio que dio nacimiento al CIADI por parte de 20 países. Hacia 2006 ya eran 143 los que habían suscripto el Convenio⁸. El CIADI opera dentro de la esfera del Grupo del Banco Mundial, aunque se trata de una organización autónoma. Su finalidad es la de ser un centro de tribunales arbitrales para resolver cuestiones de contratos privados sobre inversiones. Esto quiere decir que este organismo constituye un ámbito donde se puede judicializar disputas contra un Estado por parte de los inversores, siempre en caso de que el Estado en cuestión haya suscrito un TLC o TBI con el Estado de donde ese capital es originario.

Cada caso es resuelto por un tribunal especialmente constituido al sólo efecto de resolver esa única cuestión. Este está compuesto por tres árbitros: uno elegido por el demandante, otro por el demandado, y el tercero por ambas partes en común acuerdo. Este último será quien presida el tribunal. El hecho de que las partes elijan a quienes resolverán la cuestión pretende otorgar un cierto halo de transparencia y de “igualdad de defensa en juicio”. No obstante, éstos no operan como “defensores” de la parte que los ha elegido. No es muy extraño encontrar casos en los que un tribunal arbitral decida unánimemente en contra de una de las partes, aun si uno de ellos “representa” a la parte perdedora (Echaide, 2005).

Siendo que el CIADI se apoya exclusivamente en los tratados que le otorgan jurisdicción para la resolución de conflictos (como mencionamos, los TBI y los TLC), y siendo que otorga protección y privilegios a las inversiones transnacionales por sobre cualquier otro derecho establecido, normalmente se lauda en contra del Estado demandado. Los laudos del CIADI son comunicados a las partes litigantes aclarando también en qué forma se llegó a dicha resolución, si de manera

⁸ Cabe señalar que al suscribirse el convenio del CIADI en los años sesenta, los países latinoamericanos se opusieron tajantemente. Sólo en los años ochenta la mayoría suscribió el Convenio.

unánime o por mayoría. Sin embargo, no se aclara cómo votaron los árbitros, y mucho menos se permiten las expresiones en disidencia de alguno de ellos, algo que sí es común en las instancias judiciales nacionales. Otra de las cuestiones a enfatizar es la falta de instancias superiores al tribunal arbitral que tengan potestad revisora sobre las decisiones de éste. Es decir, una segunda instancia u órgano de apelación. Entonces, los laudos del CIADI son inapelables, y sus decisiones de fondo no son revisables.

La apelación al CIADI es la privatización de hecho de la justicia, y eso viola las constituciones nacionales (Corti, 2005). Anteriormente, los mecanismos de solución de controversias supranacionales existentes eran para los Estados, es decir, Estado *versus* Estado, ambos con el mismo status jurídico internacional. A partir de la entrada en vigencia del CIADI, las ETN se vuelven sujetos de derecho internacional (Arroyo, 2008); en otras palabras, han sido elevadas a la categoría de Estado soberano. Asimismo, la prórroga de jurisdicción hacia el CIADI implica el abandono de la Doctrina Calvo. Esta Doctrina, defendida por los países latinoamericanos a fines del siglo XIX, implica la obligada sujeción de los extranjeros a las leyes y jueces nacionales. Pero no sólo no sigue la Doctrina, sino que es directamente violatorio de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta de las Naciones Unidas y, como señalamos, de las constituciones nacionales. El CIADI, asimismo, estaría creando una nueva deuda externa, ya que se trata de demandas multimillonarias⁹ (Costante, 2007).

Así, el CIADI cristaliza jurídicamente la *búsqueda de certezas* por parte del capital. Esto es porque la prórroga de jurisdicción le permite a las empresas contar con una modalidad particular de demanda frente a los Estados. Claro, no es nuevo el hecho de que una empresa (un privado) pueda demandar al poder público de un territorio determinado (un Estado). Pero usualmente, quien garantiza la inversión (la propiedad) es la jurisdicción local, nacional. Lo novedoso aquí es la *instancia supranacional* que se abre con la existencia de organismos como el CIADI (Ghiotto y Pascual, 2008). El CIADI aparece como el “guardián internacional” de las inversiones, amparado a partir de la firma de miles de TBI y TLC a lo largo y ancho del planeta.

