

Los Acuerdos sobre Inversión
en las Américas:
Perspectivas Económicas, Ambientales y Sociales

Center for International Environmental Law (CIEL)
El Instituto del Tercer Mundo (IteM)
Preamble Center

Printed by: Weadon Printing and Communications, Alexandria, VA

Published by: Center for International Environmental Law

Copyright: © 1999 Center for International Environmental Law

Reproduction of all or part of this publication for educational or other non-commercial purposes is authorized without prior written permission from the copyright holder, provided the sources is fully acknowledged and any alterations to its integrity are indicated.

Reproduction of this publication for resale or other commercial purposes is prohibited without written permission from the copyright holder.

Illustrations: Valeska Maria Populoh

Available from: CIEL - Center for International Environmental Law
1367 Connecticut Ave, N.W., Suite 300
Washington, D.C. 20036-1860, USA
Email: info@ciel.org Web: <http://www.ciel.org>

INTRODUCCION

Con el fin de abrir un diálogo constructivo sobre aspectos relacionados al trato de la de inversión bajo el Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA), hemos querido expresar en este documento algunos puntos de interés sobre los modelos de liberalización de inversión existentes. El objetivo de este documento es detallar los peligros que implicará la desregulación de la inversión en el Hemisferio Occidental para la estabilidad económica y la equidad en la región, así como para los esfuerzos en la promoción del desarrollo sostenible. Las normas de inversión que rigen el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y las propuestas en el Proyecto del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) serán analizadas a la luz del impacto que tendrán sobre la legislación nacional en materia de flujos de capital y de como complementan o limitan las metas fundamentales del desarrollo sostenible.

Muchas de estas inquietudes tienen su origen en un debate que se viene dando desde hace tiempo entre los países desarrollados y los países en desarrollo en materia de la regulación de las inversiones transnacionales. La diferencia entre estos países sobre el papel adecuado del derecho internacional relativo a las inversiones también es de antigua data. En general, los países desarrollados, han estado menos interesados en regular las actividades de inversión extranjera a través del Derecho Internacional, y más interesados en acelerar y asegurar la desregulación internacional de los inversionistas extranjeros, a través de normas basadas en la expropiación y

compensación, trato nacional y restricciones al establecimiento de requisitos de desempeño. Por su parte, los países en desarrollo han tratado de resistirse a las normas tradicionales del Derecho Internacional que gobiernan los derechos de los inversionistas extranjeros, de manera de mantener un poder más amplio en la regulación de las inversiones extranjeras.¹ El desarrollo de la historia de la evolución de las normas internacionales que regulan la inversión, escapa de los propósitos de este documento, sin embargo, cabe tomar en cuenta algunas consideraciones. Los países desarrollados presionaron para una liberalización de la inversión durante las negociaciones sobre comercio en la Ronda de Uruguay.² Ellos enfrentaron una fuerte resistencia por parte de los países en desarrollo, incluyendo Argentina, Brasil e India. La Ronda de Uruguay produjo un Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (TRIM en su sigla en inglés). El Acuerdo TRIM representa un compromiso, pero no constituye precisamente un acuerdo multilateral sobre inversiones, ya que se encuentra limitado a aspectos de comercio internacional relacionados con las inversiones.³

¹ Gloria L. Sandrino, *The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico A Third World Perspective*, 27 VAND. J. TRANSMAT'L L. 259, 262-64 (1994). [El Capítulo de Inversiones del TLCAN y la Inversión Extranjera Directa en México: Una Perspectiva del Tercer Mundo].

² Ver Jeane Bradeley, *Intellectual Property Rights, Investment, and Trade in Services in the Uruguay Round Laying the Foundations*, [Derechos de Propiedad Intelectual, Inversión y Comercio de Servicios en la Ronda de Uruguay: Estableciendo las Bases], 23 Stan. J. Int'l L. 57, 85 (1987). (conferencia de prensa televisada del Representante de Comercio de los Estados Unidos)

³ Ver, Paul Civello, *The TRIMs Agreement A Failed Attempt at Investment Liberalization* [El Acuerdo TRIM: Un Intento Fallido de Liberalización de Inversiones, MINN. J. Global Trade 97 (1999)].

Al mismo tiempo, la agenda para la liberalización de las inversiones estaba siendo promovida, a través de cientos de negociaciones de acuerdos o tratados bilaterales de inversión (TBI).⁴ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en su Capítulo 11, incorpora reglas para la inversión diseñadas para expandir la protección de los inversionistas extranjeros y sus inversiones. El Capítulo de inversiones representa, hasta el momento, el mayor suceso en cuanto a la promoción de la desregulación internacional de la inversión extranjera. En 1995, las naciones desarrolladas comenzaron a negociar, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el intento multilateral más ambicioso para liberalizar las regulaciones sobre inversión – el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI).⁵ Las negociaciones del AMI fracasaron en su intento por varias razones, incluyendo entre ellas la oposición de las organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo, las cuales elevaron inquietudes similares a las expuestas en este documento. Dado

el fracaso del AMI y de la naturaleza limitada del Acuerdo TRIM, los promotores de la liberalización de las normas de inversión están re-dirigiendo sus esfuerzos hacia la Organización Mundial del Comercio (OMC). En la primera Reunión Ministerial llevada a cabo en Singapur en 1996, los Estados miembros de la OMC crearon un grupo de trabajo sobre inversión, y recientemente, la Organización Mundial del Comercio crea una División de Comercio y Finanzas. Muchos países y grupos de la sociedad civil están oponiendo una gran resistencia a que las negociaciones sobre inversión se trasladen al seno de la OMC.

Los Estados Unidos y Canadá están listos para promover una agenda desreguladora de inversiones a través de todo el Hemisferio Occidental mediante las negociaciones del ALCA. El éxito en el ALCA preparará el terreno para el éxito en la OMC. Si el capítulo sobre inversiones del ALCA refleja la agenda de los países desarrollados, muchos de los Estados miembros de la OMC estarán comprometidos a reglas de inversión desregulatorias y habrá muy pocas razones para resistir un acuerdo similar ante la OMC.

La inquietud de la sociedad civil por la agenda de inversión dentro de las negociaciones del ALCA aumenta debido a recientes indicaciones de que los aspectos sociales y ambientales relacionados con la inversión no recibirán el tratamiento adecuado. El Grupo de Negociaciones sobre Inversión (GNI) se reunirá entre enero y agosto de 1999 para fijar una agenda que permita desarrollar un marco legal regional sobre inversión. Su mandato consiste en:

⁴⁴ Ver, Andrew Guzman, *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, [Porqué los Países en Desarrollo de Latinoamérica firman Tratados que los Dañan: Explicación al éxito de los Tratados Bilaterales sobre de Inversión], 38 VA. J. INT'L L. 639 (1998).

⁵ Ver Sol Picciotto, *Linkages in International Investment Regulation: The Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment*, [Los Enlaces en la Regulación de la Inversión Internacional: Antinomia del Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversión] 19 PA. J. INT'L ECON. L. 731 (1998). Había sido terminado, la OCDE-AMI lo hubieran abierto a firma por todos los países, tanto de la OCDE como los no miembros de esta organización, aun cuando los países que no forman parte de la OCDE no habían sido invitados a negociar los términos de dicho acuerdo. En este sentido, los países de la OCDE esperaban conseguir lo que no habían alcanzado en la OMC, es decir un acuerdo multilateral de inversiones que concordara con la agenda desreguladora de los países desarrollados, pero con el apoyo de los países en desarrollo. Más aun, como lo indica el texto del preámbulo del proyecto que estaba siendo negociado, muchos de los países esperaban usar el acuerdo de inversión de la OCDE como modelo para el acuerdo de inversiones de la OMC.

Establecer un marco legal justo y transparente que promueva la inversión a través de la creación de un entorno predecible y estable que proteja a los inversionistas, sus inversiones y los flujos relacionados, sin crear obstáculos a las inversiones provenientes del exterior del Hemisferio.

El mandato no se refiera a la responsabilidad de los inversionistas y a la protección del país huésped o sus ciudadanos. Además, los negociadores han indicado, - en virtud de los trabajos preparatorios del Grupo de Trabajo sobre Inversiones – los aspectos de inversión en los cuales esperan enfocar sus negociaciones. Los cuales no incluyen la responsabilidad o la protección del país huésped y sus nacionales.⁶

El enfoque central del trabajo del Grupo de Negociaciones sobre Inversión revela que la estabilidad financiera, la protección al ambiente, el desarrollo y la equidad, así como otros aspectos sociales relacionados con la inversión

extranjera no constituyen materia de interrogante y de esta manera no parecería probable que vayan a ser tratados por los negociadores de una manera amplia. Además, las disposiciones sobre inversión probablemente entrarán dentro de un marco general como el desarrollado en el TLCAN y el reflejado en el proyecto de acuerdo AMI.

Este documento contiene tres secciones independientes, cuyo tema común es el análisis de los efectos que un capítulo sobre inversión en el ALCA que se base en el modelo desregulatorio del TLCAN puede llegar a producir en el Hemisferio Occidental. La primera sección da una visión del impacto que las reglas de inversión desregulatorias tendrán sobre la estabilidad financiera de los países del Hemisferio. La siguiente sección examina los efectos de este modelo sobre el desarrollo social y la soberanía de los países del Hemisferio. Por último, la sección final de este documento, analiza las reglas mencionadas desde una perspectiva ambiental. Basados en nuestro análisis, recomendamos que el capítulo sobre inversión sea tratado en forma separada de las negociaciones del ALCA. Dado los problemas que la liberalización de las normas sobre inversión puedan ocasionar, ningún régimen de inversión regional debería ser negociado hasta que los efectos de dichas reglas sean estudiados y comprendidos de manera completa y adecuada. Además, cualquier futura regulación sobre inversión debe ser diseñada para promover los objetivos del desarrollo sostenible y para permitir a los países un manejo de sus cuentas de capital que asegure su estabilidad económica.

⁶ El Grupo de Trabajo sobre Inversión pidió al Banco Interamericano de Desarrollo, realizara un estudio comparativo de la legislación en materia de inversión extranjera vigente en cada uno de los países del Hemisferio. El Banco preparó un cuestionario que incluía los temas acordados en la Reunión de Costa Rica. En noviembre de 1995, el Grupo pidió que el BID expandiera el cuestionario en algunas de las áreas y una segunda versión fue enviada a los países. El cuestionario incluye las siguientes materias temáticas:

- Grado de apertura a la inversión extranjera
- Trato nacional
- Definición y ámbito del concepto de inversión extranjera
- Excepciones (sectores excluidos)
- Requisitos de desempeño
- Nacionalización, expropiación y compensación
- Transferencias
- Privatización
- Trato al personal de alta calidad
- Solución de controversias y/o arbitraje
- Acuerdos internacionales firmados por cada país
- Jerarquía o supremacía normativa
- Régimen tributario aplicable a la inversión
- Estadísticas básicas en materia de inversión.

Experiencias Recientes con los Mercados Financieros
Internacionales: Lecciones para el Area de Libre Comercio de
las Americas

Preamble Center
Mark Weisbrot y Neil Watkins¹

¹ Mark Weisbrot es el Director de Investigaciones del Preamble Center en Washington, D.C. Neil Watkins es Investigador Asociado del Preamble Center.

Sumario Ejecutivo

Recientes experiencias con los mercados de capital internacional sugieren que no es el momento apropiado para negociar un acuerdo comercial que limite la posibilidad de los países signatarios de regular sus flujos de capital a través de las fronteras internacionales.

Si las normas sobre inversión que surjan de las negociaciones sobre el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se basan en las reglas de inversión establecidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y en el proyecto de Acuerdo Multilateral sobre Inversión (AMI) – como hasta ahora parece ser – el ALCA contendrá esas limitaciones. Las disposiciones en el TLCAN y en el AMI sobre la definición de inversión, transferencias y trato nacional restringirían de forma importante la habilidad de los gobiernos de regular los flujos de capital especulativos a corto plazo, aún cuando sea para prevenir o manejar una crisis financiera.

La reciente crisis asiática muestra los efectos que resultan de la salida repentina de capitales. En Asia del Este, hubo una reversión neta de flujos de capital internacional privado a la región de US\$ 105 billones—de una entrada de US\$92.8 billones en 1996 a una salida neta de US\$ 12.1 billones en 1997. Estas cantidades se aproximan al 11% del PIB, anterior a la crisis de las economías combinadas de Corea del Sur, Indonesia, Malasia, Tailandia y las Filipinas. Esta es una reversión masiva de flujos de capital internacional altamente desestabilizante, y no parece ser el resultado de cambios en las economías reales de la región.

Las medidas de liberalización financiera (frecuentemente establecidas bajo la presión de la OCDE, del FMI, o de Washington) adoptadas por muchos de los países asiáticos en los años anteriores al colapso de 1997, cargan con gran parte de la responsabilidad en la crisis financiera de la región. El resultado fue una depresión regional, el aumento del desempleo y la pobreza, así como el aumento de las tensiones sociales y políticas, efectos que perdurarían en los años por venir, y que fueron empeorados por las medidas de austeridad del FMI.

En México, la mayor parte de las entradas de flujos de capital en el período de cuatro años anteriores a la crisis del peso, se conformaron por el llamado “dinero caliente” – principalmente prestamos bancarios a corto plazo y portafolios de inversión. A finales de 1994, hubo un cambio en los intereses de los inversionistas, provocando una fuga de capitales a gran escala. En 1995, México experimentó una salida de capital neta de US\$15 billones, en comparación con la entrada de capitales de US \$31 billones en 1993. Los impactos de estas reversiones sobre la economía mexicana fueron severos: la economía se contrajo dramáticamente, el desempleo se elevó y las tasas de pobreza subieron.

Algunos países han intentado protegerse de los efectos dañinos y de la inestabilidad que es inherente a este mundo de flujos de capital irrestrictos. Recientes experiencias sobre controles de capital en Chile, Colombia, Malasia, Hong Kong, Tailandia y China, demuestran que los esfuerzos por limitar la movilidad del capital no son inconsistentes con un crecimiento y desarrollo económicos fuerte y

ordenado. Por el contrario, el uso de controles de capital puede resultar una estrategia altamente efectiva para los esfuerzos de un país en regresar al crecimiento económico después de atravesar por una crisis financiera, o para prevenir, que se generen en primer lugar, préstamos internacionales a corto plazo. Sin embargo, si el modelo desregulatorio (basado en el TLCAN y en el AMI) sobre la inversión internacional se sigue, éstos y otros tipos de control serían en su mayoría prohibidos por el ALCA.

Un número importante de economistas ha entrado al debate sobre los flujos de capital global y sobre la necesidad de mayores controles nacionales. Junto con Jagdish Bhagwati, de la Universidad de Columbia, Paul Krigman, del MIT y Jeffrey Sachs, de Harvard, el Economista en Jefe del Banco Mundial, Joseph Stiglitz ha hablado repetidamente acerca del peligro de una mayor liberalización de las cuentas de capital. Además, renombrados economistas latinoamericanos, Manuel Agosin y Ricardo Ffrench-Davis han conducido extensas investigaciones sobre el papel de los flujos de capital que llevaron a la crisis mexicana, y sobre la efectividad de los controles de capital impuestos por Chile. Ellos argumentan, que los gobiernos deberían implementar “topes”, adoptar requisitos de reserva y otros tipos de controles de capital para proteger a sus economías de los efectos de la desestabilización de los flujos de capital a corto plazo.

Por último, las evidencias recabadas sugieren que este no es el momento más adecuado para negociar un acuerdo que facilite los flujos de capital sin reservas a través de las fronteras. El Capítulo sobre inversión que se proponga para el Area de Libre Comercio de las Américas

(ALCA), si se basa en el modelo de inversión del TLCAN/AMI acelerará el paso de la liberalización de las inversiones y de la movilidad de los capitales en el Hemisferio, con lo cual se restringirá la posibilidad de los gobiernos de protegerse de la volatilidad de los mercados financieros globales. En este momento, el tema de control de los flujos de capital internacional es motivo de controversia y debate, las medidas actualmente propuestas para ser incorporadas en el ALCA prohibirán casi todos los controles de capital, así como la adopción de otras medidas reguladoras. Antes de negociar un acuerdo de este tipo, se deberían evaluar de forma general, los impactos de los flujos de capital especulativos, así como los efectos de la movilidad del capital internacional. Sería poco sabio y contraproducente negociar un acuerdo que ignore estas experiencias recientes relativas a la desregulación de los flujos de capital.

Introducción

Los eventos de los últimos años han subrayado los riesgos y las complicaciones que implican el incrementar la movilidad del capital internacional. El papel de los flujos de capital altamente volátiles, que aceleraron la crisis del peso mexicano (1995), y más dramáticamente, las crisis financieras asiática, rusa y brasileña de los dos últimos años, ha ocasionado un cambio importante en el pensamiento de los economistas. Hasta hace dos años, la mayoría de estos profesionales, creían que incrementar la liberalización de flujos de capital, como la apertura de las economías al libre comercio, era inherentemente benéfico. Pero hoy en

día, la mayoría de los economistas limitarían considerablemente cualquier declaración de esta clase, y se ha dado una amplia expansión en el número y los tipos de controles de capital que los economistas estarían dispuestos a considerar, con el propósito de evitar o minimizar las diversas crisis financieras de las cuales hemos sido testigos.

No obstante, los creadores de políticas han sido lentos para adaptar estos cambios a las circunstancias y análisis económicos. En su mayoría, los creadores de políticas continúan persiguiendo medidas que pudieran incrementar la liberalización de los flujos de capital a través de acuerdos comerciales y otras instancias.

El Fondo Monetario Internacional solicitó a su Directorio Ejecutivo en septiembre de 1997, completar una enmienda a los artículos del Acuerdo del mismo Fondo Monetario Internacional, que convertiría a la liberalización de los movimientos de capital en uno de los mandatos del Fondo. El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI), un tratado para la liberalización de inversiones que estuvo negociándose en el OCDE hasta diciembre de 1998, tendría un mandato similar, a través de su amplia definición de inversión y su lenguaje en materia de transferencias, de liberalización de las cuentas de capital de los países signatarios.² El AMI, en su momento, se estructuró basándose en el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual contiene una amplia definición de inversión, así como una acepción en materia de transferencias financieras que impide efectivamente la mayoría de los controles de capital. El Área de Libre Comercio de las Américas

(ALCA) es la próxima instancia donde probablemente será regulada la liberalización de las cuentas de capital. Si, como se espera, las reglas de inversión en el ALCA están basadas en las del TLCAN y las del propuesto AMI, el acuerdo podría limitar severamente la habilidad de los gobiernos signatarios para emplear controles de capital, o para decirlo de otra manera, para autoprotegerse de los peligros causados por las crisis financieras y los flujos de capital desestabilizantes. De ahí que sea necesario examinar estas reglas de inversión a la luz de los eventos económicos y recientes análisis.

I. Cómo podría el ALCA facilitar la movilidad de Capital No-Regulado?

El Grupo de Negociaciones sobre Inversiones del ALCA, tiene como mandato “establecer un marco legal justo y transparente a fin de promover las inversiones a través de la creación de un ambiente estable y predecible que proteja al inversionista, a su inversión y sus flujos correspondientes, sin poner obstáculos a las inversiones exteriores al hemisferio.”³ El grupo negociador está en el proceso de redactar el capítulo sobre inversiones del ALCA, basándose primeramente en las disposiciones de inversión del TLCAN, pero probablemente también tome en cuenta el Tratado del MERCOSUR y el AMI. El Grupo también utilizará las recomendaciones entregadas por el Foro de Negocios de las Américas, una coalición de corporaciones internacionales estadounidenses y sudamericanas.

² “Texto de Negociación del AMI”, Abril 24, 1998.

³ “Anexo de la Declaración Conjunta del Cuarto Tratado Ministerial”, 1998.

Las secciones relevantes en cada acuerdo de los anteriormente citados, relacionados con la habilidad de una nación para imponer controles de capital son: *la definición de inversión*, y los *términos sobre trato nacional* así como las *transferencias*. Lo establecido en el ALCA sobre estos temas tendrá el mayor impacto sobre la habilidad de las naciones para regular los flujos de capital al interior y al exterior.

A. *Definición de Inversión*

En los últimos años, los acuerdos de comercio y los tratados de liberalización de inversión, generalmente han definido a la inversión de manera muy amplia. El TLCAN, en su artículo 1139, define a la inversión incluyendo: empresas, respaldo y seguridad de la deuda, préstamos, ingresos y utilidades, y bienes raíces u otras propiedades, tangibles o intangibles. El proyecto AMI define la inversión como “cualquier tipo de bienes y activos de propiedad o bajo el control, directo o indirecto de un inversionista...”. Esto incluye la propiedad, las acciones y existencias, pagarés, préstamos y derechos de propiedad intelectual⁴.

Estas definiciones son muy amplias e incluyen no sólo la Inversión Extranjera Directa (IED), sino también las inversiones de portafolio y otras formas de préstamos a corto plazo. Los tipos de flujo más volátiles incluidos en estas definiciones son: créditos financieros a corto plazo a bancos y a grandes firmas nacionales, depósitos a corto plazo en el sistema financiero nacional y compras de acciones y títulos, ambos realizados por no-residentes. Estos tipos de

transacciones conllevan el propósito de sacar ventaja de los diferenciales en las tasas de interés o de obtener prontas ganancias de capital. Estos tipos de flujos de capital a corto plazo especialmente especulativos, son los que con mayor posibilidad exacerbaban una crisis cuando son rápidamente extraídas. (Ver cuadro 1, Apéndice, para una descripción detallada de las tendencias de las inversiones directas y de portafolio en los países en vías de desarrollo del Hemisferio Occidental). Por otra parte, la inversión extranjera directa, que normalmente permanece como inversión por un mayor tiempo, esta sujeta a mayor control al abarcar la creación de bienes tangibles tales como la construcción de fábricas, incluye generalmente constituye un mayor interés de control.⁵ Cuando los economistas discuten los beneficios de la liberalización de la inversión, generalmente confían en la IED para resolver su caso.

Debido a que las definiciones de inversión en el TLCAN y el AMI, son lo suficientemente amplias para abarcar la inversión de portafolio y otras formas de préstamos a corto plazo, la liberalización y la protección de la Inversión Extranjera Directa (IED), en estos acuerdos, se aplicará igualmente a los flujos especulativos de portafolio. De particular interés son las disposiciones relativas a liberalizaciones de las transferencias de capital relacionadas con la inversión y las relaciones con el trato nacional de protección a la inversión.

⁴ “Trato de Negociación del AMI”, Abril, 24. 1998 Sección II. 2

⁵ En un sondeo estadístico basado en los flujos de todos los países en vías de desarrollo, UNCTAD (1998, pp.13-15), encontró que durante el período 1992-1997, los préstamos bancarios comerciales y la inversión de portafolio, tuvieron, en promedio, tasas más altas de volatilidad que la Inversión Extranjera Directa.

B. Transferencias

El TLCAN regula las transferencias de capital no-restringido relacionadas con las inversiones incluyendo capitales, utilidades, dividendos, intereses y ganancias sobre el capital.⁶ El capítulo sobre inversiones del ALCA, basado en otros tratados y lenguaje propuesto, puede incluir también una sección con amplio vocabulario sobre las transferencias, sin distinguir entre los flujos a corto plazo y otras formas de inversión. Si se adoptan las recomendaciones del Foro de Negocios de las Américas, el ALCA puede llegar incluso más allá del lenguaje existente sobre transferencias para “diseñar medidas efectivas para la libre transferencia y transacciones más allá de las fronteras”, a fin de asegurar que no se aplique ningún control a las inversiones que lleguen o salgan del país huésped.⁷

C. Trato Nacional

Trato Nacional - el requerimiento de que los inversionistas extranjeros sean tratados no menos favorablemente que los inversionistas nacionales, sin importar las circunstancias- es otro principio fundamental de los tratados sobre la liberalización de la inversión. Esta es una disposición del TLCAN y del propuesto AMI. Debido a la amplia definición de inversión, esta disposición podría usarse para proteger el capital extranjero altamente móvil de las acciones tomadas por los gobiernos nacionales en el interés de proteger sus economías. Las disposiciones del trato

nacional, permitirían a un banco extranjero o a otro inversionista, argumentar que tiene los mismos derechos que los bancos o inversionistas nacionales (o domésticos) bajo el Derecho internacional.⁸

Las recomendaciones del Foro de Negocios de las Américas de 1998 incluían una ampliación de la definición de trato nacional. El Foro abogaba por la extensión del trato nacional a lo concerniente a la tributación, y sugería que el ALCA “extendiera uniformemente un trato nacional no-discriminatorio a la producción de capitales provenientes de países de *fuera del ALCA*”. (Énfasis añadido).⁹ Bajo semejante acuerdo, inversionistas de Europa y Asia, por ejemplo, serían merecedores de los mismos derechos de trato que los inversionistas pertenecientes al hemisferio. Como se mostrará en los ejemplos posteriores, las disposiciones sobre trato nacional, al aplicarse a las inversiones de portafolio y a algunas otras inversiones de corto plazo, crean el riesgo de incrementar la vulnerabilidad de las economías nacionales hacia las turbulencias financieras y sus dañinos efectos sociales y económicos.

Las disposiciones sobre la definición de inversión, transferencias y trato nacional, que el ALCA probablemente incluya, crearán probablemente mayores obstáculos para cualquier gobierno que pretende regular los flujos de capital especulativo a corto plazo, incluso para prevenir o controlar una crisis

⁶ Ver artículo 1109 (1) del TLCAN.

⁷ “Recomendaciones Finales de los Talleres del Cuarto Foro de Negocios de las Américas” 1998, op cit.

⁸ Tales disposiciones no impedirían que se garantizarán a los inversionistas extranjeros

⁹ “Recomendaciones Finales de los Talleres del Cuarto Foro de Negocios de las Américas” 1998, op cit.

financiera.¹⁰ De igual manera, los peligros potenciales del ingreso de flujos de capital a corto plazo, están bien documentados en la literatura económica reciente sobre la materia. Las crisis en Asia y México brindan un útil panorama de la historia de los movimientos de capitales especulativos.

II. Movilidad del Capital y Crisis Financieras

A. *El papel de los flujos de capital en la crisis asiática*

Previo a la crisis financiera asiática, existían pocas líneas de pensamiento que desafiaran a la máxima de que la desregularización de los flujos de capital internacionales era para el mejor interés de todos. Este principio, parecía tan bien establecido como la teoría de la ventaja comparativa en relación con el comercio, el cual fue capaz de beneficiarse de una clase de “prueba por asociación”, con ésta última. Esto es, a pesar del de que el razonamiento de la teoría del comercio no se aplica a los flujos de capital,¹¹ sin mencionar la muy limitada utilidad de la teoría de la ventaja comparativa en sí misma para cualquier tipo de estrategia de desarrollo económico.

¹⁰ El texto del proyecto del AMI (24 de Abril de 1998) contiene excepciones en las secciones de “Transferencias” propias del AMI, respecto a las cuales un país podrá “retrasar o evitar una transferencia a través de la equitativa y no-discriminatoria aplicación de buena fe de las medidas” con el propósito de “proteger los derechos de los acreedores”, asegurar el acatamiento de las leyes y regulaciones sobre la comercialización y negociación de fianzas/seguros, futuros y derivados, el registro y reporte de la transferencias y en conexión con delitos criminales. La excepción concluye con la salvedad de que “tales medidas y su aplicación no deberán ser usadas como medios para evitar los cometidos u obligaciones de las Partes Contratantes bajo el Acuerdo” (Capítulo IV, 4.1-4.6) Estas excepciones, por lo tanto, no permitirían a un país regular los inlfujos de capital a corto plazo, o decretar controles de capital en tiempo de crisis. (Ver también Sforza 1998).

¹¹ Ver Bhagwati 1998.

El debate sobre los efectos de la inversión internacional desregulada se intensificó cuando las economías de Corea del Sur, Indonesia, Malasia, Tailandia, las Filipinas y otras en la región sufrieron una crisis financiera que subsecuentemente derivó en una depresión regional. Aunque las políticas del Fondo Monetario Internacional ayudaron a transformar la crisis financiera en una crisis de la economía real que se encuentra en la base, aún los economistas en pro de la globalización han señalado que la liberalización financiera de estos países significaba una causa mayor, si no es que la más importante causa del comienzo de la crisis. Jagdish Bhagwati, uno de los economistas internacionales líderes en el mundo, y Consejero en Política Económica del Director General del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio) (1991-1993), ha hecho notar que “La crisis asiática no puede separarse de los excesivos préstamos solicitados a los capitales extranjeros a corto plazo, ya que las economías asiáticas liberaron sus controles de cuentas de capital y permitieron a sus bancos y compañías solicitar préstamos al extranjero... Se ha hecho evidente que las crisis que acechan sobre la movilidad de capital no pueden ser ignoradas.”¹²

Lo que fue tan impactante acerca de este caso fue que “la inestabilidad intrínseca de los préstamos internacionales”¹³ la que verdaderamente empujó a estos países al abismo. Lo más importante fue la reversión neta de flujos de capital internacional privado de la región de US\$105 billones de flujos

¹² Ibid p 8.

¹³ Radelet and Sachs, 1998, p 4.

netos de ingreso de US\$92.8 billones en 1996 a flujos netos de egreso de US\$12.1 billones en 1997. Estas cantidades, se aproximaron al 11% del PIB anterior de la crisis de las economías combinadas de Corea del Sur, Indonesia, Malasia, Tailandia y las Filipinas.¹⁴ Esta es una reversión masiva de los flujos de capital internacional, altamente desestabilizadora, que no parece estar relacionada con el funcionamiento de la economía real de la región.¹⁵

Las medidas de liberalización financiera promulgadas por muchos países asiáticos en los años anteriores a la caída de 1997, cargan con mucha de la responsabilidad por la inhabilitación a los gobiernos para controlar la reversión masiva de flujos netos de capital fuera de la región en 1997. Por ejemplo, el gobierno Coreano comenzó a relajar su control sobre los flujos financieros a principios de los noventa. Con el propósito de que Corea del Sur se uniera a la OCDE en 1996, este país tuvo que liberalizar su sector financiero aún más.¹⁶ La desregulación de las transferencias financieras proporcionada en el TLCAN y el propuesto AMI, podrían, principalmente: 1) Aumentar la habilidad de las economías afectadas para adquirir rápidamente las acumulaciones de deuda a corto plazo y 2) Quitarle a las autoridades nacionales la habilidad de decretar controles de capital cuando entra en escena el pánico financiero.

Otras explicaciones del comienzo de la crisis asiática, especialmente aquellas que manejan los medios como

“capitalismo ilusorio” u organización industrial “ineficaz”, no cuentan con suficiente evidencia que las respalde. De hecho, cuando la gente, incluyendo algunos economistas, se refieren al sistema económico coreano como “ineficaz”, no está claro a qué se refieren. El significado económico más obvio sería que los recursos fueron distribuidos ineficazmente, de tal manera que la economía (y de allí los niveles de vida), no crecieron de acuerdo a su pleno potencial. La economía de Corea del Sur, creció a una tasa per capita de 7.2% durante los últimos treinta años, una de las tasas más altas de crecimiento económico en el mundo. Ciertamente es posible que hubiera podido crecer aún más rápido, pero nadie ha presentado un argumento económico de cómo esto se hubiera logrado.

Todo esto no significa que no se estuvieran acumulando problemas en estos cinco países asiáticos. Había una acumulación de préstamos bancarios al interior de todos estos países excepto Indonesia, donde las firmas aumentaron sus préstamos directos de bancos extranjeros. Las tasas reales de cambio se revalorizaron notablemente - alrededor del 12% para Corea del Sur y 25% para los otros cuatro países- cuando grandes flujos de capital internacional ingresaron. Sin embargo, otros países han tenido revalorizaciones reales mucho mayores, sin el tipo de colapso monetario que estos países tuvieron. Y debe enfatizarse que estas debilidades, así como los déficits en las cuentas corrientes estuvieron muy ligados a la liberalización de los flujos de capital que se tuvo lugar en los años precedentes.

¹⁴ Ibid

¹⁵ Ver Mark Weisbrot 1999, para una discusión más detallada sobre este punto.

¹⁶ Ver Ha-Joon Chang, 1998.

Radelet y Sachs,¹⁷ también han examinado el efecto de los impactos internacionales, como la devaluación del yuan Chino en 1994, la creciente competencia desde México y la sobrecapacidad en ciertas industrias, como la de los semiconductores. El efecto combinado de estas influencias, no parece explicar lo ocurrido.

De ahí que resulte difícil evitar la conclusión de que la inestabilidad causada por la reciente liberalización financiera internacional carga con la responsabilidad primaria de la aparición de la crisis. La reversión de los flujos de capital, que ascienden al 11% del PIB regional fue el resultado de una conducta “bárbara”, con los inversionistas, extranjeros y nacionales, saliendo en estampida por miedo a quedar atrapados con sus valores y moneda local significativamente depreciados.

La lógica de tal pánico es bastante clara. En las crisis asiáticas, el pánico comenzó con la caída de la moneda tailandesa y pronto se extendió hacia los otros países. Con un alto nivel de deuda internacional a corto plazo, una depreciación de la moneda nacional, se incrementa el costo del servicio de deuda. Todos necesitan más moneda nacional para obtener la misma cantidad de dólares por el servicio de deuda. Y la venta de la moneda nacional para obtener esos dólares u otras monedas “fuertes” lleva a la moneda nacional a un mayor nivel de depreciación. No se necesita mucho para que surja el pánico, especialmente si el banco central no cuenta con un alto nivel de reservas en moneda extranjera relativo a la deuda a corto plazo. Estas reservas se disminuyen más cada vez que los

inversionistas convierten su moneda y valores nacionales a dólares. Los prestamistas extranjeros se rehusan a renovar sus préstamos a corto plazo, (o, como en Corea del Sur, pueden incluso cobrarlos anticipadamente), y la espiral descendiente continúa.

Otros economistas han encontrado que la inestabilidad inherente a los mercados financieros internacionales, fue una importante causa de las previas crisis financieras incluyendo la de México en 1994.¹⁸ Y en el análisis estadístico de Radelet y Sachs sobre las recientes crisis en los mercados emergentes, se encontró que el más importante indicador de crisis era el nivel de deuda internacional a corto plazo contraída con las reservas extranjeras de cambio de un país.¹⁹ En otras palabras, estos países se volvieron vulnerables a los flujos de capital al exterior ocasionados por el pánico, así como a los vaivenes de su moneda causados por una acumulación de préstamos internacionales a corto plazo.

Esta acumulación de préstamos internacionales a corto plazo fue entonces un resultado directo de la liberalización financiera que tuvo lugar durante los años precedentes a la crisis. En Corea del Sur, por ejemplo, esto incluyó el retiro de numerosas restricciones sobre la tenencia y propiedad extranjera de acciones y bonos nacionales, la propiedad de los residentes, de activos extranjeros y los préstamos al extranjero realizados por las instituciones nacionales, financieras y no-financieras.²⁰ La deuda extranjera

¹⁷ Radelet y Sachs, 1998, op cit

¹⁸ Ver p.e. Guillermo Calvo y Enrique Mendoza, 1995, pag.235.