Como dijimos en el apartado anterior, el CIADI muestra la tendencia a la movilidad del capital. En los momentos en que tienen que garantizar su ganancia, las empresas “se olvidan” de su bandera de

9 Uno de estos casos multimillonarios fue el de Telefónica *versus* Argentina, donde se demandó al Estado por 2.834 millones de dólares. La empresa finalmente retiró la demanda, pero a cambio obtuvo el ajuste de tarifas para las llamadas realizadas entre las 20 y las 21 horas, así como la dolarización de las comunicaciones que llegan a la Argentina desde el exterior.

origen y aprovechan las mejores condiciones contractuales que les ofrece el variopinto de tratados. Esto se expuso con claridad en el caso de Bechtel *versus* Bolivia. Esta ETN con base en los EEUU había demandado a Bolivia porque este país rescindió el contrato de su subsidiaria “Aguas del Tunari” tras la llamada *Guerra del Agua* protagonizada por el pueblo boliviano en el año 2000. Pero Bechtel realizó diversas operatorias de compra y venta de sus acciones con accionistas menores, vía las Islas Caimán, para pasar a ser de “nacionalidad holandesa”, beneficiándose así del TBI firmado entre Bolivia y Holanda. El tribunal arbitral conformado para esta demanda aceptó sin problemas la nacionalidad holandesa ficticia de Aguas del Tunari, argumentando que, mismo si se trataba de un movimiento inusual, la migración era admisible conforme a la legislación de las Islas Caimán (Teitelbaum, 2008).

4. Un análisis de los TBI: acerca de cómo se protege las inversiones

Nuestra intención es ahora trabajar sobre las condiciones contractuales de los TBI, para ver así cuáles son las garantías que hoy tienen los capitales a partir de estos tratados y de los capítulos de inversiones de los TLC. Aclaremos que el énfasis estará puesto sobre los TBI firmados por Argentina con el fin de tener una mirada más profunda, aunque acotada, de estas condiciones contractuales.

Primero veamos: ¿cómo definen los TBI qué es una inversión? Siguiendo aquí el TBI entre Argentina y Dinamarca, la inversión es:

- “(a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles así como cualquier otro derecho real respecto de todo tipo de activo;
- (b) acciones, derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades y empresas conjuntas;
- (c) títulos y acreencias o cualquier otro derecho a una prestación que tenga valor económico; los préstamos solamente estarán comprendidos cuando estén directamente relacionados a una inversión específica;
- (d) derechos de propiedad intelectual, incluyendo en particular derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, transferencia de conocimientos y valor llave;
- (e) concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales;
- (f) ganancias que se hayan reinvertido.”

Es interesante analizar algunos de estos puntos incluidos en la definición de inversión. Por ejemplo, el punto (d) comprende los derechos de propiedad intelectual como parte de la inversión. Este punto ha sido crucial para avalar la demanda de Phillip Morris *versus* Uruguay en marzo de 2010. La cláusula de derechos de propiedad intelectual comprende asimismo la transferencia de conocimientos y procedimientos técnicos. Es decir que una ETN puede obtener un conocimiento en el territorio de una de las Partes (por ejemplo, del saber ancestral de los pueblos originarios) y patentarlo, sin siquiera transferir el conocimiento a esa Parte.

Otro punto a resaltar de esta definición es que se haga explícita referencia a las concesiones para la explotación de recursos naturales. Esta especificación no aparece en todos los TBI, pero sí en este firmado por Argentina con Dinamarca, además de los firmados con España, Canadá, China, Italia y Francia, entre otros. No es casual que se incluya la explotación de recursos naturales, si pensamos que en los años noventa, a partir de la privatización de los servicios públicos, la explotación y el servicio de provisión del agua, del gas, de la energía eléctrica y el petróleo, entre otros, pasaron a ser concesionados a empresas privadas, en su mayoría, ETN. Efectivamente, este punto es central para el sostenimiento del modelo extractivista.

Además de estos puntos, en el TBI de Argentina con España se agrega también que: “Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los activos y capitales hayan sido invertidos o reinvertidos deberá afectar su calificación de inversiones de acuerdo con el presente Acuerdo”, es decir que ninguno de los países firmantes puede modificar la definición de inversión antes explicada.

En la mayoría de los TBI firmados por Argentina la definición de inversión es muy similar. Pero en el ámbito de los TLC, el capítulo de inversiones no siempre ha sido el más fácil de zanjar entre las Partes. Así se vio en el caso del ALCA, donde las negociaciones por el capítulo sobre inversiones estuvieron tan trabadas que en su Tercer Borrador aparecían 9 definiciones en disputa acerca de lo que es una inversión. No obstante, el corazón del tratado seguía siendo este capítulo de inversiones, aun con sus traspiés. Esto es así porque lo central de ese capítulo era la protección al extremo de la libre circulación y transferencia de capitales (Pascual, Ghiotto y Lecumberri, 2007).