¹⁹ Los autores usaron un modelo confiable basado en datos de 22 mercados emergentes durante los años 1994-97.

²⁰ Chang, Park, Gyue 1998

de Corea casi se triplicó de \$44 billones de dólares en 1993 a \$120 billones en Septiembre de 1997. Esto no representaba una carga de deuda muy grande para una economía del tamaño de la coreana, pero el porcentaje a corto plazo era peligrosamente alto al 67.9% para mediados de 1997.²¹ Como comparación, el nivel promedio de la deuda total corto plazo de los países menos desarrollados no miembros de la OPEP al momento de la crisis de deuda de los ochentas (1980-82) era del 20 %.²²

Las liberalizaciones financieras en los otros países llevaron a vulnerabilidades similares. Tailandia creó la Institución Bancaria Internacional de Bangkok en 1992 la cual extendió enormemente tanto el número como el ámbito de acción de las instituciones financieras que podían solicitar préstamos y prestar en los mercados internacionales. Las corporaciones no-financieras de Indonesia pidieron prestado directamente a los mercados de capital extranjero, acumulando \$39.7 billones de deuda a corto plazo para mediados de 1997, 87% de lo cual era a corto plazo.²³ En la víspera de la crisis, los cinco países tenían una deuda combinada con los bancos extranjeros de \$274 billones con casi 64% en obligaciones a corto plazo.

En resumen es claro que la liberalización financiera internacional jugó un papel significativo en el estallido de la crisis financiera asiática, de la cual la región tiene aún que recuperarse. Ahora seguiremos con la crisis del peso

mexicano y la reciente experiencia con los flujos de capital internacional en las Américas.

B. La crisis del peso mexicano y la experiencia de América Latina con la liberalización de los flujos de capital

Los países latinoamericanos se han acostumbrado - para bien o para mal- al lanzamiento y a los ciclos de auge y deterioro que han llegado a existir en un mundo de crecientes flujos de capital transnacional. En la década de los setentas y a principios de los ochentas muchos países en la región recibieron grandes entradas de capital internacional. Al mismo tiempo, los países de la región emprendieron la liberalización de sus sectores financieros y relajaron o eliminaron las regulaciones del intercambio extranjero. Las entradas de capital se agotaron en los ochentas, cuando las crisis de endeudamiento desanimaron los préstamos a la región. Sin embargo, al inicio de 1991, después de que la crisis de endeudamiento disminuyó, América Latina recibió nuevamente gran ingreso de capital. En la década de los noventas, el ingreso de capital extranjero ha alcanzado entre el 5 y el 10% del PIB en Argentina, Brasil, Chile y México.

Durante los períodos en los que los flujos de capital al interior eran abundantes (de 1976-1981 y 1991-1994), los desequilibrios macroeconómicos emergieron hacia el final de los ciclos. A lo largo de ambos períodos, las diferentes monedas se revalorizaron y los déficits de cuenta corriente aumentaron en muchos países. En consecuencia, algunos de estos países se tornaron muy vulnerables a las acciones de los acreedores externos. Los acreedores por su parte, se volvieron

²¹ Radelet and Sachs, 1998 op cit

²² Chang, Park, Gyue 1998, op cit

²³ Banco para los datos de los Asentamientos Internacionales, citado en Radelet y Sachs 1998, op. cit

sensibles incluso al más ligero fragmento de “malas noticias”.²⁴

Este fue el caso en el despegue de la crisis financiera de México en 1994. El acceso al capital externo aumentó muy rápidamente a principios de los noventa -en 1991, 1992 y 1993 los flujos de capital al interior netos, representaban más del 8% del PIB Mexicano.²⁵ Estos grandes flujos de capital al interior, sustentaron a un peso sobre valorizado así como a los déficits crónicos de cuenta corriente. Estos factores se combinaron para hacer a la economía muy vulnerable a los impactos externos.

La mayoría de las entradas de flujos de capital hacia México durante los cuatro años de despegue de la crisis, estaban constituidas por el famoso “dinero caliente” - principalmente los préstamos bancarios a corto plazo y las inversiones de portafolio. En 1993, sólo los flujos internos de portafolio en sí ascendían al 7.7% del PIB, con los flujos al interior de la IED ascendiendo sólo al 1.4% del PIB (Ver Tabla 1). En los cuatro años del período de alza de la crisis, la deuda externa neta de México llegó hasta los \$92 billones de dólares, de los cuales sólo \$24 billones eran Inversión Extranjera Directa (IED).²⁶

México fue golpeado especialmente fuerte, por el ingreso flujo de capital a corto plazo, a causa de su enfoque liberal hacia este tipo de flujos de capital. A mediados de la década de los ochentas, la cuenta de capital de México fue dramáticamente liberalizada. Antes de 1988, las inversiones de portafolio extranjeras habían sido reguladas

estrictamente.²⁷ Después de 1988, debido a la revocación de las restricciones a las cuentas de capital, se dio un fuerte arranque en las inversiones de portafolio extranjeras. La liberalización fue parte de un esfuerzo mayor por liberar la economía (incluyendo la liberalización en el comercio, la privatización de las empresas estatales y la abolición de las restricciones sobre propiedad extranjera). Muchos de estos cambios en las políticas se requerían para que México accediera al GATT, se convirtiera en miembro de la OCDE y se uniera al TLCAN, todo lo cual llevó a cabo México a principios de los noventa.²⁸

Esta crisis se aceleró enormemente en 1994, respondiendo a la duplicación de la Reserva Federal de las tasas de interés a corto plazo en los Estados Unidos, de febrero de 1994 a febrero de 1995, lo que causó que el mercado de bonos de México se volviera relativamente menos atractivo a los inversionistas. Los inversionistas se tornaron aún más cautelosos cuando el levantamiento Zapatista en Chiapas y al asesinato del candidato presidencial del partido en el poder, Luis Donaldo Colosio, sugirieron inestabilidad política. El resultado: el sentimiento de mercado cambió y tanto los capitales extranjeros como los nacionales se abalanzaron en una estampida hacia las salidas.

La reversión de los flujos de capital fue drástica. En 1995, México experimentó salidas netas de capital de US\$15 billones de dólares, en

²⁴ Ver Racarod Ffrench-Davis 1998, p.17-18.

²⁵ Agosin y Ffrench-Davis 1996, op cit, p.5.

²⁶ Ffrench-Davis 1998, op cit, p.24.

²⁷ Agosin y Ffrench-Davis 1996, p.23.

²⁸ Ver Nora Lustig 1998, para una discusión de la liberalización del comercio e inversión, emprendida por México en los ochenta y noventa.

comparación con ingresos netos de US\$31 billones en 1993. Apenas en el último trimestre de 1994, hubo una salida neta de capital de US\$5.5 billones en inversiones de portafolio y México enfrentaba un déficit en el balance de pagos de US\$17.7 billones (4.2% del PIB) para finales de año. Las reservas en divisas extranjeras, cayeron de US\$24.9 a \$6.1 billones, y el peso mexicano se desplomó, perdiendo un tercio de su valor en los últimos diez días de 1994 y la mitad de su valor para finales de 1995.²⁹

Los impactos en la economía mexicana fueron drásticos aunque ciertamente fueron exacerbados por las políticas de austeridad del FMI - incluyendo los enormes aumentos en las tasas de interés y los recortes presupuestales - que siguieron. La economía se contrajo en un 6.6% en 1995 y las inversiones bajaron un 30%. Cuando las tasas de interés se dispararon, las compañías, (especialmente los pequeños negocios) quebraron, las cargas de deuda se hicieron impagables y los despidos sobrevinieron.

Para mediados de 1995, el desempleo oficial se había duplicado en comparación al de los dos años anteriores. De 1994 a 1995, se incrementó en un 20 % la proporción de gente viviendo en extrema pobreza.³⁰

El crecimiento económico se reanudó en 1996, pero mucho del declive en los niveles de vida producido por la crisis, persistió o empeoró para el grueso de la población. Para 1997 los

niveles de pobreza apenas si habían bajado. Los salarios reales para los trabajadores de la manufactura se desplomaron en un 39% de 1994 a 1997,³¹ aún cuando el empleo de la manufactura creció.

Al igual que en la crisis económica asiática, es difícil distinguir los efectos de la liberalización financiera, de la crisis resultante y del colapso de la moneda, y de las políticas de austeridad del FMI.³² Algunos observadores han culpado a los más errores en las políticas económicas implementadas, en particular, al sostenimiento de una moneda sobre valorizada durante los años previos a la crisis.³³ Otros, como Robert Blecker han tomado una fuerte postura de que existen contradicciones fundamentales en todo el modelo de crecimiento y desarrollo global perseguido por los gobiernos mexicanos desde principios de los ochenta, no sólo en sus políticas de tasas de intercambio sino en sus políticas macroeconómicas y en otras que frustraron sus intentos de utilizar al comercio y la inversión extranjera como el motor del crecimiento económico. (Blecker 1996)

Finalmente, por todo lo anterior, queda claro que la liberalización financiera de México jugó un papel clave en la precipitación de la crisis, al posibilitar no sólo la reversión de flujos de capital, sino también los desequilibrios que esto generó (por ejemplo, la moneda sobre valorizada y el

³¹ Ibid.

³² Irónicamente, las políticas del FMI en Asia fueron mucho más destructivas (Por ejemplo, un 15.5% anual de declive en el PIB en Indonesia), tanto como, claramente, más innecesarias (y por lo mismo, ampliamente criticadas por economistas prominentes), de modo que el manejo del Fondo para la crisis del Peso Mexicano, subsecuentemente se llegó a considerar un éxito.

³³ Ver Blecker, 1996 para una revisión de las explicaciones a la crisis de los principales economistas.

²⁹ Blecker (1996); FMI estadísticas de las Finanzas Internacionales.

³⁰ Lustig y Szekely, 1999.

inflado déficit comercial- US\$28.8 billones en 1994 de un US\$4.2 billones de excedente en 1987).

La crisis mexicana también tuvo un impacto en el resto de la región. El crecimiento anual del PIB estaba en cero para Latinoamérica en 1995 y los niveles de desempleo se elevaron ese año en Argentina, Costa Rica, Paraguay, Uruguay y Venezuela. La crisis tuvo un impacto particularmente grande en Argentina y Uruguay, donde el PIB cayó un 5.0% y 2.3% respectivamente en 1995. Argentina también abrió su cuenta de capital a principios de los noventas y persiguió un enfoque liberal (*laissez-faire*) como México, lo cual al menos parcialmente explica la acrecentada sensibilidad nacional hacia la crisis mexicana, en comparación con otras economías de la región.³⁴

No todas las economías latinoamericanas se vieron tan severamente afectadas por la crisis mexicana como Argentina. Chile y Colombia, por ejemplo, tenían diferentes políticas con respecto a los grandes ingresos de capital extranjero. En vez de adoptar la completa liberalización financiera y de cuentas de capital, estos países mantuvieron diferentes tipos de control y restricciones sobre los ingresos a corto plazo. En 1995, por ejemplo, la economía chilena creció en un 10.6% y la colombiana en un 5.8%; es posible que sus controles de capital hayan ayudado a aislarlos de la caída y la crisis del peso mexicano.

III. La necesidad de establecer controles de capital y de “topes contra velocidad”

A la luz de la experiencia en las recientes crisis financieras, que sobrevinieron a causa de las repentinas reversiones de flujos de capital internacional, un creciente número de economistas ha comenzado a considerar la necesidad de establecer controles de capital. De hecho, algunos países en Latinoamérica y Asia tienen ya dichos controles en acción, a pesar de la oposición general a tales medidas por parte de los Estados Unidos, el FMI, y otras instituciones financieras de carácter privado. Tal como las experiencias recientes de los países con controles de capital lo demuestran, estas medidas no son inconsistentes con un desarrollo y crecimiento económico ordenado y robusto. Por el contrario, los controles de capital pueden ser una herramienta altamente efectiva en los esfuerzos de un país por regresar al crecimiento económico después de una crisis financiera, o para prevenir que las excesivas entradas de entradas de flujos de capital volátil se acumulen en primer plano. Si el modelo desregulatorio (basado en el TLCAN y el AMI) para la inversión internacional se sigue, de cualquier manera, estos controles estarían prohibidos por las disposiciones sobre inversión del ALCA.

A. Algunas experiencias de países con controles de capital

1. Chile

En América Latina, Chile es el ejemplo mayormente citado como país donde la aplicación de controles de capital ha protegido a su economía de los ingresos de capitales especulativos. A principios de los noventas, al entrar al país grandes cantidades de capital, las autoridades adoptaron una serie de

³⁴ Ffrench-Davis 1998, op cit p. 30.

políticas para regular estos flujos de capital. En junio de 1991 un requerimiento del 20% de la reserva exenta de intereses se estableció sobre los créditos externos. Esto significó que los inversionistas extranjeros, tenían que depositar sumas iguales al 20% de su inversión en una cuenta con tasa cero de interés en el Banco Central, con el requisito de que estas reservas se mantuvieran en el Banco por un mínimo de noventa días. Un impuesto de timbre (a una tasa anual de 1.2% sobre operaciones de hasta un año) que hasta entonces se había aplicado únicamente a los préstamos internos, se comenzó también a aplicar a los créditos externos. Como las presiones ascendentes sobre el circulante crecieron en mayo de 1992 (principalmente debido al crecimiento del ingreso de los flujos de capital), las autoridades elevaron el requerimiento de la reserva al 30%. En octubre, el Banco Central aumentó la longitud de la reserva.³⁵

Con estas medidas Chile buscó protegerse de los efectos desestabilizadores (p.e. la excesiva valoración de la moneda) de la entrada de flujos de capital, discriminando a los menos deseables y volátiles. La discriminación contra los flujos a corto plazo es inherente al requerimiento de la reserva. Ya que el requerimiento se fija sin considerar el plazo del crédito, su costo disminuye con la duración de la inversión. Por ejemplo, con el requerimiento de reserva al 30% y una tasa de interés internacional (LIBOR) al 5%, el costo del requerimiento de reserva para un inversionista que solicita un préstamo al extranjero a fin de invertir en Chile por un período de un mes, es del 29%; por un período de dos

meses, el costo baja al 13.5%. A la misma tasa, el costo de los préstamos baja al 2.1% para un plazo de inversión de un año, y al .2% para un plazo de diez años.³⁶

Otro rasgo importante de la política Chilena ha sido su flexibilidad. Como se vio, los requerimientos fueron escalonados - pero también fueron diseñados para moverse, hacia arriba o hacia abajo, dependiendo de la cantidad de fondos que ingresaran en un tiempo determinado. Un ejemplo de esta flexibilidad se dio cuando el déficit en la cuenta corriente aumentó en 1998 y los inversionistas se interesaron menos en Chile (debido a una aguda caída en el precio del cobre, su principal exportación, y los efectos de la decreciente demanda en Asia). Como resultado, las autoridades chilenas redujeron el requerimiento de reserva de un 30 a un 10%. Aún con el declive en el requerimiento de reserva, la política todavía era una barrera para los ingresos de capital extranjero más especulativos y volátiles.³⁷ Desde septiembre de 1998, Chile ha disminuido temporalmente el requerimiento de reserva a 0% - basado en el hecho de que al presente no se encuentran ingresos cortos especulativos. Pero las autoridades se han reservado el derecho de re-establecer el requerimiento de reserva cuando sea necesario.

³⁵ Agosin and Ffrench-Davis 1996, op cit, p. 14-16.

³⁶ Cowan y De Gregorio 1998, p. 467-68.

³⁷ Andrea Mandel-Campbell, octubre 2, 1998, p.30.

	Chile				Colombia				México			
	1991	1992	1993	1994	1991	1992	1993	1994	1991	1992	1993	1994
Inversión Extranjera Directa	3.1	1.8	3.2	4.2	1.0	1.7	1.6	2.6	1.7	1.6	1.4	NA
Créditos de Plazo Medio/Largo	0.7	1.2	1.4	2.3	NA	-0.1	1.2	3.7	2.7	1.9	NA	NA
Flujo de Portafolio	0.8	1.1	2.3	2.0	NA	0.1	0.4	0.7	3.2	4.3	7.7	NA
Créditos de Corto Plazo	1.9	2.4	1.7	1.0	-1.3	1.4	2.9	0.6	1.2	1.8	0.2	NA
Otros	-3.4	-1.0	-3.0	-1.9	0.7	2.3	1.5	2.5	-0.3	-1.5	-0.3	NA
Total	3.0	5.4	5.6	7.6	-1.0	0.8	4.6	5.1	8.5	8.0	8.9	5.1

Fuente: Agosin y Ffrench-Davis, 1996. Datos obtenidos del Banco Central de Chile, Banco de la República (Colombia) y CEPAL.