Veamos ahora en qué consiste el resto de las cláusulas de los TBI. Decidimos agrupar estas cláusulas por temas para hacer más manejable la información.

- 1) *Trato nacional, justo, equitativo y no discriminatorio*. Esto implica que al inversor extranjero se le concede igual trato que a un inversor nacional. Es decir que si existen, por ejemplo, exenciones impositivas para los inversores nacionales, el Estado debe poder otorgar la misma exención a la inversión extranjera. Sobre esto, el TBI entre Argentina y Dinamarca dice en su artículo tercero:

Con relación a los impuestos, tasas, cargas, deducciones fiscales y exenciones, cada Parte Contratante acordará a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el que concede a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado, cualquiera sea más favorable para el inversor concernido.

Entonces, no puede haber un trato diferenciado porque eso sería considerado discriminatorio, excepto, claro, que el trato especial sea de beneficio para la inversión, como ser un cobro de impuestos menor con el fin de mantener la inversión en el territorio. El Estado se compromete, mediante estas cláusulas, a no interferir de ningún modo con la inversión, así como a facilitar el máximo posible la realización de ésta. Sobre esto, el TBI entre Argentina y España afirma en su artículo tercero que:

Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, o inversores de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.

Asimismo, algunos TBI agregan la dimensión de libre circulación de empresarios vinculados con las inversiones. Mientras que en la mayoría de los casos no hay libre circulación de personas entre los Estados, requiriendo visas y limitando la estadía turística a tres meses, los empresarios tienen la libertad de circulación garantizada (tal como el capital al que representan). Algo similar sucede con los países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por su sigla en inglés), donde resulta casi imposible para la generalidad de los ciudadanos mexicanos entrar a territorio estadounidense, pero los capitalistas de esa misma nacionalidad tienen la libertad de entrada y permanencia en ese Estado (aunque con restricciones) (Ghiotto, 2005). Esto se ve en el TBI firmado entre Argentina y China:

Cada Parte Contratante acordará en su territorio ayuda y facilidades para la obtención de visas y permisos de trabajo a los inversores de la otra Parte Contratante en relación con las actividades asociadas con tales inversiones.

- 2) *Trato de Nación Más Favorecida*. Esto permite al inversor aprovechar las condiciones fijadas por otros tratados que pudieran ser más favorables para su inversión. Si un TBI firmado por una Parte otorga determinados beneficios a un inversor de un Estado, también

Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante (...) a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.

Sobre lo mismo, el TBI entre Argentina y Canadá explica que:

Cuando una cuestión esté contemplada tanto por las disposiciones de este Convenio como por algún otro acuerdo internacional vinculante para ambas Partes Contratantes, nada de este Convenio impedirá que un inversor de una Parte Contratante que tenga inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante se beneficie con el régimen más favorable.

Como vimos, las cláusulas de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida se basan en el supuesto de que la competencia es en sí misma buena, por lo cual hay que garantizar la libertad total de acción de los actores “racionales” de la economía, sean o no nacionales.

3) *Protección y seguridad plenas*. Dentro de este paraguas entran varias cláusulas. Los TBI se refieren a las expropiaciones directas, que implican una indemnización inmediata. El TBI entre Argentina y Alemania expone en el cuarto artículo que:

Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por causas de utilidad pública, y deberán en tal caso ser indemnizadas. La indemnización deberá corresponder al valor de la inversión expropiada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación efectiva o inminente, la nacionalización o la medida equivalente. La indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de su pago según el tipo usual de interés bancario; deberá ser efectivamente realizable y libremente transferible (...).

Pero también refieren a la “expropiación indirecta”, interpretada como la puesta en marcha de reglamentaciones de un Estado que reduzcan significativamente el valor de la inversión extranjera. Sobre esto, el TBI entre Argentina y los EEUU expone que:

Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento

legal (...).

Un problema que se vislumbra aquí es la laxitud del término “por razones de utilidad pública”. ¿Qué política puede ser considerada de utilidad pública? ¿La intervención en un momento de crisis política y económica, como en Argentina en 2002? Evidentemente, no. Estas cláusulas condenan las “medidas expropiatorias” como podrían ser ciertas normas de protección del medio ambiente (como en el caso de la demanda de la empresa minera Pacific Rim *vs.* El Salvador) o reglamentación de protección de la salud que afecten una inversión determinada (Phillip Morris *vs.* Uruguay, como ya señalamos), o cambios en la política económica de un país (como en las demandas contra Argentina tras la devaluación en 2002). Estas cláusulas posibilitan incluso la compensación por pérdidas de ganancias futuras o esperadas por un inversor. En realidad, cualquier medida del Estado puede ser considerada como expropiatoria.

La seguridad plena incluye también la garantía a la total libertad de transferencia de las ganancias. Así, el TBI entre Argentina y España dice en su artículo sexto que:

Cada Parte otorgará a los inversores de la otra Parte, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la posibilidad de transferir libremente las rentas o ganancias y otros pagos relacionados con las inversiones (...).

Esto significa que la ETN tiene total libertad de transferencia de los montos relativos a la inversión (compensaciones, ganancias, pagos, regalías, aportes de capital, salarios, liquidaciones, etc.), ya sea en el interior del país receptor, o hacia el país desde donde se emitió la inversión. El Estado deja de lado así una potestad que es la de erigirse como barrera a la libre circulación del capital.

- 4) *Cláusula de estabilización.* Esta cláusula hace referencia a que ambas Partes del TBI se comprometen a no modificar las condiciones contractuales y jurídicas para la inversión, y que en caso de que se hiciera, esto no afectará los intereses privados. Así lo expresa el TBI entre Argentina y España:

Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, o inversores de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.

Esto se basa en el principio de inmutabilidad de los contratos del derecho internacional y compromete al Estado a no aplicar medidas que perjudiquen los intereses de los privados. Una cláusula similar figura en el NAFTA, donde se protege a las inversiones incluso de una devaluación o fluctuación monetaria, ya que el pago es en equivalencia a una moneda del

G-7 (Arroyo, 2008). El amparo de este tipo de cláusulas es lo que ha generado la mayor cantidad de demandas de ETN contra la Argentina, tras la devaluación en 2002. Varias empresas interpretaron esta medida, junto con el congelamiento de las tarifas de los servicios públicos, como una violación de sus derechos protegidos por los TBI, demandando a la Argentina frente al CIADI¹⁰.

- 5) *Requisitos de desempeño*. En los TBI se menciona de diversas maneras la incapacidad de las Partes de imponer requisitos para el desempeño de la inversión en el territorio. Anteriormente, estos requisitos se utilizaban como modo de protección de la economía de un país, por ejemplo, las leyes del “compre nacional”. Pero en los TBI esto no figura, o en algunos casos queda expresamente prohibido. El TBI entre Argentina y EEUU deja en claro que:

Ninguna de las Partes establecerá requisitos de desempeño como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, que requieran o exijan compromisos de exportar mercancías, o especifiquen que ciertas mercaderías o servicios se adquieran localmente, o impongan cualesquiera otros requisitos similares.

Ni siquiera se puede exigir que los empleados que ejecuten la inversión en el país receptor o los insumos utilizados para la misma sean nacionales de ese país. De hecho, como vemos, nada puede ser exigido sobre la inversión.

- 6) *Duración con efecto residual*. Los TBI incluyen cláusulas que le permiten prolongar la protección sobre las inversiones de las Partes, mismo si el Tratado ya no tiene efecto o si el país ya no es signatario del Convenio del CIADI. La mayoría de los TBI duran 10 años o más, pero éstos continúan aplicándose por un plazo de 10 o 15 años, incluso si el TBI ya no está vigente. Asimismo, los TBI duran en promedio 10 años, pero éstos se renuevan automáticamente salvo que sean denunciados por alguno de los Poderes en cualquiera de las Partes. El TBI entre Argentina y EEUU expone en su artículo catorce que:

Cada Parte podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, por medio de notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas con anterioridad a la fecha de terminación del presente Tratado (...), las disposiciones de todos los demás artículos del Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación.

Lo que se intenta con esto es que el inversor goce de estabilidad para su inversión durante el

10 Las empresas del sector energético, de aguas y saneamiento, y de telecomunicaciones que demandaron a la Argentina en 2003 fueron: Camuzzi, Gas Natural, AES, Electricité de France, Endesa, Pan American Energy, El Paso Energy, Suez, Aguas de Barcelona y Telefónica de España. En el año 2004 lo hicieron Total, BP America, Wintershall, Mobil (petroleras) y Telecom. En el 2005 lo hizo la Compañía General de Electricidad de Chile (Ortiz, 2006).

mayor tiempo posible. Un caso paradigmático sobre la aplicación de estas cláusulas es el de Bolivia. Este país denunció el Convenio del CIADI en mayo de 2007, lo cual implicó que dejaba de reconocer la jurisdicción del CIADI en el caso de demandas de las ETN. Sin embargo, posterior a esa fecha, se presentaron frente al CIADI seis demandas interpuestas por ETN nacionalizadas por el gobierno de Evo Morales. Estas demandas son legales en los términos planteados por los TBI.