Tabla 1. Flujos Netos de Capital Extranjero a Chile, Colombia y México, 1991-1994, como porcentaje del PIB

Mientras México experimentaba tremendos aumentos en ingresos de portafolio en el comienzo de la crisis del peso como porcentaje del PIB, Chile pudo mantener los flujos de portafolio bajo un control relativo y evitó la crisis de balanza de pagos que ocurrió en México. Hay que recordar que en México, durante 1993, los flujos de portafolio fueron del 7.7% del PIB y los ingresos de la IED ascendieron al 1.4% del PIB. En Chile, durante ese mismo año, la Inversión Extranjera Directa en Chile y los créditos a largo plazo representaron el 4.6% del PIB, mientras que el flujo de portafolio y los créditos a corto plazo representaron el 4% del PIB. En 1994 la IED y los créditos a largo y mediano plazo representaron el 6.5% del PIB y los flujos de portafolio y los créditos a corto plazo, el 3%.³⁸

³⁸ Agosin and Ffrench-Davis 1996, p.9 (datos del Banco Central de Chile)

Cowan y De Gregorio concluyen que: “El requerimiento de reserva ha impuesto un mayor costo sobre la entrada de flujos de capital a corto plazo. Como la evidencia muestra parcialmente esto ha inclinado la composición de flujos de capital hacia plazos de vencimiento más largos”. Los autores también señalan que los requerimientos de reserva han permitido al gobierno chileno, mantener un grado de control sobre la política monetaria que no sería posible sin ellos.³⁹

La mezcla de las formas de controles de capital en Chile violaría el trato nacional y los requerimientos de transferencias financieras del TLCAN y del AMI. Debido a que el requerimiento de reserva de Chile está dirigido específicamente a inversionistas extranjeros, pero no es requerido a los inversionistas nacionales, la política aunque efectiva es “discriminatoria” en concordancia con la definición del término en el TLCAN. De forma similar, las secciones de transferencias regulan el libre flujo de capital relativo a las inversiones - y los requerimientos de

³⁹ Cowan y De Gregorio 1998, op cit p. 486.

reserva impiden tales flujos de capital. Los controles de Chile, tendrían que ser abolidos si se aplicara el modelo del TLCAN. De hecho, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, por medio de un reporte, requirió que, para que Chile forme parte de un acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos, sus controles de capital deberían de “desaparecer”.

2. Colombia

Los requerimientos de reserva y los impuestos sobre la entrada de flujos de capital a corto plazo, también se usaron en Colombia. En abril de 1991, las autoridades colombianas comenzaron a cargar una comisión del 5% sobre moneda extranjera vendida al Banco Central - junto con una tarifa de retención del 3% (después elevada al 10%) sobre los recibos en moneda extranjera no destinada a exportación. En septiembre de 1993, este sistema se reemplazó por un requerimiento de reserva del 47% sobre todos los créditos a menos de 18 meses. En agosto de 1994, este requerimiento se había extendido a todos los préstamos de hasta sesenta meses de duración.⁴⁰

No se han realizado muchos análisis sobre el impacto de las medidas colombianas como en el caso chileno. Sin embargo, en la Tabla 1, los datos de la composición de los flujos al interior en Colombia, muestran que, entre 1993 y 1994, estos flujos pasaron de ser créditos a corto plazo (2.9% del PIB en 1993; .6% del PIB en 1994) a Inversión Extranjera Directa y a créditos bancarios de mediano y largo plazo (2.8% en 1993

y 6.3% en 1994).⁴¹ Agosin y Ffrench-Davis ofrecen una conclusión preliminar: “Aunque no existe una fuerte evidencia sobre los efectos del mecanismo de requerimiento de reserva usado en Colombia, tal vez uno de sus resultados ha sido la extensión de los plazos de vencimiento de los préstamos extranjeros y la casi desaparición, desde finales de 1993, de los préstamos a corto plazo.”⁴² Como en el caso de Chile, los controles de capital de Colombia serían considerados ilegales con respecto al trato nacional y a las secciones de transferencias financieras del TLCAN y del AMI.

3. El uso de los controles de capital como respuesta a la crisis asiática

Consientes del papel que jugó la liberalización financiera y el flujo de capital volátil en la crisis asiática, algunos países asiáticos han tomado medidas para buscar maneras de aislarse de un daño mayor y protegerse en el futuro. Como explica Robert Wade, “La crisis le ha enseñado a los gobiernos asiáticos qué tan arriesgado puede ser abrir sus economías a la entrada y salida de los flujos de capital en las finanzas a corto plazo”.⁴³

(a) Malasia

A este respecto, Malasia sorprendió al mundo el primero de septiembre de 1998, al establecer fuertes controles para proteger su economía de los especuladores de la moneda y para recuperar el control de su política monetaria y fiscal. Las medidas incluyeron fijar el valor del ringgit, la

⁴⁰ Agosin y Ffrench-Davis 1996, op cit p.20.

⁴¹ Ibid p.9 Citando datos del Banco de la República de Colombia.

⁴² Ibid, p.21.

⁴³ Wade 1998-99 p.48.

moneda de Malasia, a 3.8 por dólar; el cierre de mercados secundarios de circulante, de manera que las transacciones sólo pudiesen hacerse en el centro de cambio de Kuala Lumpur; establecer, como fecha límite, el 30 de septiembre de 1998 para regresar a Malasia el ringgit mantenido en el extranjero (después de esa fecha el ringgit no tendría ningún valor); asegurar las inversiones de portafolio por un año antes de permitir su salida del país; y otras medidas que imponían condiciones en las operaciones y en las transferencias de fondos de las cuentas externas.⁴⁴ El objetivo específico de la política de Malasia fue contener al capital especulativo y a las acciones de los especuladores que apostaron al valor del ringgit. Otro objetivo importante fue el de “recuperar la independencia monetaria y aislar a la economía de Malasia de un mayor deterioro en el panorama de la economía mundial y en el entorno financiero”.⁴⁵

Los controles han detenido en gran parte la especulación extranjera del ringgit, la cual había sido previamente llevada a cabo sobre todo por fondos especulativos con base en Singapur.⁴⁶ Los controles permitieron también al gobierno de Malasia tomar medidas para estimular la economía - incluyendo el déficit gastado en proyectos de infraestructura y los recortes tributarios, sin encarar la fuga de capital y el desplome de la moneda que tales políticas podrían, de otro modo, enfrentar. Se permitió bajar las tasas de interés: por enero de 1999 la tasa real de interés a corto plazo estaba apenas abajo

del 1%.⁴⁷ En comparación al 4,2% en agosto de 1998, antes de la implementación de los controles de la moneda. El gobierno también ha impulsado a los bancos a incrementar sus préstamos internos. El gobierno proyecta el 1% en el crecimiento del PIB para 1999; analistas privados han pronosticado el crecimiento de 2 al 3%.⁴⁸

(b) Hong Kong, Taiwan, China e India

Malasia no fue el único país asiático que respondió a la crisis incrementando su intervención en los mercados de capital. Hong Kong también tomó medidas para protegerse de los fondos altamente especulativos, cuando su moneda y su mercado de valores se vieron afectados en el verano de 1998. La Autoridad Monetaria de Hong Kong (AMHK) descubrió que los especuladores, incluyendo los fondos especulativos internacionales estaban haciendo un deliberado esfuerzo para hacer tambalear el mercado de valores a fin de derribar el dólar de Hong Kong. En el sistema cuasi-monetario de Hong Kong, el dólar de Hong Kong se encuentra adherido al dólar americano, los especuladores estaban felices de beneficiarse apostando contra el dólar de Hong Kong y rompiendo la su adherencia al dólar americano. En agosto y Septiembre de 1998, el gobierno de Hong Kong introdujo restricciones a ciertos tipos de comercio especulativo contra el dólar de Hong Kong y en su mercado de valores. La AMHK también compró el 6 % del mercado de valores para mantener alto el

⁴⁴ Keenan, 10 de septiembre de 1998 pag. 12.

⁴⁵ Declaración del Banco Negara Malasia, 1 de septiembre, 1998.

⁴⁶ Landler, Febrero 14 de 1999, p.10.

⁴⁷ Estadísticas oficiales citadas en la Revista Económica del Lejano Oriente, Indicadores Económicos, 21 enero, 1999.

⁴⁸ FT Asia Wire, “...Malasia se encuentra en las vías hacia la recuperación”, 24 Ene.1999

precio de las acciones, “para mostrarles (a los especuladores y a los fondos especulativos) que vender las acciones en corto no era una apuesta sin salida”.⁴⁹ La AMHK intervino sobre todo para borrar las posiciones “corto plazistas” de aquellos especuladores que tomaran derechos sobre los activos. Su esfuerzo fue un éxito: los fondos especulativos sufrieron pérdidas y los especuladores detuvieron su ataque.⁵⁰

Casi al mismo tiempo, el gobierno de Taiwan, controló temporalmente la entrada y salida de los flujos de capital del país a fin de restringir la excesiva especulación. Al Banco Central se le dio la autoridad para regular el ingreso de fondos al mercado de valores. El Banco Central de Taiwan también decidió esencialmente aislar el nuevo dólar taiwanés del declive de la moneda de la región, al cerrar virtualmente las transacciones en futuros instrumentos y al cerrar el mercado con otros países al nuevo dólar taiwanés.⁵¹ El Banco Central también expidió un aviso público de que los especuladores con moneda extranjera no tendrían “espacio” para operar en el mercado de la moneda nacional.⁵² China e India han mantenido las restricciones en el flujo de capital durante toda la crisis. La moneda de China, el renmimbi, no se puede cambiar libremente y por lo mismo no puede ser objeto de transacciones especulativas. El hecho de que la economía china continuó creciendo (a una tasa anual de 7.8% en 1998), mientras que el resto de Asia oriental ha sufrido recesión o depresión, ha provocado una reconsideración de los controles monetarios.

Las políticas adoptadas por China, India, Malasia, Hong Kong y Taiwan, para protegerse de los disturbios en los mercados de capital internacional, no se permitirían bajo las disposiciones de trato nacional y transferencias financieras que aparecen en el Capítulo 11 del TLCAN y del AMI. En tiempos en los que la inestabilidad financiera es un importante factor de preocupación, -deberían tales disposiciones incluirse en los nuevos acuerdos internacionales? Economistas, de todas las tendencias, han comenzado a hacerse esta misma pregunta en los últimos meses.

B. El Debate económico cambiante: Tomarán en cuenta las advertencias los nuevos acuerdos comerciales?

Las crisis asiática y mexicana, no son, por ningún motivo anómalas en la historia de las finanzas internacionales. Como hace notar el economista de Harvard Dani Rodrik, citando a la crisis mexicana de 1994-95, y a la crisis de deuda de Latinoamérica de 1982, “Los ciclos de auge y de depresión son difícilmente una consecuencia secundaria o falta menor de los flujos de capital internacional; son su aspecto principal”.⁵³

Rodrik no está solo entre los economistas prominentes que han entrado al debate acerca de los flujos de capital global y de la necesidad de control nacional. Junto con Jagdish Bhagwati, de la Universidad de Columbia y Jeffrey Sachs de Harvard, el economista en jefe del banco mundial, Joseph Stiglitz, se ha pronunciado, en repetidas ocasiones, en contra de la una

⁴⁹ Ver Wade y Veneroso 1998, pag.23-25.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid p.25.

⁵² Ibid. Citando a Kynge y Lewis, 1o. septiembre de 1998.

⁵³ Rodrik 1998, p.56.

liberalización más profunda de las cuentas de capital. En un discurso pronunciado en octubre de 1998, Stiglitz concluyó: “La liberalización de las cuentas de capital tiene el potencial de imponer un mayor riesgo y una mayor desigualdad. Al mismo tiempo...los estudios demuestran que no hay una relación sistemática entre la liberalización de las cuentas de capital y el crecimiento económico y la inversión”.⁵⁴

Rodrik recientemente condujo un estudio al respecto - para investigar si los países sin restricciones en las transacciones de cuentas de capital, se comportaban mejor que aquéllos con restricciones. La muestra cubrió cerca de cien países y vio la correlación entre el crecimiento económico, la inversión como participación del PIB, y la inflación y liberalización de las cuentas de capital de 1975 a 1989. Rodrik no encontró evidencia de que los países sin controles de capital hayan crecido más rápido, invertido más, o experimentado una más baja inflación.⁵⁵ El estudio también probó la hipótesis, a menudo citada por los que proponen una mayor liberalización de cuentas de capital que resulta mejor en países con “sistemas financieros fuertes”. Dadas las evidencias, este argumento fue tampoco obtuvo respaldo.

Paul Krugman, del MIT, también ha señalado el papel de los flujos de capital no-regulados en el surgimiento de la

crisis asiática. El ha recomendado el uso de controles de capital, incluyendo las restricciones en la convertibilidad de la moneda en Malasia, ha abogado recientemente por lo mismo para Brasil.⁵⁶ “Mientras el capital fluya libremente,” escribe Krugman, “las naciones serán vulnerables a los ataques autodirigidos, y los que elaboran las políticas serán forzados a jugar el juego de la confianza. Y así llegamos a la pregunta de si se debe realmente permitir al capital fluir tan libremente”.⁵⁷

A pesar de las poderosas críticas que surgieron de los economistas más prominentes del mundo, así como de la creciente voluntad de algunos gobiernos de países en desarrollo, de retar al “Consenso de Washington”, el gobierno de los Estados Unidos y el FMI, han continuado la promoción de la liberalización de flujos de capital. Esto es sin duda conducido, al menos parcialmente, por los intereses políticos internos: La Banca, políticamente poderosa y los intereses financieros de los EE.UU. se interesan en mantener y extender el libre movimiento de capital en todo el mundo. Sin embargo, estas políticas, como hemos visto, pueden tener un impacto significativo en las economías de los países de América Latina. Las negociaciones de inversión del ALCA jugarán un papel importante en la determinación de cuál será ese impacto.

RECOMENDACIONES PARA LOS NEGOCIADORES SOBRE INVERSION DEL ALCA

⁵⁴ Rebello, 5 octubre 1998.

⁵⁵ Rodrik 1998, op cit p.60-64. Rodrik señala en su estudio que los países tienen mayor probabilidad de quitar sus controles decapita cuando sus economías van bien. A causa de este prejuicio, este estudio probablemente inclina el caso a favor de la liberalización de cuentas de capital. Si hubiera manera de quitar este prejuicio, Rodrik postula, “Podríamos incluso encontrar una relación negativa entre las cuentas de capital abierto y el desempeño.

⁵⁶ Ver: Krugman 7 de septiembre de 1998. Para Brasil: “Ver Alas Brasil”.

⁵⁷ Krugman 5 octubre 1998.

1. No se debe adoptar ninguna disposición que restrinja la habilidad de los gobiernos signatarios para fijar límites a la convertibilidad de la moneda, durante los momentos de crisis financiera, o bajo otras circunstancias en las cuales el gobierno determine que tal acción es de interés nacional.
2. No se debe adoptar ninguna disposición que restrinja la habilidad de un país signatario para establecer los así llamados “Topes” a fin de promover las inversiones a largo plazo sobre los ingresos a corto plazo. No se debe adoptar ninguna disposición que restrinja la habilidad de un gobierno signatario para imponer requerimientos de reserva en inversiones de portafolio.
3. No se debe adoptar ninguna provisión que restrinja la habilidad de un país signatario para imponer un techo u otras restricciones, a los préstamos extranjeros que realicen los bancos nacionales. Tales medidas pueden violar las provisiones del trato nacional en el TLCAN o el proyecto del AMI.
4. No se debe adoptar ninguna disposición que restrinja la habilidad de un país signatario para detentar un seguro subsidiado por el gobierno, que cubra los depósitos bancarios de los inversionistas extranjeros.
5. No se debe adoptar ninguna provisión que restrinja la habilidad de un país signatario para requerir permisos administrativos para la emisión de bonos extranjeros y/o para imponer períodos mínimos de permanencia para la emisión de bonos extranjeros.
6. El poder de un gobierno signatario para controlar las entradas y

salidas de capital de sus fronteras, aún si tales controles tienen el efecto de “discriminar” a los inversionistas extranjeros, debe ser afirmado y fortalecido por cualquier acuerdo comercial panhemisférico.

APENDICE

Fuente: Fondo Monetario Internacional, *Mirada Económica Mundial*, octubre 1997, octubre 1998. Los datos para 1998 y 1999 son proyecciones del FMI, (Nota: las proyecciones privadas y reportajes periodísticos recientes sugieren que los flujos netos de capital privado para 1998 y 1999 serán marcadamente más bajos que las proyecciones indicadas arriba).

REFERENCIAS

Agosin, Manuel. “Liberalize, but discourage short-term flows,” in *Perspectives on International Financial Liberalization*, Discussion Paper 15, Office of Development Studies, United Nations Development Program, 1998.

Agosin, Manuel R., and Ricardo Ffrench-Davis, “Managing Capital Inflows in Latin America,” Discussion Paper Series #8, Office of Development Studies, United Nations Development Program, 1996.

“Annex to the Joint Declaration of the Fourth Trade Ministerial,” Summit of the Americas, San José, Costa Rica, Marzo 19, 1998.

Bank Negara Malaysia (statement),
September 1, 1998.

Bhagwati, Jagdish. "The Capital Myth: The Difference Between Trade in Widgets and Dollars," *Foreign Affairs*, May/June 1998.

Blecker, Robert A. "NAFTA, the Peso Crisis, and the Contradictions of the Mexican Economic Growth Strategy," Working Paper Series I, Working Paper No. 3, Center for Economic Policy Analysis, New School for Social Research, July 1996.

Calvo, Guillermo and Enrique Mendoza, "Reflections on Mexico's Balance of Payments Crisis: A Chronicle of a Death Foretold," *Journal of International Economics* 41 no. 3/4, November 1995.

Chang, Ha-Joon. "Korea: The Misunderstood Crisis," *World Development*, vol. 26, no. 8, 1998.

Chang, Ha-Joon, Hong-Jae Park, Chul Gyue Yoo, "Interpreting the Korean Crisis - Financial Liberalisation, Industrial Policy, and Corporate Governance," *Cambridge Journal of Economics* vol. 22, no.6, 1998.

Cowan, Kevin and Jose de Gregorio, "Exchange rate policies and capital account management: Chile in the 1990s," in Reuven Glock, *Managing Capital Flows and Exchange Rates*, Cambridge University Press, 1998.

Davis, Bob and David Wessel, "Currency Controls Gain a Hearing as Crisis in Asia Takes its Toll," *The Wall Street Journal*, September 4, 1998, p. A1.

Estadísticas Laborales, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México (unemployment data).

Far Eastern Economic Review,
Economic Indicators, January 21, 1999.

FT Asia Wire, "...Malaysia is on Track Towards Recovery," January 24, 1999.

"Final Recommendations by Workshops of Fourth Business Forum of the Americas," San Jose, Costa Rica, 1998.

Ffrench-Davis, Ricardo. "Policy Implications of the Tequila Effect," *Challenge*, vol. 41, no. 2, March-April 1998.

Imaz, Jose Maria, "NAFTA Damages Small Businesses," Mexico City: El Barzon (in Spanish), January 1997.

Keenan, Faith, "Desperate Measures," *Far Eastern Economic Review*, September 10, 1998, p. 12.

Kynge, James and William Lewis, "Stay Away, Taiwan Warns Currency Speculators," *The Financial Times*, September 1, 1998, as cited in Robert Wade and Frank Veneroso, "The Gathering World Slump and the Battle Over Capital Controls," *New Left Review* 231, September-October 1998.

Kristof, Nicholas and David Sanger, "How the U.S. Wooed Asia to let Cash Flow In," *The New York Times*, February 16, 1999, p. A10.

Krugman, Paul, "Saving Asia: It's Time to Get Radical," *Fortune*, September 7, 1998.

Krugman, Paul, "The Confidence Game," *The New Republic*, October 5, 1998.

Landler, Mark, "Malaysia Says Its Much-Criticized Financial Strategy Has Worked," *The New York Times*, February 14, 1999, p. 10.

Larudee, Mehrene. "Integration and income distribution under the North American Free Trade Agreement: The experience of Mexico," in Dean Baker, Gerald Epstein, and Robert Pollin, *Globalization and Progressive Economic Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

Lustig, Nora. *Mexico: The Remaking of an Economy*, Washington: Brookings Institute, 1998.

Lustig, Nora and Miguel Szekely. "Mexico: Evolucion Economica, Pobreza y Desigualdad," United Nations Development Project, 1999 (in Spanish).

"The MAI Negotiating Text," Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, 24 April 1998 Draft.

Mandel-Campbell, Andrea. "Tiger of the South Takes a Tumble," *Financial Times*, October 2, 1998, p. 30.

North American Free Trade Agreement December 8, 1992, 32 I.L.M. 289.

Rebello, Joseph. "World Bank's Stiglitz: Capital Account Liberalization Poses Risks," *Dow Jones Newswires*, October 5, 1998.

Rodrik, Dani. "Who Needs Capital-Account Convertibility?" *Essays in International Finance* no. 207,

International Finance Section, Department of Economics, Princeton University, May 1998.

Steven Radelet and Jeffery Sachs, "The East Asian Financial Crisis: Diagnosis, Remedies, Prospects," Harvard Institute for International Development, April 20, 1998.

Sforza, Michelle. "MAI Provisions and Proposals: An Analysis of the April 1998 Text," Public Citizen's Global Trade Watch, July 1998.

UNAM (Mexico Autonomous National University), as cited in Molly Moore "3 Years After Mexico Embraced Free Trade, Rural Poor Still Flock to Capital," *The Washington Post*, December 31, 1996, p. A12

UNCTAD (United Nations Commission on Trade and Development), *World Investment Report 1998: Trends and Determinants*, 1998.

Wade, Robert. "The Coming Fight over Capital Flows," *Foreign Policy*, Winter 1998-99.

Wade, Robert and Frank Veneroso. "The Gathering World Slump and the Battle Over Capital Controls," *New Left Review* 231, September-October 1998.

Weisbrot, Mark. "Globalization for Whom?" *Cornell International Law Journal*, Symposium Issue, vol. 31, no. 3, 1999

El ALCA y las Inversiones: Asimetrías en Acuerdos Simétricos
Sobre Inversión Amenazan la Protección Ambiental, el
Desarrollo Social y la Soberanía

INSTITUTO DEL TERCER MUNDO
Roberto Bissio*

* Roberto Bissio es Director Ejecutivo del Instituto del Tercer Mundo en Montevideo, Uruguay.

Sumario Ejecutivo

Las inversiones productivas son necesarias (aunque no suficientes) para el crecimiento económico, el progreso social y la protección del ambiente en América Latina.

No obstante, las inversiones extranjeras, y en particular las especulativas y de corto plazo, también representan un peligro para la balanza de pagos y la viabilidad financiera a largo plazo de un modelo de desarrollo en el que sean preponderantes o no reguladas, como lo demostró la crisis iniciada en el sudeste asiático.

La percepción predominante en la sociedad civil latinoamericana es la de que las negociaciones sobre inversiones en el seno del ALCA se basan en principios similares ya incorporados en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y propuestos en el Acuerdo Multilateral de Inversiones en el ámbito de la OCDE.

Tales principios expanden los derechos de las empresas transnacionales sin crear ninguna obligación como contrapartida, limitan la capacidad de los gobiernos y de la ciudadanía de establecer políticas nacionales de desarrollo económico y social y de protección al ambiente.

Estas medidas han sido rechazadas por significativos sectores de la sociedad civil, incluyendo voceros calificados de las iglesias, legisladores, sindicatos, grupos de mujeres, organizaciones no gubernamentales de desarrollo y

organizaciones intergubernamentales latinoamericanas.

Las negociaciones no deben continuar a espaldas de la opinión pública y sin un mandato político expreso de los gobiernos, previamente consultado con la sociedad civil a través de mecanismos democráticos y que incluya amplia información pública sobre los contenidos de la negociación y estudios de impacto social y ambiental de la eventual aplicación de estas medidas.

Introducción

Si fuera persona, al ALCA podría diagnosticársele un grave síndrome de múltiple personalidad: Los pocos documentos ya aprobados, preámbulos y declaraciones de buenas intenciones, lo describen como un acuerdo hemisférico para el desarrollo sostenible, la democracia y la educación. Para la prensa especializada y los negociadores se trata de una negociación comercial en la que los gobiernos de América Latina y la Casa Blanca están aliados contra una extraña alianza proteccionista entre la derecha republicana aislacionista y los ambientalistas. Durante la Cumbre de Santiago, sin embargo, el gran tema subyacente fueron las inversiones. Lo que realmente está en juego es una pugna entre los derechos y ambiciones de las grandes empresas y la capacidad de los ciudadanos del hemisferio y los gobiernos que éstos eligieron o elegirán de decidir sobre sus destinos.

Las menciones al tema de las inversiones en los documentos oficiales del ALCA son escasas. Los jefes de Estado y de gobierno, reunidos en

Miami en 1994, concluyeron que “una clave para la prosperidad es el comercio sin barreras, sin subsidios, sin practicas desleales y con un creciente flujo de inversiones productivas”¹ (subrayado del autor). Al decidir embarcarse en el proceso hacia un ALCA, se propusieron “eliminar progresivamente las barreras al comercio y la inversión”, declarándose “conscientes de que la inversión constituye el principal motor del crecimiento en el Hemisferio”. Parece obvio que los presidentes se refieren a las inversiones directas productivas y su propósito explícito es que éstas aumenten.

La Segunda Cumbre, realizada en Santiago de Chile en abril de 1998 apenas si menciona la palabra “inversiones” una vez y lo que dice al respecto no es mucho: “Creemos que la integración económica, la inversión y el libre comercio son factores claves para elevar el nivel de vida, mejorar las condiciones laborales de los pueblos de las Américas y lograr una mejor protección del medio ambiente. Estos temas se tomarán en consideración a medida que avancemos en el proceso de integración económica en las Américas.”²

Esto puede deberse, por un lado, a la alarma causada por la crisis del sudeste asiático y el llamado de alerta que ésta significó sobre los riesgos implícitos en una rápida apertura de los mercados de capitales. Por otro, es obvio que la falta de acuerdos políticos sustanciales en Santiago se debió a que el presidente

Bill Clinton acudió a la Cumbre con las manos atadas, al no haber aprobado el Congreso de los Estados Unidos el dispositivo de “fast track” que lo autorizaría a negociar acuerdos comerciales con otros países sin tener que renegociar luego cada una de sus cláusulas con los legisladores de su país.

Respetando la letra, aunque no el espíritu, de esta disposición, los Estados Unidos propusieron en Santiago postergar los aspectos comerciales del ALCA y aprobar primero el capítulo de inversiones. Brasil encabezó el rechazo a esta sugerencia, logrando que se aprobara el principio de que “nada está acordado hasta que todo esté acordado”. En los pasillos algunos negociadores latinoamericanos expresaron su frustración: después de haber pagado altos costos sociales por la apertura de sus economías, sostuvieron, ya sería hora de que los “socios” desarrollados de la región abrieran las suyas al comercio latinoamericano y poder así cosechar algún beneficio. Lo único que han obtenido, en cambio, son vagas promesas de acceso al mercado del Norte en el año 2005 y más exigencias de apertura inmediata en el área de inversiones.

I. La inversión extranjera y el desarrollo

La crisis financiera que comenzó en el sudeste asiático a fines de 1997 ha alertado dramáticamente sobre los riesgos de las aperturas económicas incontroladas y, más concretamente, sobre algunos aspectos problemáticos de la inversión extranjera a los que poca atención se había prestado antes.

¹ Declaración de Principios, Pacto para el Desarrollo y la Prosperidad: Democracia, Libre Comercio y Desarrollo Sostenible en las Américas, Miami, Diciembre de 1994.

² Declaración de Santiago, Segunda Cumbre de las Américas, Santiago de Chile, Abril de 1998.

En un trabajo visionario sobre inversión extranjera, crecimiento económico y balanza de pagos³, el economista malasio Ghazali Atan había pronosticado en 1996 la crisis del sudeste asiático que tomó de sorpresa al FMI.

Basándose en el análisis de la literatura existente y en el estudio empírico del caso de Malasia, donde se desempeñó en el ministerio de planificación y ahora es asesor de inversiones en la bolsa de Kuala Lumpur, Ghazali concluyó que el crecimiento económico en los países en desarrollo se basa más en un aumento del ahorro interno y en la inversión productiva de este ahorro que en el capital externo, incluyendo la inversión extranjera directa (IED).

El capital externo, ya sea como ayuda, deuda o IED puede complementar el ahorro interno. En particular la IED puede aportar capital productivo, tecnología, mercados y empleo.

Sin embargo, la IED, como las otras entradas de capital, puede tener un efecto negativo sobre el ahorro interno y, más grave aún, afectar los flujos en las cuentas financieras y de comercio.

Desde el punto de vista de la balanza de pagos, la IED significa, en el momento de producirse, una entrada de capitales, pero luego conduce a salidas por la vía de la remesa de utilidades. Estas salidas aumentan a medida que

aumenta el stock de IED en el país, creando una tendencia a la descapitalización. Comparando la IED con la ayuda y la deuda, el estudio concluye que el “efecto descapitalización” de la IED es mayor, por el simple motivo de que la ayuda paga tasas de interés del 1.5% anual (préstamos “blandos”) y la deuda comercial de 10% (en países con buen crédito), mientras que las inversiones esperan, por lo menos, un retorno anual de 15% sobre el capital. Evitar la descapitalización a través de un ingreso creciente de capitales cada año conduciría a una pirámide financiera” que no es sostenible a largo plazo.

Por el lado comercial, la IED tiene un efecto positivo al aumentar los ingresos por exportación y reducir las importaciones (si al menos una parte de la inversión se destina a producir productos para el mercado local). Sin embargo también hay un aumento de las importaciones de bienes de capital y materias primas. Y en muchos casos comprobados empíricamente, la IED cambia los padrones locales de consumo estimulando también la importación de bienes de consumo y artículos de lujo.

Para que la IED tenga un efecto positivo sobre la balanza de pagos, el efecto comercial positivo debe ser lo suficientemente fuerte como para compensar el efecto de descapitalización.

Ghazali concluye que la IED puede tener un efecto positivo sobre el crecimiento económico y el desarrollo si cumple con las siguientes condiciones:

- la IED no es superior al ahorro interno,

³ Dr. Ghazali Atan, “The effects of DFI on trade, balance of payments and growth in developing countries, and appropriate policy approaches to FI”, Third World Network Seminar on the WTO and Developing Countries, Geneva, 1996.

- se estimulan las “joint ventures” de modo que al menos parte de las ganancias sean retenidas por la economía local,
- las firmas extranjeras cotizan en las bolsas locales,
- la IED se concentra en el sector exportador,
- el contenido local de la producción aumenta, de modo de mejorar el efecto comercial.

Ghazali advierte que “los países que estimulan la IED sin prestar atención a estas condiciones corren peligros”. La debacle económica del sudeste asiático al poco tiempo de apartarse de estos lineamientos y abrir irrestrictamente los mercados de capitales le dieron dramáticamente la razón.

A conclusiones similares llega Dani Rodrik⁴ tras un estudio comparativo del crecimiento de las economías entre 1960 y 1975 (bajo la estrategia de industrialización sustitutiva de importaciones) y 1975-89 (con predominio de políticas de apertura económica): “... la mayor diferencia entre América Latina y el Sudeste Asiático no es que la primera estuviera cerrada y aislada mientras la segunda se integraba con la economía mundial. La diferencia es que la primera no hizo un buen trabajo en lidiar con la turbulencia emanante de la economía mundial. No es la apertura *per se* lo que importa, es como se la maneja.”

En el mismo sentido, el Informe 1997 sobre las inversiones en el mundo⁵ de la

Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) señala que “los gobiernos de todos los países tropiezan a menudo (si no siempre) con el problema de escoger entre objetivos que compiten entre sí”. Los objetivos que se opondrían a una rápida apertura a las inversiones extranjeras “incluyen la salvaguardia de la seguridad nacional, la protección de los derechos laborales, la salvaguardia de la cultura, la protección de los consumidores y el fomento del desarrollo”.

Balancear estos factores en conflicto es, precisamente, la tarea de un gobierno democrático que, por definición, debe representar el bien común y conciliar intereses contradictorios. En el caso de los países en desarrollo, como señala Rubens Ricúpero, secretario general de UNCTAD en el informe citado, “el fomento del crecimiento económico ocupa, por supuesto, el primer lugar. Habida cuenta de las características especiales de estos países –bajo nivel de ingresos, una distribución desigual de la riqueza, una infraestructura insuficiente, bajos niveles de instrucción y asimetrías en la información- [...] cuando se producen tales conflictos su solución requiere la formulación de una combinación de políticas que limiten la exposición a la libre competencia durante cierto período y [...] medidas para apoyar y estimular el aumento de las capacidades internas, por otro. De hecho, la cuestión clave es ayudar a las empresas locales a desarrollar su potencial.”

Aún después de muchos años de apertura económica y esfuerzos por atraer inversiones extranjeras, Humberto

⁴ Rodrik, Dani, “Globalization, social conflict and Economic Growth”, 8th Raul Prebisch Lecture, delivered at the Palais des Nations, Geneva, on 24 October 1997.

⁵ UNCTAD, “World Investment Report 1997, Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy”, United Nations, New York and Geneva, 1997.

Campodónico⁶ registra restricciones a la entrada de IED en los medios de comunicación en Argentina, Bahamas, Brasil, Chile, Rep. Dominicana, Ecuador, Honduras, Panamá y Venezuela; en la seguridad nacional y defensa en Bahamas, Chile, Colombia, República Dominicana y Ecuador; en la producción y extracción de petróleo en Costa Rica, República Dominicana y Paraguay; en la energía atómica en Brasil y Trinidad y Tobago; en el transporte aéreo en Bahamas y Brasil; en actividades mineras en Costa Rica, República Dominicana y Guatemala; en actividades bancarias en Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Paraguay y República Dominicana. Además (y la lista no es exhaustiva) Honduras y Paraguay requieren participación local igualitaria en ciertas industrias y en el transporte aéreo y marítimo; Bahamas en la generación y distribución de gas y electricidad; Guatemala y Honduras en la exploración y explotación de petróleo, Costa Rica en la radio y televisión, Bahamas en los hoteles, Brasil, República Dominicana y Venezuela en la pesca; República Dominicana, Honduras y Venezuela en los seguros. La inversión extranjera en el sector petrolero está limitada en México y Venezuela. En Uruguay la refinación de petróleo, la generación de electricidad y los teléfonos continúan siendo monopolios estatales. La Argentina, con uno de los regímenes más liberales, restringe la propiedad de tierra por parte de extranjeros en zonas fronterizas, al igual que muchos otros países latinoamericanos. Los estudios realizados para los grupos de trabajo de ALCA⁷ abundan en ejemplos de este

tipo, si bien en un esfuerzo por aparecer atractivos a los inversores extranjeros se omiten o disimulan normativas existentes.

II. El reclamo de las transnacionales

A pesar de la falta de progresos en la negociación que se refleja en la declaración presidencial de Santiago, los mandatarios refrendaron en la capital chilena lo actuado por sus ministros de Comercio en San José de Costa Rica, cuando se decidió elevar de categoría a los “grupos de estudio” y transformarlos en “grupos de negociación”, entre ellos uno sobre inversiones.