- 7) *Solución de controversias*. Los TBI remiten en su mayoría a una instancia supranacional para la defensa de los intereses de los inversores externos en relación a los actos de una de las Partes. Como hemos señalado, esto es la llamada *prórroga de jurisdicción*, es decir que los Estados-nación ceden su soberanía en justicia frente a las demandas de estos inversores. En caso de controversia, la mayoría de los TBI plantea que exista una instancia de “diálogo amistoso” entre el inversor y la Parte afectada. Pero si pasado un cierto tiempo la controversia no ha sido saldada, entonces el inversor tiene la posibilidad de acudir a la justicia nacional de la Parte o, si lo prefiriese, recurrir al arbitraje internacional. El TBI entre Argentina y Panamá dice en su artículo noveno que:

Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que fue planteada por una u otra de las Partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor: a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o bien, al arbitraje internacional en las condiciones descriptas en el apartado (3) de este Artículo.

Ese arbitraje internacional puede ser tanto en el ámbito del CIADI como del CNUDMI, el órgano de resolución de controversias en temas mercantiles de las Naciones Unidas. Pero aun con la posibilidad de recurrir al CNUDMI, las ETN prefieren mayoritariamente el CIADI, por la facilidad con la que pueden presentar las demandas en este ámbito.

5. La rueda sigue girando: los nuevos TLC con la Unión Europea

Como dijimos, con cerca de 3.000 TBI firmados, se ha generado un entramado de acuerdos de protección de inversiones muy abarcativo. Hoy se sigue negociando nuevos acuerdos sobre inversiones, aunque la tendencia es a firmar acuerdos comerciales con una cobertura más amplia, como en los TLC¹¹. Esto se puede ver hoy, cuando países como China han salido al ruedo para intentar garantizarse el acceso a mercados de otros países. Esto se vio profundizado además a partir

11 Para tener acceso a la información constantemente actualizada sobre los TLC que se van negociando y firmando, recomendamos ver la página web de *Bilaterals* en: <http://www.bilaterals.org/>

de la imposibilidad de cerrar la Ronda de Doha de la OMC, lo cual ha llevado a abandonar lentamente el sistema multilateral reemplazándolo por las negociaciones bilaterales. Este hecho se vio con claridad en el año 2010, cuando los líderes reunidos en la Cumbre del G-20 en Toronto señalaron que abandonarían el objetivo de cerrar la Ronda para pasar a conversaciones bilaterales y regionales hasta que se pueda lograr un acuerdo global.

En ese contexto, y desde el freno del ALCA en 2005, los países del MERCOSUR también se están dando una nueva política de firma de TLC bilaterales con diferentes países. En ese sentido, la negociación más importante, por lo que implica comercial y políticamente, es la del TLC que se ha relanzado recientemente con la Unión Europea (UE) en el marco de la IV^o Cumbre birregional en Madrid (mayo de 2010). Ambas Partes habían negociado anteriormente entre los años 2000 y 2004, a la par del ALCA. Es decir que mientras EEUU intentaba cerrar un acuerdo continental, la UE pretendía no quedarse afuera de los mercados latinoamericanos. Firmó entonces con México un primer TLC birregional en el año 2000. Como explica Arroyo (2010) en ese TLC no se avanzó demasiado en el tema de inversiones, principalmente porque la UE no tenía, en ese momento, las facultades necesarias para negociar como bloque sobre ese tema¹². Lo que se hizo entonces fue firmar, antes del TLC, diversos TBI entre México y las potencias europeas con el fin de contar con un marco protector de las inversiones. En el TLC se incorpora lo pautado bilateralmente para el ámbito de las inversiones. El TLC reza:

Las Partes contribuirán a establecer condiciones atractivas y estables para las inversiones recíprocas. Esta cooperación se traducirá, entre otras cosas, en lo siguiente (...) b) apoyo al desarrollo de un entorno jurídico favorable a la inversión entre las partes, en caso necesario mediante la celebración entre los Estados miembros y México de acuerdos de promoción y de protección de las inversiones (...).

Con este tratado, la UE alcanzó una desregulación de 95% en bienes y servicios y además logró la “Paridad NAFTA” al incluir aspectos como inversiones, compras gubernamentales, facilidades al comercio y reglas de competencia.

También la Unión Europea ha firmado un TLC con los países de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)¹³. Dichas negociaciones comenzaron en 2007, y para 2010 ya se había firmado un Acuerdo de Asociación (AdA). Un AdA tiene iguales condiciones contractuales que un TLC, sólo que se le

12 Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, el tema de las inversiones ha pasado a ser parte de la lista de temas que pertenecen exclusivamente a la política comercial común de la UE. Es decir que los Estados europeos deberán ajustar su política de inversiones extranjeras a las directrices de la UE (*Seattle to Brussels Network*, 2010).