El objetivo del grupo de estudios sobre inversión era de:

- Preparar una Guía sobre los regímenes de inversión del continente;
- Promover el acceso a las Convenciones Arbitrales existentes;
- Publicar el inventario de los acuerdos y tratados sobre inversión existentes en la región.⁸

En cambio el grupo de negociación tiene un objetivo mucho más ambicioso: “Establecer un marco jurídico justo y transparente que promueva la inversión a través de la creación de un ambiente estable y previsible que proteja al inversionista, su inversión y los flujos relacionados...”⁹

No hay nada en los documentos oficiales que indique por qué magia se

⁶ Campodónico, Humberto, “The MIA and Latin American countries”, Desco Perú, 1996.

⁷ Ver también: “Regímenes de Inversión Extranjera en las Américas, Estudio Comparativo” y “Acuerdos sobre

Inversión en el Hemisferio Occidental: Un compendio”, Organización de los Estados Americanos, Unidad de Comercio.

⁸ Declaración de Cartagena.

⁹ Declaración de San José.

pasó de una tarea de recopilar las normativas existentes, con miras a explorar sus coincidencias y particularidades, al establecimiento de “un nuevo marco jurídico”, o sea un tratado o acuerdo internacional, del que se adelanta que debe “proteger al inversionista”, sin mencionar la protección al consumidor, a los trabajadores o siquiera a la libre competencia y en el que no se mencionan tampoco los derechos existentes del país receptor de las inversiones a proteger sus prioridades de desarrollo nacional.

Es más, la propia declaración de San José dice que el grupo negociador sobre inversiones podrá coordinar sus trabajos con los del de servicios (obviamente, para poder brindar servicios en un país – a diferencia de la venta de productos- la empresa extranjera debe poder establecerse en él, o sea invertir), pero no se menciona el vínculo con el grupo negociador de Política de Competencia. Como es sabido, las empresas transnacionales que se establecen en países pequeños o de economías en desarrollo tienden a lograr rápidamente posiciones monopólicas en los mercados locales, erosionando los posibles beneficios al desarrollo nacional y a los consumidores de su entrada. Sin embargo, al grupo negociador de Políticas de Competencia se le recomienda que coordine su acción con el grupo que trata de subsidios, sugiriendo que lo que se quiere proteger es a las empresas transnacionales de la “competencia desleal” de los empresarios locales subsidiados.

Los documentos oficiales de los grupos negociadores son tan escasos que para tener una idea de qué se está negociando es necesario recurrir a los

documentos no oficiales que surgen de los Foros Empresariales que se han venido desarrollando en paralelo a las negociaciones oficiales y en estrecha interacción con éstas, a diferencia de los Foros de la Sociedad Civil (sindicales, ambientales o incluso de legisladores), que no sólo han sido escasos sino además ignorados por los negociadores.

Así, el Taller sobre Inversión realizado en San José reclamó “negociar un Acuerdo Hemisférico que permita lograr el trato nacional, el derecho de establecimiento, la repatriación de utilidades, y el acceso a moneda convertible”.¹⁰ Mientras que el Taller sobre las grandes empresas reclamaba dos años antes “negociar un Acuerdo Hemisférico sobre Inversiones [que estipule]: trato nacional, el derecho de establecimiento, la repatriación de utilidades y de capitales, la protección contra la expropiación y el acceso al mercado interno, sin restricciones tales como los requisitos para exportación”.¹¹

Estos informes parecen una traducción literal al español de la ponencia de la Asociación de Cámaras de Comercio de los Estados Unidos en América Latina, que reclama una Convención sobre Inversiones para el año 2000 incluyendo: “national treatment; the right of establishment in sectors now opened to investment; full and free repatriation of capital, profits, and dividends; protection against expropriation, and fair, adequate, and effective compensation in cases where expropriation occurs; and a prohibition

¹⁰ Cuarta Reunión Ministerial de Comercio y Foro Empresarial, “Sinopsis del Taller en Inversión”, San José, Costa Rica - Marzo de 1998.

¹¹ FORO EMPRESARIAL DE LAS AMERICAS, “INFORME A LA PLENARIA FINAL, TALLER IIIB: LAS GRANDES EMPRESAS Y LA INTEGRACION”, 18 a 21 de marzo de 1996.

against performance requirements”.¹²

El resumen más tajante es el de la American Electronics Association: “AEA suggests that a Hemispheric investment agreement draw upon the principles of the Multilateral Agreement on Investment (MAI) under the auspices of the OECD”.¹³

III. Auge, caída y resurrección del MAI

Las empresas transnacionales se opusieron enérgicamente y eficazmente durante los años 70 a la adopción de normas internacionales o códigos de conducta que regularan sus actividades. En la década siguiente, alentadas por el clima político de la era Reagan-Thatcher, pasaron a la ofensiva y comenzaron a reclamar de la Ronda Uruguay del GATT la imposición de códigos de conducta a los gobiernos que impidieran que éstos regularan sus actividades.¹⁴ Sus logros fueron parciales. A cambio de promesas de futuras aperturas en los mercados del Norte a los productos del Sur, la Ronda Uruguay obtuvo de los países en desarrollo la apertura de su mercado de servicios, el reconocimiento de sus derechos de propiedad intelectual y los denominados TRIMs (Trade Related Investment Measures) que incluye algunas disposiciones relativas a la inversión en las disciplinas de la Organización Mundial de Comercio.

Para el propósito explícito de convertir a todo el mundo en un “campo de juego” uniforme y sin desniveles, lo obtenido en la Ronda Uruguay no fue suficiente y antes incluso de que los países signatarios terminaran de comprender los alcances de los compromisos asumidos y cuando aún no vencieron los plazos para ajustar sus legislaciones y sus economías a ellos, se introdujo la propuesta de un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI, o MAI por su sigla en inglés) sin el cual, se argumenta, los inversores extranjeros no tendrán confianza y optarán por colocar sus capitales en otro lado.

Los principios del AMI constituyen una verdadera “carta de los derechos de las transnacionales”. Derechos que no van acompañados de “deberes”, como sucede con los ciudadanos con relación a los Estados. El AMI define a las “inversiones” de una manera muy amplia y su primer principio es la llamada “no-discriminación” que establece que el inversor extranjero no puede ser tratado peor que el inversor nacional. Ello no quiere decir que será tratado “igual”, ya que el acuerdo propuesto no impide que el inversor extranjero reciba un tratamiento MEJOR (por ejemplo eximiéndolo de impuestos a los que están sujetos los inversores nacionales), lo que previsiblemente ocurrirá, dada la competencia entre los países por atraer inversores. Entre este mejor tratamiento se cuenta el derecho del inversor de apelar contra cualquier medida gubernamental ante un árbitro internacional, en vez de recurrir a la justicia nacional. Tal arbitraje que debe expedirse en pocos meses, es inapelable y con autoridad superior a la justicia nacional, sólo puede ser convocado por los inversores extranjeros y no por los

¹² Position Paper presented by the Association of American Chambers of Commerce in Latin America, San José, Costa Rica - March 1998, Workshop 3: Investments.

¹³ Position Paper presented by the American Electronics Association.

¹⁴ Haxton, Eva y Claes Olsson, editores, “WTO as a Conceptual Framework for Globalization”, Global Publications Foundation, Uppsala, Suecia, 1998.

empresarios nacionales o los ciudadanos del país.

La expropiación es una de las medidas contra las que un inversor podría apelar ante tal arbitraje, exigiendo su eliminación, reclamando compensación monetaria o ambas a la vez. A los efectos del AMI la “expropiación” se define de una manera tan amplia que comprende no sólo la expropiación clásica de propiedades o activos de un inversor por motivos de interés público, sino que incluye la “expropiación de derechos” que puede producirse, por ejemplo, cuando disposiciones gubernamentales limiten o prohíban ciertas actividades por motivos de salud pública o defensa del medio ambiente. Basándose en disposiciones similares ya existentes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la firma estadounidense Ethyl demandó al gobierno canadiense por su prohibición de agregar manganeso a la gasolina debido a los daños neurológicos que los gases pueden provocar. La simple amenaza de reclamar 400 millones de compensación por “ganancias perdidas” obligó al gobierno de Canadá a levantar la prohibición, pedir disculpas a la empresa e indemnizarla con 15 millones de dólares por daños causados a su reputación, a pesar de que Ethyl nunca demostró que las preocupaciones de las autoridades sanitarias canadienses fueran infundadas.

La sabiduría de conceder este trato nacional fue puesta en duda por una reunión de expertos en el tema convocada por la UNCTAD, “pues los poderes públicos quedarían privados en este caso de la posibilidad de ayudar con éxito a las empresas nacionales a enfrentarse con sus competidores

extranjeros... Las autoridades de acogida deberían tener la posibilidad de aplicar su política a casos concretos, señalaron los expertos, y ofrecer solamente garantías de protección a las inversiones que ya hubieran sido admitidas.¹⁵

Pero esta capacidad de admitir o no inversiones, equivalente al derecho de otorgar o negar visas de residencia a ciudadanos extranjeros, quedaría expresamente prohibida al garantizar el AMI el “derecho de establecimiento” (incluyendo el derecho de residencia para sus ejecutivos, gerentes y técnicos) de cualquier empresa extranjera en cualquier área de actividad, incluyendo la propiedad de la tierra, de los recursos naturales y de medios de comunicación, restringidas actualmente a nacionales o empresas públicas por las legislaciones de muchos países.

Combinadas, las cláusulas contra la discriminación y la “expropiación” impedirían en los hechos el mejoramiento de normativas ambientales y sanitarias, así como cualquier acción de promoción dirigida a sectores específicos de la población: campesinos, pequeños empresarios, mujeres o miembros de grupos desfavorecidos, ya que todo inversor extranjero podría automáticamente acogerse a sus beneficios o exigir indemnización.

Finalmente, una vez que un país se incorpore al Acuerdo, no podrá abandonarlo antes de 5 años y si lo hiciera cualquier beneficio que los inversores hubieran obtenido en ese período deberá mantenerse durante 15 años más.

¹⁵ UNCTAD, Informe de la Reunión de Expertos en acuerdos regionales y multilaterales existentes en materia de Inversiones y sus consecuencias para el Desarrollo, Ginebra, abril de 1988 (TD/B/COM.2/11).

A cambio de tales concesiones, el AMI no exige el cumplimiento de ningún código de conducta por parte del inversor extranjero. Por el contrario, cualquier “norma de desempeño” exigiendo, por ejemplo, la utilización de insumos o mano de obra nacional, la transferencia de tecnología, la exportación de un cierto porcentaje de la producción o la incorporación de nacionales a cargos de dirección queda expresamente prohibida. Con ello se borra de un plumazo la posibilidad de los gobiernos de establecer políticas de desarrollo o incluso intentar limitar algunos de los impactos positivos de la IED o neutralizar los negativos.

¿Son necesarios tales sacrificios para atraer inversores, generar empleo y crecimiento económico? Nada garantiza en el Acuerdo que, una vez firmado, los inversores acudirán¹⁶. Si todo el mundo comparte estas reglas, los países deberán ofrecer atractivos adicionales para volverse más atractivos que sus vecinos. En los hechos, sin embargo, en los últimos años la inversión extranjera ha acudido masivamente a países como China donde está estrictamente regulada, despreciando soberanamente a muchos que unilateralmente han ofrecido condiciones similares a las del AMI pero carecen de mercado consumidor, recursos naturales u otras ventajas comparativas que aseguren altas tasas de ganancia.

Escandalizados por las concesiones que se les reclamaba en los borradores de los acuerdos de inversión, muchos países en desarrollo se opusieron con éxito a su inclusión en la agenda de negociación de la Organización Mundial de Comercio. La propuesta fue trasladada a la OCDE, el selecto “club de los ricos” que agrupa a 29 países industrializados. Como el objetivo nunca fue el de un “acuerdo entre iguales”, sino el de establecer un régimen universal para las inversiones, Argentina, Brasil y Chile fueron invitados a participar como observadores en estas negociaciones y la OCDE inició una campaña de relaciones públicas en Africa, Asia y América Latina para convencer a los países en desarrollo a firmar el acuerdo, aún sin haber participado en su discusión, apenas estuviera firmado en Abril de 1988.

Sin embargo, cuando los términos de la discusión se filtraron y fueron publicados en Internet, a mediados de 1997, la opinión pública alarmada de los países desarrollados logró detener el proceso de negociación del AMI en el seno de la OCDE. Una amplísima coalición de grupos ciudadanos, ambientalistas, sindicales, de derechos humanos y de consumidores se opuso al AMI y obtuvo el apoyo de parlamentarios y gobiernos locales, amenazados de perder el derecho a decidir sobre muchos temas que hasta ahora han sido de su competencia.

En Canadá, gobiernos provinciales anunciaron que no tolerarían la aplicación de tal acuerdo en su territorio, la Asamblea francesa se opuso a sus términos.

¹⁶ “Se reconoció que en sí mismos y por sí mismos, los acuerdos en materia de inversión no acrecentaban la corriente de inversiones transfronterizas. LAS CONDICIONES DE INVERSIÓN DETERMINAN LA CAPACIDAD DE ATRAER LAS INVERSIONES. Entre Sus principales elementos figuran la estabilidad política y económica, el imperio de la ley, un marco institucional y normativo sólido... (ibid)

Si tal acuerdo es malo para los países desarrollados, sus efectos serían aún peores sobre las economías en desarrollo. A juicio de la viceministra de relaciones exteriores y encargada de Asuntos Económicos Internacionales de Egipto, Magda Ibrahim, “no existe una base económica racional para un acuerdo multilateral de inversiones. La única justificación para este acuerdo es que va a beneficiar a las empresas transnacionales. Si los países en desarrollo entran en pánico y creen que cuanto antes liberalicen las inversiones más inversiones tendrán, su equivocación sólo contribuirá a una mayor erosión de la causa del desarrollo.”¹⁷

Durante una sesión de diálogo entre los negociadores gubernamentales y un grupo de ONGs de todo el mundo, realizada en París en diciembre de 1997, el autor de este trabajo preguntó a los miembros asiáticos de la OCDE si sus países se hubieran desarrollado como para estar presentes en esta organización en caso de que disposiciones como las del MAI se les hubieran aplicado un par de décadas atrás. Las reglas acordadas para la participación en esa reunión impiden atribuir la respuesta a un país o delegado, pero no prohíben citar el tenor de su declaración: “jamás nos hubiéramos desarrollado siguiendo estas reglas, pero como ahora somos un país industrializado y nuestras empresas invierten en el exterior estamos en condiciones de acordar entre iguales”.

En vez de firmar el acuerdo, en abril de 1998 los ministros de la OCDE resolvieron suspender las negociaciones

por seis meses y prometieron iniciar un amplio debate sobre el tema. “El AMI no es malo por ser secreto, es secreto porque es malo” afirmó un representante de la Red del Tercer Mundo al conocerse esta resolución. Más enérgica aún, la eficaz *lobbyista* de los consumidores estadounidenses, Lori Wallach comparó al acuerdo con Drácula: “no puede vivir a la luz del día”.

El influyente *Financial Times* editorializó sobre la experiencia comentando que “las negociaciones internacionales sobre economía ya no volverán a ser como antes”, alertando a los gobiernos sobre los riesgos de seguir excluyendo o desconociendo a la opinión pública y los grupos ciudadanos a la hora de decidir sobre la globalización.¹⁸

El AMI preocupa también a organismos intergubernamentales: una resolución adoptada por consenso el 20 de Agosto de 1998 por el sub-comité de prevención de la discriminación y protección de las minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recuerda a los gobiernos que la protección de los derechos humanos “es la primera y fundamental responsabilidad y objetivo de los Estados”. Tomando nota de “las protestas generalizadas de la sociedad civil contra el AMI, basadas en la preocupación por sus efectos adversos sobre los derechos humanos, el ambiente y el desarrollo sustentable”, el sub-comité expresó su temor de que el acuerdo “puede limitar la capacidad de los Estados de tomar medidas pro-activas para asegurar que todos disfruten los derechos económicos, sociales y

¹⁷ ShaHIN, Magda, Multilateral investment and competition rules in the WTO: an assesment”, EN Transnational Corporations, Volume 6, Number 2, August 1997.

¹⁸ Financial Times , “Network guerrillas”, THURSDAY APRIL 30 1998.

culturales y crear beneficios para una pequeña minoría privilegiada a costa de una mayoría cada vez más marginada”.

Cuando las negociaciones iban a recomenzar, en octubre de 1998, el presidente alemán del grupo negociador no asistió a las mismas, el Parlamento Europeo emitió una resolución contraria y la iniciativa entró en colapso.

IV. El Acuerdo Multilateral de Inversiones en el ALCA

A pesar de haber recibido golpes tan fuertes, el AMI, como Drácula, renace en el marco de otras negociaciones. Ya flota en las negociaciones diplomáticas la idea de revivirlo en el marco de la propuesta “Ronda del Milenio” que sería lanzada en la reunión ministerial de la OMC a realizarse en Denver a fines de este año, sus términos reaparecen en las conversaciones preliminares del Tratado Transatlántico entre América del Norte y Europa y su filosofía parece ser la pieza angular del ALCA. Todos los aspectos polémicos del AMI descriptos arriba están sobre la mesa del grupo negociador.

El sitio oficial del ALCA en Internet señala con cierto orgullo que “la envergadura de las negociaciones que se pondrán en marcha gracias a la Declaración de San José no tiene precedentes, aun bajo los estándares de la Ronda Uruguay” y se habrían trazado la meta (no establecida en ningún documento oficial) de “ir aún más allá de las medidas de liberalización hemisférica previamente negociadas” e “incluirán temas novedosos, tales como: un régimen común de inversiones, [...] mismas que no se encuentran actualmente consideradas bajo el marco

de la OMC y que aún no forman parte de los acuerdos existentes entre gran número de países.”¹⁹

Esta editorialización, además de ser inadmisibles para un sitio oficial, tratándose de temas sobre los que aún no hay ningún acuerdo, no se pregunta por qué hay tanta resistencia “entre gran número de países” que impidió que tales medidas se tomaran e ignora, además, la oposición interna en el Hemisferio. El sitio oficial del ALCA en Internet bien podría haber citado la declaración conjunta de San José cuando señala que “al diseñar el ALCA tomaremos en cuenta las diferencias en los niveles de desarrollo y el tamaño de las economías de nuestro Hemisferio”.²⁰ A la luz de este concepto, la idea de liberalizar para competir equivale a sostener que puede ser justa una pelea entre Mike Tyson y un adolescente malnutrido de las favelas porque las reglas del combate serían las mismas para ambos.