13 Negociaron Colombia y Perú, pero Ecuador y Bolivia no lo hicieron, ya que sostuvieron que no firmarían un acuerdo con la UE. Venezuela, por su parte, ya se había retirado del bloque en 2006.

incorporan dos capítulos: de diálogo político y de cooperación, lo cual lo vuelve un TLC pero “a la europea”. De hecho, el AdA firmado con Colombia incluye las cláusulas que figuran en el resto de los TLC y los TBI: Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida, prohibición de requisitos de desempeño, prórroga de jurisdicción, etc. (RECALCA, 2008). A su vez, los capítulos de cooperación y diálogo político, tal como se ve en el TLC firmado con México, han resultado ser meros accesorios del acuerdo, ya que fueron utilizados para intentar legitimar todo el tratado bajo un discurso de cooperación para el desarrollo (Aguirre Reveles y Pérez Rocha, 2007).

En el caso de las negociaciones entre el MERCOSUR y la UE, ya en las conversaciones sostenidas en 2003-2004 se planteaba la necesidad de incluir el tema inversiones en el TLC, así como también propiedad intelectual, servicios, compras gubernamentales, denominaciones de origen, etc. Es decir que la UE pretendía un acuerdo que se asemejara lo más posible al ALCA.

Como dijimos, dentro de la estrategia del MERCOSUR de avanzar en la firma de TLC, se ha firmado un Acuerdo Marco con Marruecos, y dos TLC: uno con Israel y otro con Egipto. El Acuerdo Marco con Marruecos es de 2004 y mostraba la voluntad de ambas Partes de avanzar en la negociación de un TLC. Ya allí se hacía explícita la intención de “establecer reglas claras, predecibles y duraderas para estimular el desarrollo del comercio y la inversión recíprocos”. También en el TLC con Israel (firmado en 2007) se explicita que un objetivo del acuerdo es “aumentar de modo sustancial las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes”. Aquí también aparecen cláusulas como la de Trato Nacional. Asimismo, en el TLC con Egipto (firmado en 2010), se sostiene “la importancia de promover el flujo de inversiones y transferencia de tecnología transfronteriza entre ambas Partes como modo de conseguir el crecimiento económico y el desarrollo” (traducción nuestra). Más allá de que plantean condiciones contractuales similares al resto de los TLC y TBI, de todos modos cabe resaltar que ninguno de estos TLC plantea la prórroga de jurisdicción hacia el CIADI. Tal vez esto esté relacionado con el hecho de que se trata de países con menores niveles de asimetrías que cuando miramos la UE o EEUU en comparación con los países de la CAN o del MERCOSUR.

Pero discutir la integración en términos de asimetrías resulta ser altamente engañoso. Porque esa mirada se centra en ver los datos macroeconómicos de las Partes, evitando el debate sobre la propia cuestión de la protección de inversiones. Esta visión pone el énfasis en la nacionalidad de las inversiones, y no en lo que implica la garantía a la libre circulación del capital. El efecto de tal mirada es que termina defendiéndose la igualdad de condiciones entre los países, pero no se revisa

el momento del capitalismo en que se están realizando estos tratados, entendidos aquí como cristalización del comando del capital-dinero. Al no analizar esta cuestión desde el antagonismo social, terminan siendo visiones nacionalistas, aquellas que, como mencionamos, consideran al capital nacional como “mejor” que el capital foráneo. Esto es un problema, ya que las propias ETN-AL esperan su turno para salir al globo en la competencia por mercados, y no tienen diferencias sustanciales con las ETN europeas: su objetivo sigue siendo la ganancia, y la subordinación del trabajo.

6. Conclusiones

En este artículo, nuestra intención fue mostrar cómo hoy opera la búsqueda de certezas del capital, en especial vía los TLC y los TBI. Intentamos mostrar cómo se entiende la libertad en el marco del nuevo momento del comando del capital-dinero, que es la libertad del capital. Los tratados internacionales firmados son expresión de esa tendencia. Efectivamente, la acumulación por despojo necesita hoy de un avanzado entramado legal que proteja las inversiones. En ese marco, los Estados nacionales compiten entre sí para atraer los capitales, o quedan sino en la difícil situación de no poder manejar la lucha de clases al interior de sus territorios.

A su vez, vimos cómo operan concretamente estos tratados, apelando a nuevas cláusulas que permiten la libertad de operaciones por parte de los capitalistas. Este tipo de protecciones no hubieran sido posibles en la etapa *welfare* de la segunda posguerra, donde lo central era la fortaleza del mercado interno. Estos tratados ahora cristalizan la libertad del capital a través de las cláusulas de Trato Nacional y Nación Más Favorecida, prohibiendo los requisitos de desempeño y anulando la posibilidad de casi cualquier política pública soberana de los Estados que afecte la inversión privada extranjera.

Cuando pensamos este tipo de tratados desde una mirada crítica, donde el punto de partida está en el antagonismo creado por la relación social del capital, vemos que salir del neoliberalismo no es una simple cuestión de políticas públicas proteccionistas. El neoliberalismo es la expresión del nuevo comando del capital sobre el trabajo, que a nivel global toma cuerpo en la acumulación por despojo y que en nuestro continente puede calificarse de “extractivismo”. En ese sentido, “salir” del neoliberalismo, como dijimos, implicaría la revisión de la política de protección y promoción de inversiones. Aunque como hechos dicho, esto no puede ser hecho de modo aislado, ya que el comando del capital-dinero puso en evidencia la tendencia a la globalización del capital, y con ello,

se desmitifica la idea de que el mundo pueda ser una red de Estados soberanos que exista de modo independiente a los mercados.

La actual coyuntura de América Latina muestra que no es trasnochado re-discutir este tema, tanto desde los gobiernos como desde los pueblos. Por un lado, los países de América Latina y el Caribe ya cuentan con el triste record de sumar entre ellos casi la mitad de las demandas presentadas en el CIADI. Esta situación está generando una doble vertiente. Por un lado, se está creando una nueva deuda externa en nuestra región, mismo si aún las ETN no han presionado con toda la fuerza posible para que los Estados cumplan con estas sentencias desfavorables (retiro masivo de capitales, campañas internacionales en contra de estos países, etc.). A su vez, las demandas que se apilan en el CIADI generan que los Estados quieran deshacerse de las mismas, pactando con las empresas nuevas condiciones contractuales, lo cual les garantiza una mayor ganancia. Las empresas han optado mayoritariamente por este camino en lugar de esperar a que los Estados se hagan cargo de la nueva deuda generada vía el CIADI.

Además, como dijimos, algunos de los países del ALBA se salieron del CIADI (Bolivia y Ecuador, no así Venezuela), y Bolivia en particular está comenzando un proceso de renegociación de sus TBI. Esto genera la aparición de nuevas preguntas que requieren una respuesta a corto plazo: ¿qué se hace con los TBI firmados? ¿se los renegocia? ¿se los anula? ¿cuáles son los costos de cualquiera de estos dos movimientos? Avanzar en la anulación de los TBI requiere instalar con fuerza en esas sociedades el hecho de que la construcción de un modelo productivo y de consumo sustentable no depende de la firma de los TBI, ni de la llegada de las inversiones extranjeras. Sin embargo, el proceso de valorización global y la disciplina del capital se imponen sobre estos países, mostrando nuevamente que la salida del neoliberalismo no es solamente una cuestión de puesta en marcha de políticas públicas proteccionistas.

Por otra parte, la puesta en vigor del Tratado de Lisboa significa que los países europeos deben renegociar todos sus TBI (cerca de 1.700) en los próximos 5 años, con el fin de adecuar cada tratado a las directrices de la política comercial y de inversiones de la UE. Pero si los propios europeos deben renegociar los tratados, ¿cómo llegarán nuestros países a esas mesas de negociación? Si no es posible anular los TBI, ¿se podrá pautar nuevas condiciones contractuales donde se respeten los derechos humanos y el medioambiente, agregando requisitos de desempeño y donde además se quite la cláusula de prórroga de jurisdicción? ¿De qué depende esta opción? Tal vez dependa de la conformación de un nuevo ciclo de luchas en el continente que ponga en el centro la crítica del

actual régimen de inversiones en tanto que protege la libertad del capital, y no la de los pueblos.