Durante el foro parlamentario y el foro de la sociedad civil de la “cumbre de los pueblos” que se desarrolló en Santiago en paralelo a los eventos oficiales las críticas a estos rumbos fueron duras y a viva voz. El AMI y su variante hemisférica fueron por primera vez debatidos públicamente en América Latina y el rechazo a la iniciativa fue prácticamente unánime en ambos eventos.²¹ “Denunciamos y rechazamos la negociación y aceptación de un AMI porque atenta contra la soberanía”, dice la declaración común de los

¹⁹ http://www.ftaa-alca.org/SpanishVersion/view_s.htm.

²⁰ DECLARACION CONJUNTA, CUMBRE DE LAS AMERICAS, CUARTA REUNION MINISTERIAL DE COMERCIO, SAN JOSÉ, COSTA RICA, 19 DE MARZO DE 1998.

²¹ Memoria de la Cumbre de los Pueblos de las Américas, Ediciones Cumbre de los Pueblos de América, Santiago de Chile, enero de 1999.

parlamentarios, mientras que la declaración final de la Cumbre de los Pueblos demandó “que las fundamentales renunciara a nuestra soberanía económica -que implicarían la concreción de acuerdos como el de Libre Comercio de las Américas o el Multilateral de Inversiones- sean decididas final y directamente por los ciudadanos de América mediante mecanismos como el plebiscito precedidos por debates nacionales plenamente informados.

En similar sentido se pronunciaron los obispos brasileños: “Nos preocupa el AMI, cuya aceptación por parte de Brasil tendría consecuencias desastrosas sobre nuestra capacidad de orientar soberanamente nuestro desarrollo”.²²

La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) expresa similares críticas: “El Acuerdo Multilateral de Inversiones podría profundizar las asimetrías, advierte un análisis hecho público por la Secretaría General.”²³

El documento concluye, entre otros aspectos, en que la inclusión de las inversiones de corto plazo en el AMI podría “limitar bastante la capacidad de los gobiernos para reglamentar los flujos de capital con la intención de evitar crisis financieras y problemas de balanza de pago”.

El AMI “invade áreas que están contempladas en otros acuerdos”, como los de servicios, propiedad intelectual o inversiones de la Organización Mundial

del Comercio, y si bien aún no se sabe cuál será el impacto sobre éstos, “lo importante es que no invada otras áreas ni contenga disposiciones más restrictivas que las ya existentes”.

El documento pone en tela de juicio el argumento de que un acuerdo multilateral generará un incremento importante de la inversión extranjera directa en la región, y recuerda que el gran aumento de esta corriente en los últimos 15 años ocurrió sin la existencia de un acuerdo de ese tipo y, “lo que es más, no parece haber mucha correspondencia entre liberalización y flujo de entrada de capitales”.

El Sistema Económico Latinoamericano (SELA), por su parte, recuerda los dos argumentos principales esgrimidos por varios países opuestos a una negociación sobre inversiones en la OMC: (i) preservar la soberanía de cada país para determinar el trato a la inversión extranjera; (ii) los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre inversiones no son determinantes para atraer capital foráneo.²⁴ Ambos argumentos pueden aplicarse a la negociación sobre inversiones en el ALCA.

En una anterior “nota estratégica”²⁵, el SELA enumera “algunas interrogantes” que los países de América Latina y el Caribe deberían considerar en la formulación de una política en materia de inversiones:

- ¿Cómo compatibilizar la protección, la no-discriminación y la atracción de la inversión extranjera con la necesidad de atraer, como objetivo

²² “Declaração do Conselho Permanente da CNBB Diante das Eleições de 1998” distribuía y leída en todas las iglesias en setiembre de 1988.

²³ Boletín mensual editado por la Secretaría General de la ALADI, Enero 1999 / Año III - N 30. Ver en http://www.aladi.org/noticias/98/news_30.htm#5

²⁴ SELA, Boletín Notas Estratégicas. N 28. Enero – 1997

²⁵ Boletín Notas Estratégicas. N 24. Julio – 1996.

prioritario, capitales estables y productivos?

- ¿Cómo reconciliar la apertura no discriminatoria, el trato nacional y de nación más favorecida con objetivos nacionales de desarrollo y con la consolidación de los esquemas de integración?

El AMI, o la inclusión de sus principios en un acuerdo hemisférico no es la respuesta a ninguno de estos dilemas.

Las negociaciones no deben continuar a espaldas de la opinión pública y sin un mandato político expreso de los gobiernos, previamente consultado con la sociedad civil a través de mecanismos democráticos y que incluya amplia información pública sobre los contenidos de la negociación y estudios de impacto social y ambiental de la eventual aplicación de estas medidas.

CONCLUSIONES

La percepción predominante en la sociedad civil latinoamericana es la de que las negociaciones sobre inversiones en el seno del ALCA se basan en principios similares ya incorporados en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y propuestos en el Acuerdo Multilateral de Inversiones en el ámbito de la OCDE.

Tales principios expanden los derechos de las empresas transnacionales sin crear ninguna obligación como contrapartida, limitan la capacidad de los gobiernos y de la ciudadanía de establecer políticas nacionales de desarrollo económico y social y de protección al ambiente.

Estas medidas han sido rechazadas por significativos sectores de la sociedad civil, incluyendo voceros calificados de las iglesias, legisladores, sindicatos, grupos de mujeres, organizaciones no gubernamentales de desarrollo y organizaciones intergubernamentales latinoamericanas.

Protección Ambiental y las Reglas de Inversión en el Area de Libre
Comercio de las Américas

Center for International Environmental Law (CIEL)*

* I. Brennan Van Dyke, Stephen Porter and Bella Sewall escribieron este documento con la valiosa ayuda en investigación de Tiffany Donovan, Braden Penhoet y Zachary Tyler.

Sumario Ejecutivo

I. Introducción y Análisis del Impacto Ambiental

El presente documento tiene por objeto exponer algunos puntos de interés sobre las reglas de inversión que podrían ser implementadas en el Área del Libre Comercio de las Américas (ALCA) dañando los esfuerzos de promoción del desarrollo sostenible si ellas se basan en el modelo desregulatorio de liberalización de inversión internacional establecido en el capítulo de inversiones del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Para el análisis se ha seleccionado el capítulo sobre inversiones del TLCAN (Capítulo 11), debido a que este Tratado fue negociado por los tres países económicamente más poderosos de la región, y pudiera ser este el modelo para ser utilizado para establecer las reglas de inversión del ALCA.

El Capítulo sobre inversiones del TLCAN no trata explícitamente sobre la protección ambiental, pero las reglas en él establecidas pueden restringir potencialmente la habilidad de los gobiernos en la toma de acciones para proteger y promover el interés general, minando de esta manera la posibilidad de las personas de proteger el ambiente. Dos de las disposiciones del Capítulo 11 tienen amplias implicaciones para el ambiente: 1) las reglas relativas a la expropiación, las cuales legitiman a las corporaciones a desafiar las regulaciones ambientales; y 2) las reglas relativas a la transferencia de tecnología y los requisitos de desempeño, las cuales disminuyen el poder de negociación de

los países cuando se negocian las condiciones bajo las cuales los países otorgarán a las corporaciones acceso a sus economías y a sus recursos naturales. Las inquietudes en torno a estas disposiciones se ven agravadas por el hecho de que los mecanismos de solución de controversias son perjudiciales y cerrados a la mayoría de los miembros de la sociedad civil potencialmente afectados. Cada una de estas inquietudes se analiza con mayor detalle en las siguientes secciones.

II. Capítulo 11 del TLCAN: Expropiación y Compensación

El Capítulo 11 del TLCAN requiere de las Partes contratantes la indemnización de los inversores por los actos de expropiación o nacionalización de las inversiones extranjeras y por las medidas equivalentes a las mismas, aun cuando sean efectuados con fines de interés público. Este lenguaje vago, deja abierta a la discreción de la corte, tribunales arbitrales internacionales u otros cuerpos de solución de controversias, la interpretación de la definición de expropiación. Si el tribunal de arbitraje va a utilizar una interpretación tan amplia de expropiación, algún gobierno podría ser requerido de “pagar para regular” a las empresas contaminadoras si el tribunal de arbitraje encuentra que las regulaciones ambientales han reducido sus ganancias o el valor de la inversión extranjera, tanto directa como indirecta. El efecto paralizante que tal marco legal puede provocar en los esfuerzos de los gobiernos para proteger el ambiente podría ser enorme.

Dos casos que muestran el peligro han sido ya presentados ante el TLCAN.

En uno de los casos, una corporación multinacional de los Estados Unidos con subsidiarios mexicanos, conocida como Metalclad Corporation presentó una demanda en contra del gobierno de México porque uno de sus estados, San Luis Potosí, no concedió a la compañía una licencia de operación para instalar un local de disposición de desechos peligrosos. El caso de Metalclad demuestra que los inversores pudieron usar la doctrina sobre expropiación bajo el derecho internacional para demandar al gobierno, permitiéndoles iniciar nuevas actividades aun antes de que el gobierno hubiese determinado si las nuevas actividades implicaban peligro para la salud pública o para el ambiente. En otro caso, el gobierno canadiense acordó pagar a Ethyl Corporation, una empresa instalada en los Estados Unidos, US\$13 millones por daños para cubrir la demanda interpuesta por Ethyl alegando que Canadá había violado las disposiciones sobre expropiación del TLCAN, al prohibir la importación de un aditivo de gasolina, MMT, del cual se cree firmemente que crea riesgos a la salud humana. El Caso Ethyl demuestra cuan vulnerables son los gobiernos ante las presiones de las corporaciones, al carecer de recursos legales para enfrentar una demanda por parte de los abogados que representan a estas grandes corporaciones. Bajo la amenaza de demandas como estas, los gobiernos inevitablemente se tornarán mucho más precavidos acerca de la introducción y aplicación de regulaciones que tengan por objeto la protección del ambiente.

III. El Capítulo 11 y la Transferencia de Tecnología

El Capítulo 11 impide a los gobiernos imponer o hacer cumplir

requisitos a los inversores extranjeros, sobre transferencia de tecnología o conocimientos como una forma de intercambio para acceder a los recursos naturales. La transferencia de tecnología es parte integral del plan de acción del desarrollo sostenible generado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, la cual reconoció que la transferencia de conocimientos, procesos de producción y tecnología jugaría un papel crítico en la construcción de la capacidad de los países en desarrollo para manejar los problemas ambientales en el ámbito local. Si se prohíbe a estos países incluir requisitos que abarquen la transferencia de tecnología en los acuerdos con los inversionistas, ellos se verán, en algunas ocasiones, obligados a sacrificar sus intereses económicos de largo plazo por sus necesidades a corto plazo, porque se verán inhabilitados para beneficiarse del uso sostenible de sus recursos. En Surinam, un acuerdo reciente con la compañía Bristo-Myers Squibb está permitiendo al país beneficiarse de extractos medicinales derivados de sus bosques, y permitiendo a Surinam rechazar ofertas de firmas extranjeras madereras extractivas que hubiesen eliminado entre 25 y 45 % de la cobertura forestal, dañando así el ambiente de Surinam, y proveyendo limitados beneficios económicos a largo plazo. Este tipo de acuerdos ejemplifica el potencial de la transferencia de tecnología para permitir a los países desarrollarse de una manera sostenible; los acuerdos de inversión deberían de promover mas que desalentar este tipo de esfuerzos.

IV. Arbitraje de Inversor-a-Estado

Los inversores que creen que sus derechos, bajo el Capítulo 11 han sido

violados, están facultados para presentar demandas por daños económicos en contra de los países huésped. Sin embargo, los paneles arbitrales internacionales, establecidos bajo el Capítulo 11, no prevén foros adecuados para resolver las controversias de forma que se equilibren los intereses de los inversores con los intereses de los propietarios vecinos y de las comunidades locales. El arbitraje se efectúa en secreto, sin la participación de los involucrados en la controversia. Los particulares, y los gobiernos a nivel sub-nacional, no están facultados para presentar sus puntos de vista durante el arbitraje, ni siquiera para ser informados de que una demanda ha sido interpuesta, aun cuando ellos sean la parte con mayor interés directo en el resultado de la controversia. Además, en lugar de establecer un sistema de resolución de controversias intergubernamental, el Capítulo 11 se apoya en instituciones arbitrales privadas con fines de lucro. El sistema de arbitraje carece de salvaguardias que aseguren que los árbitros estén capacitados para entender, tanto los riesgos a los que se expone a la salud humana y al ambiente por una regulación inadecuada, como por las necesidades de los negocios.

V. Construyendo un Acuerdo sobre inversiones ambientalmente adecuado

Si el ALCA va a promover la responsabilidad ambiental, así como la seguridad para que la inversión comercial sea segura, el modelo del TLCAN no debería ser usado por los negociadores del ALCA. Este documento concluye con algunas sugerencias para desarrollar un modelo alternativo:

- 1) Un acuerdo de inversiones no debe de estar vinculado a un acuerdo de libre comercio;
- 2) El objetivo real de un acuerdo de inversión debe ser el desarrollo de un marco legal sobre inversión que promueva los objetivos del desarrollo sostenible;
- 3) Los gobiernos deben evaluar las inversiones extranjeras directas y las reglas multilaterales propuestas para determinar los impactos económicos sociales y ambientales antes de que estos gobiernos diseñen un nuevo acuerdo sobre inversiones;
- 4) Las disposiciones sobre expropiación deben explícitamente limitar la definición sobre expropiación a la posesión física de la propiedad del inversor y sujetar la expropiación a las leyes del país huésped, asegurando que tales disposiciones sobre expropiación no dejen a la ciudadanía desamparada al limitar los poderes tradicionales del gobierno para proteger la salud, la seguridad y el ambiente;
- 5) Los foros de solución de controversias de inversor a Estado deben contar con expertos legales capacitados en políticas públicas y no sólo en prácticas de negocios. Estos foros deben ser transparentes y abiertos a la participación de todas las partes interesadas. Deben ser equilibrados a través de mecanismos que permitan a la sociedad civil poder hacer responsables a los inversores por sus acciones;
- 6) La transferencia de tecnología deber ser promovida; y
- 7) Los gobiernos deben aprovechar la oportunidad que brindan las negociaciones regionales sobre inversiones, para desarrollar un régimen de inversiones que asegure

que las corporaciones multinacionales operen de acuerdo a estándares ambientales elevados y no que no extraigan la riqueza de un país por el beneficio de compañías extranjeras, a costa del bienestar de las futuras generaciones.

I. Introducción

La conexión existente entre reglas de inversión y los asuntos ambientales ha recibido una considerable atención durante los últimos años, debido al incremento en los flujos de capital internacional, que a su vez han incrementado los impactos ambientales de las actividades económicas internacionales.

El propósito de este escrito es discutir la inquietud de que las reglas de inversión del ALCA pudieran debilitar los esfuerzos para la promoción del desarrollo sostenible, si esas reglas se basan en el modelo desregulatorio de la liberalización de la inversión internacional tipificada por el capítulo sobre inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).¹

Aunque este estudio se enfoca en los efectos negativos de algunas disposiciones claves de las reglas de la liberalización de la inversión, notamos, aunque no exponemos en detalle, algunas "disposiciones positivas" que podrían mejorar los regímenes de inversión. En particular, las reglas de inversión deben contener disposiciones que: eviten que los países receptores atraigan inversiones reduciendo sus

estándares ambientales y de salud; que requieran a los inversionistas a llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental para proyectos relevantes; que brinden acceso a los ciudadanos y a las comunidades locales a la información relevante sobre las inversiones; y que se creen mecanismos para que las Partes y los ciudadanos eleven los asuntos relacionados con los impactos sociales y ambientales producidos por grandes flujos de inversión. Sobre todo, un régimen que garantiza a los inversionistas derechos tan amplios como el TLCAN, debe imponer responsabilidades concomitantes en los inversionistas para asegurar que sus acciones reúnan los estándares mínimos de responsabilidad corporativa.

Se seleccionó el capítulo sobre inversión del TLCAN para su análisis, ya que el TLCAN se negoció por tres de los países económicamente más poderosos en la región, y es un posible modelo para las reglas de inversión del ALCA.

Basado en estudios de casos que han sido elevados bajo las disposiciones del capítulo sobre inversión del TLCAN y a su vez basados en la discusión de los riesgos que asumen los gobiernos bajo estas disposiciones que limitan su habilidad de alcanzar sus metas ambientales, de protección a la salud y de seguridad para promover los objetivos fundamentales del desarrollo sostenible, este documento concluye que el modelo del TLCAN no debe de ser utilizado como modelo para las negociaciones sobre inversión del ALCA. Así mismo, ofrece recomendaciones preliminares que tienden a asegurar que las regulaciones de inversión regionales promuevan

¹Tratado de Libre Comercio de Norte América, 8 Dec. 1992, Can.-Mex.-U.S., 32 I.L.M. 289 (entró en vigor el 1 de enero de 1994).

positivamente las metas del desarrollo sostenible.