Bibliografía:

- Aguirre Reveles, Rodolfo y Pérez Rocha, Manuel 2007 “Siete años del Tratado Unión Europea-México (TLCUEM): una alerta para el sur global”, documento de Internet en <<http://www.rmalc.org.mx>>
- Arroyo, Alberto 2008 “El origen de los derechos de los inversionistas que defiende el CIADI” en AA.VV. *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* (La Paz: Fundación Solón-REDES-Amigos de la Tierra).
- Arroyo, Alberto 2010 “Inversión Europea: ¿beneficios para México?”, mimeo.
- Bonnet, Alberto 2007 “Políticas neoliberales y lucha de clases”, en Bonefeld, Bonnet, Holloway y Tischler (comps.) *Marxismo Abierto II, una visión europea y latinoamericana* (Buenos Aires: Herramienta).
- Corti, Arístides 2005 “Acerca de la inmunidad del Estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales externos (CIADI y otros)” en Revista *Realidad Económica* (Buenos Aires), número 211.
- Costante, Liliana 2007 “El CIADI como herramienta de consolidación de la dependencia. Caso Argentina”, en Estay y Gambina (comps.) *¿Hacia dónde va el sistema mundial? Impactos y alternativas para América Latina y el Caribe* (Buenos Aires: REDEM-FISYP-CLACSO).
- Echaide, Javier 2005 “Aspectos jurídicos del ALCA y del sistema multilateral de comercio”, en Gambina (comp.) *Moloch siglo XXI; a propósito del imperialismo y las cumbres* (Buenos Aires: Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación).
- Echaide, Javier y Ghiotto, Luciana 2006 “La OMC y la Ronda de Doha: ¿muerte y resurrección?”, en Revista *Realidad Económica* (Buenos Aires), número 226.
- Echaide, Javier y Ghiotto, Luciana 2008 *¿Qué es el libre comercio? Entre mitos y realidades* (Buenos Aires: Capital Intelectual).
- Estay, Jaime y Sánchez, Germán 2005 “Una revisión general del ALCA y sus implicaciones”, en Estay y Sánchez (comps.) *El ALCA y sus peligros para América Latina* (Buenos Aires: CLACSO).
- Estay, Jaime 2007 “La inserción de América Latina en el actual orden internacional: crisis y

- alternativas” en Estay y Gambina (comps.) *¿Hacia dónde va el sistema mundial? Impactos y alternativas para América Latina y el Caribe* (Buenos Aires: REDEM-FISYP-CLACSO).
- Felder, Ruth 2007 “Auge y crisis de las reformas neoliberales y transformación del Estado en Argentina”, en Fernández (comp.) *Estados y sindicatos en perspectiva latinoamericana* (Buenos Aires: Prometeo).
 - Ghiotto, Luciana 2005 “El ALCA, un fruto de la relación capital-trabajo”, en Estay y Sánchez (comps.) *El ALCA y sus peligros para América Latina* (Buenos Aires: CLACSO).
 - Ghiotto, Luciana y Pascual, Rodrigo 2008 “El CIADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas”, en Revista *Realidad Económica* (Buenos Aires), número 238.
 - Holloway, John 2002 *Cambiar el mundo sin tomar el poder; el significado de la revolución hoy* (Buenos Aires: Herramienta).
 - Holloway, John 2003 “El capital se mueve”, en Holloway, *Keynesianismo, una peligrosa ilusión; un aporte al debate de la teoría de cambio social* (Buenos Aires: Herramienta).
 - León, Magdalena 2009 “El ‘buen vivir’: objetivo y camino para otro modelo”, en Irene León (coord.) *Buen vivir y cambios civilizatorios* (Quito: Fedaeaps).
 - Ortiz, Ricardo 2006 “Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI”, documento de trabajo de FOCO, recurso de Internet en <<http://www.foco.org.ar/documentos-de-trabajo.htm>>
 - Pascual, Rodrigo; Ghiotto, Luciana y Lecumberri, David 2007 *El libre comercio en lucha; más allá de la forma ALCA* (Buenos Aires: Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación).
 - RECALCA, Red Colombiana de Acción frente al Libre Comercio 2008 *Vuelven las carabelas: la verdad sobre el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea* (Bogotá: RECALCA).
 - Roux, Rhina 2008 “Marx y la cuestión del despojo. Claves teóricas para iluminar un cambio de época” en Revista *Herramienta* (Buenos Aires), número 38.
 - *Seattle to Brussels Network* 2010 “Los acuerdos de inversiones de la UE en la era del Tratado de Lisboa: por una política europea de inversiones al servicio del interés público”, Grupo de Trabajo sobre Inversiones, Amsterdam.
 - Teitelbaum, Alejandro 2008 “El CIADI y otros tribunales arbitrales internacionales” en AA.VV. *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* (La Paz: Fundación Solón-REDES-Amigos de la Tierra).

- Zibechi, Raul 2010 “Nuevos conflictos, viejos actores”, en Diario *La Jornada* (México), recurso de Internet en: <<http://www.otrosmundoschiapas.org/index.php/alternativas/41-alternativas/732-raul-zibechi-nuevos-conflictos-viejos-actores.html>>