La Sección I describe brevemente los efectos ambientales dañinos de las disposiciones clave del capítulo sobre inversión en el TLCAN. Las secciones siguientes explican en detalle estos problemas ambientales y destacan los riesgos que estas regulaciones de inversión del ALCA, basadas en el modelo desregulatorio del TLCAN, tendrían para el Hemisferio Occidental. La sección final concluye con una serie de lineamientos para la regulación de la inversión regional que producirán inversiones ambientalmente responsables y a la vez comercialmente seguras.

II. Revisión de los impactos ambientales del Capítulo 11 del TLCAN

Aunque a primera vista parece que el capítulo sobre inversión del TLCAN no está relacionado con la protección ambiental, las reglas establecidas en ese capítulo tienen el potencial de restringir la habilidad de los gobiernos para emprender acciones para proteger y promover el bienestar común, y de esta manera limitar la habilidad de la sociedad para salvaguardar al medio ambiente. Las reglas de inversión no deben aumentar el derecho de los inversionistas a beneficiarse de sus inversiones, pasando por encima del interés público. El peligro de las reglas al estilo del TLCAN, radica en que no establecen un mecanismo que equilibre los derechos de los propietarios vecinos y de las comunidades locales para resguardar su medio ambiente y los

derechos de los inversionistas extranjeros.

El Capítulo 11 del TLCAN sobre inversión se compone de dos partes principales: de reglas generales que rigen el trato a los inversionistas de las Partes del TLCAN; y de reglas que establecen un procedimiento para resolver controversias entre una Parte y los inversionistas de la otra Parte ("mecanismo de resolución de controversias de inversor a Estado"). Las reglas generales que generan las inquietudes más inmediatas, desde una perspectiva ambiental, incluyen las disposiciones sobre expropiación, transferencia de tecnología y otros requisitos de desempeño.²

Las reglas sobre expropiación están redactadas de una manera tan amplia que generan la preocupación de que las corporaciones las usarán para obtener compensaciones por parte de los gobiernos si estos imponen regulaciones, aún cuando tales regulaciones se promulguen en el proceso normal de normar el interés público.

La prohibición establecida en el Capítulo 11 e imponer requisitos de desempeño, tales como el condicionar la inversión extranjera a la transferencia de tecnología, disminuye el poder

² Ver TLCAN, *supra* nota 1, Art. 1106: Requisitos de Desempeño y Art. 1110: Expropiación y Compensación. Existen también inquietudes relativas a las disposiciones sobre nación más favorecida del Capítulo 11 (exigen que todos los inversores extranjeros sean tratados tan bien como aquel inversor extranjero que reciba el más favorable tratamiento) y futuras operaciones de Mecanismos Limpios de Desarrollo (MLD) del Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Los MLD permiten a los países con compromisos bajo el Protocolo, obtener créditos en contra de aquellas obligaciones mediante la inversión en los países desarrollados. Aunque el régimen de los MLD cree una situación donde algunos inversores obtendrán la aprobación y/o créditos por inversiones que otros inversores no obtendrán. Este aspecto no será tratado por este documento

negociador de los países en desarrollo al negociar con las corporaciones los términos de acceso a sus economías y a recursos naturales y debilitando los principios fundamentales del desarrollo sostenible establecidos en los acuerdos ambientales multilaterales como la Declaración de Río, la Agenda 21, la Convención sobre la Diversidad Biológica, la Convención para Combatir la Desertificación, y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.³

Si el TLCAN incluyera disposiciones de resolución de controversias entre gobiernos e inversionistas eso establecería un balance entre los intereses de aquellos involucrados, entonces tales reglas de inversión representarían una menor amenaza para el medio ambiente, ya que existirían vías que pudieran equilibrar esos intereses a través de procesos democráticos. Sin embargo, los mecanismos de resolución de controversias de inversor-a-Estados del TLCAN exacerban todos los asuntos ambientales relacionados con el Capítulo 11 ya que el procedimiento está viciado, además de ser secreto y estar cerrado a la participación de la mayoría de los miembros de la sociedad civil que son los potencialmente afectados.

El Capítulo 11 está desequilibrado: no logra proteger los intereses de los ciudadanos, es decir de los no-

³ *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, Junio 13, 1992, U.N. Doc. A/CONF.151/26 (vol. I), 31 I.L.M. 874 (1992); *Agenda 21*, Junio 13, 1992 U.N. Doc. A/CONF.141/26 (vols. I, II, & III) (1992); *Convención sobre la Diversidad Biológica*, Junio 5, 1992, 31 I.L.M. 818 (1992) (entró en vigor en diciembre 29 de 1993); *Convención de las Naciones Unidas para el Combate de la Desertificación en Países con experiencias Serias de Seguía y/o Desertificación, en Particular en Africa*, Octubre 14 de 1994, 33 I.L.M. 1328 (1994) (entró en vigor en diciembre 26 de 1996); *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, Mayo 29, 1992, 31 I.L.M. 849 (1992) (entró en vigor en marzo 21, 1994).

inversionistas. Le hace falta tomar la oportunidad de promover el desarrollo nacional y restringir la conducta corporativa, al balancear los derechos de los inversionistas con responsabilidades acordes que aseguren que las actividades de inversión contribuyan al desarrollo sostenible.

III. Expropiación y compensación en el Capítulo 11

El Capítulo 11 requiere que las Partes⁴ compensen a los inversionistas por las acciones que aquéllas emprendan en beneficio del interés público, que expropien o nacionalicen una inversión extranjera y por toda medida equivalente a estas acciones.⁵ Requerir compensación por privación de propiedad por parte del Estado es la política común; de hecho, el lenguaje sobre expropiación del Capítulo 11, se asemeja al lenguaje utilizado en muchos tratados bilaterales de inversión (TBIs) a lo largo del hemisferio.⁶ Sin embargo,

⁴ El Capítulo 11 también incluye la obligación de las partes (gobiernos nacionales) de asegurar que se tomen las medidas necesarias para poner en marcha a las disposiciones del Acuerdo, incluyendo su cumplimiento, al menos que se disponga de otra forma por este Acuerdo, por el Estado y por los gobiernos provinciales. TLCAN, *supra* nota 1, Artículo 105.

⁵ El lenguaje operativo se encuentra en el Artículo 1110 que dice:

1. Ninguna Parte deberá directa o indirectamente nacionalizar o expropiar en su territorio o tomar medidas equivalentes a la nacionalización o expropiación la inversión de un inversor de la otra Parte sobre dicha inversión, excepto:
 - (a) por interés público;
 - (b) bajo bases no-discriminatorias;
 - (c) de acuerdo con los objetivos de la ley y el Artículo 1105(1); y
 - (d) con pagos por compensación acordes con los párrafos 2 a 6.

Mientras que el acuerdo contempla algunas excepciones, la expropiación y las obligaciones de compensación están excluidas del ámbito de esas excepciones. TLCAN, *supra* nota 1, Artículo 1108.

⁶ OEA, ACUERDOS SOBRE INVERSION EN EL HEMISFERIO OCCIDENTAL: UN COMENTARIO, SG/TU/WG.INV/DOC. 10/Rev.1, Mayo, 1997. La formulación más común de la prohibición en contra de la privación de la propiedad pro parte del Estado en los TBIs

bajo los TBIs, las disposiciones sobre expropiación se han usado de manera suficientemente conservadora como para permitir a los gobiernos regular libremente, con fines de protección pública, el uso de la propiedad privada. Es evidente que los inversionistas no muestran tal carácter al considerar una demanda de expropiación bajo el TLCAN. En una interpretación amplia de expropiación, los gobiernos estarían obligados a "pagar para regular" a los contaminadores si un tribunal o un panel internacional de arbitraje decidiera que una regulación ambiental (p.e. negar un permiso de construcción) reduce el valor de una inversión extranjera, directa o indirectamente. Tal enfoque de la regulación ambiental pondría en entredicho el principio "quien contamina paga", ya que el gobierno tendría que pagarle a los inversionistas por no contaminar.

El modelo de disposiciones de expropiación del TLCAN es un motivo de preocupación ya que se teme que las compañías usen exitosamente tales disposiciones para atacar regulaciones ambientales legítimas de los gobiernos.

La siguiente reseña de las recientes demandas fundadas en las disposiciones sobre expropiación y compensación del TLCAN revela que el concepto de expropiación podría estar evolucionando hacia una dirección peligrosa.

Incluso, el TLCAN deja la responsabilidad de la evolución de la doctrina de la expropiación en manos de paneles cerrados de arbitraje. Como se discute en la Sección V más abajo, ciertas características de estos foros

arbitrales incrementan la preocupación sobre el trato de las regulaciones ambientales. El incorporar reglas similares en materia de expropiación y compensación en el ALCA, vulnerables a una interpretación amplia, podría retardar severamente el desarrollo de las leyes ambientales en las Américas. La simple amenaza de un litigio podría ser suficiente para evitar la adopción o aplicación de legislación ambiental, particularmente en países pequeños con menos recursos para defender sus leyes ante paneles arbitrales.

A. *La definición de expropiación se encuentra aún en desarrollo y es altamente controversial*

¿Cuál es el significado de "expropiación y nacionalización" en el derecho internacional? ¿Cuáles son las medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización? Si la experiencia de los tribunales nacionales sirve como guía, la aplicación de la ley de expropiación a la capacidad de regulación de los gobiernos estaría sujeta a una acalorada discusión política y legal. En los casos fronterizos, los gobiernos no confiscan las propiedades, sino que les imponen límites a los dueños sobre lo que pueden hacer con ellas. Mientras que en general, las naciones están de acuerdo en que el retiro físico de la propiedad debe ser compensado. El problema radica en que, en qué punto las regulaciones a la propiedad niegan a los inversionistas "el uso y goce" de la misma a tal grado que merezcan una compensación. Esta cuestión permanece abierta a discusión.

Ante la ausencia de límites claramente definidos sobre los tipos de actos reglamentarios que provoquen peticiones de compensaciones y en el

entre los países del Hemisferio es la expropiación, la nacionalización o medidas que tengan el mismo efecto.

contexto de un proceso de resolución de disputas diseñado para favorecer a los negocios, las corporaciones internacionales podrían sacar provecho muy fácilmente de la cláusula de expropiación para imponer limitaciones y obligaciones financieras a las agencias gubernamentales, más allá de lo que los mismos negociadores de tales acuerdos podrían prever.

En los Estados Unidos, los proponentes de los derechos de propiedad han introducido legislación sobre “posesionamiento” (el equivalente nacional de expropiación)⁷ que requeriría compensaciones por acciones regulatorias del gobierno. Tales esfuerzos han sido derrotados en varias ocasiones por organizaciones populares bajo el razonamiento de que tales leyes limitarían severamente la capacidad del gobierno para proteger el ambiente, la seguridad y la salud pública. Sin embargo, los tribunales de los Estados Unidos han dado un curso confuso e inconsistente a la jurisprudencia sobre expropiaciones, reflejando la ausencia de consensos sobre lo que sería un adecuado balance entre los derechos públicos y privados.

Ahora, pareciera que el debate interno en los Estados Unidos sobre si la regulación gubernamental constituye una expropiación se ha expandido a nivel global. Preocupantes son los esfuerzos internacionales por ampliar la interpretación de lo que constituye la

expropiación de la propiedad del inversor, esta interpretación amenaza con otorgar derechos de propiedad sobre cualquier otra consideración. Por ejemplo, las demandas presentadas bajo las disposiciones del TLCAN buscan forzar a los gobiernos a compensar a los inversores por actos reglamentarios que disminuyan el valor de su inversión, aun cuando tal acción reguladora tenga su origen en serios problemas ambientales o de salud pública. En uno de los casos, una corporación establecida en los E.U. tuvo éxito en la obtención de una compensación por parte del gobierno de Canadá forzando la anulación de una ley ambiental.⁸ Estos casos son substancialmente diferentes de aquellos casos que involucran expropiaciones de la propiedad realizadas por el gobierno de forma engañosa, bajo una conducta discriminatoria o arbitraria y con la cual se priva a los dueños de su propiedad o del control efectivo del uso o disposición sobre una parte sustancial de su propiedad.⁹ Es muy útil revisar estos casos para demostrar cuan lejos llevará de las nociones tradicionales de expropiación la jurisprudencia que surja bajo el TLCAN¹⁰.

B. La Evolución de las Reglas de Expropiación en la jurisprudencia del TLCAN: Dos casos.

1. El Caso Metalclad. La posibilidad de que las disposiciones sobre expropiación y compensación del tipo

⁷ Ver Frank I. Michelman Testimony Before The Senate Committee On Environment And Public Works, Junio 27, 1995 49 Wash. U. J. Urb. & Contemp. L. 1 (1996) (afirmando que dicha elevación de los derechos de propiedad privada iría en contra de la tradicional jurisprudencia Americana); ver también, COMMENT: Legislative Expansion of Fifth Amendment "Takings"? A Discussion of the Regulatory Takings Law and Proposed Compensation Legislation, 15 UCLA J. Envtl. L. & Pol'y 243 (1997).

⁸ El caso Ethyl se ve con más detalle en la sección III B.

⁹ OPIC Contract of Insurance, Governing Terms and Conditions, art. 13; Ver también M.N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 519 (3d. ed. 1991).

¹⁰ Además de los casos de Metalclad y Ethyl señalados aquí, al menos otros cuatro casos han sido presentados bajo las disposiciones del TLCAN por las siguientes corporaciones: SD Meyers (EUA), Loewens (Canadiense), Sunbelt (EUA), y Pope y Talbot (EUA).

que se encuentran en el TLCAN pudiesen usarse para interponer demandas por expropiaciones en contra de los gobiernos de los países en desarrollo, tanto a nivel nacional como local, no es meramente especulación. Una demanda por expropiación por \$90 millones de dólares en daños se inició en contra del gobierno mexicano el 2 de enero de 1997 por la Corporación Metalclad, que es una corporación estadounidense con subsidiarias mexicanas.

Metalclad adquirió una instalación para disposición de desechos peligrosos en el estado mexicano de San Luis Potosí. El historial de la instalación incluía descargas tóxicas sin regular y conflictos con las comunidades locales. El gobierno federal mexicano aprobó la operación de la instalación en 1995, pero al momento en que Metalclad inició su demanda, el gobierno estatal aún no emitía su autorización tal como lo requiere la ley mexicana. La compañía inició una demanda de inversor-a-Estado bajo el marco del TLCAN alegando que las demoras en la aprobación a nivel federal y estatal expropiaban su inversión.

El caso Metalclad muestra que los inversionistas usarán las disposiciones sobre expropiación para demandar el derecho, no sólo de continuar sus actividades permitidas en el pasado, sino también para iniciar nuevas actividades aun cuando los gobiernos determinen que dichas actividades representan un riesgo a la salud pública o al medio ambiente. Este caso trata a la *falta* de actuación por parte de un gobierno, como un tipo de "reglamentación expropiatoria". Si tiene éxito, Metalclad habrá expuesto a los ataques de

inversionistas extranjeros no sólo los actos reglamentarios gubernamentales, sino también la no-acción del gobierno.

La interpretación de Metalclad de expropiación amenaza con interferir significativamente con las decisiones gubernamentales sobre la distribución de recursos. Los gobiernos, especialmente los estatales y municipales de los países en desarrollo, en ocasiones cuentan con recursos limitados. Como resultado, algunas veces, aun los permisos legítimos no se procesan rápidamente. Entre más complejos sean los asuntos a resolver, más lento se vuelve el proceso reglamentario.

Para proteger el ambiente, generalmente se requiere de estudios de impacto ambiental para proyectos nuevos que podrían implicar impactos ambientales significativos. Un país que enfrente limitaciones financieras, podría tomar la decisión soberana de no asignar mayores recursos para la revisión de tales estudios, retardando así la aprobación o no-aprobación de nuevos proyectos. El resultado de dicha situación podría ser la disminución en el ritmo de entrada al país de nuevos inversionistas.

Los países, en especial aquellos en vías de desarrollo, tienen recursos gubernamentales limitados que deben distribuirse de una manera selectiva. Los ciudadanos eligen a sus gobiernos, nacionales y locales, para que tomen las decisiones difíciles sobre cómo distribuir los riesgos y los recursos, y cada decisión acerca de si se otorga, niega, o pospone permisos ambientales, refleja la elección que el gobierno hace mientras realiza el balance social, ambiental y económico de sus prioridades

nacionales. Tales decisiones forman la esencia del derecho soberano de un país de distribuir riesgos y recursos. Sería inapropiado que un tratado internacional restringiera dichas decisiones soberanas.¹¹ Si los inversionistas no están de acuerdo con el ritmo de las acciones reglamentarias de un gobierno huésped, tienen la libertad de invertir en otros lugares.

Aunque la distribución de recursos no fue un asunto contemplado por el caso *Metalclad*,¹² lo que sí refleja el arbitraje es que una decisión de posponer actos reglamentarios puede ser el fundamento de una demanda por expropiación bajo las reglas de inversión del TLCAN. Un acuerdo internacional no debería forzar a un país a regular al ritmo que los inversionistas requieran. Los inversionistas extranjeros deberían tomar sus decisiones de inversión respetando el otorgamiento de los permisos necesarios y tomando en cuenta los recursos y leyes de los gobiernos de los países en los cuales están invirtiendo. La regulación gubernamental sirve al propósito legítimo de proteger a la sociedad de las amenazas a la salud humana y al medio ambiente. El permitir a los

inversionistas marcar el ritmo de la regulación podría sobrepasar las capacidades del gobierno, y dejar indefensa a la sociedad civil.

2. **El Caso Ethyl.** Este es el primer caso de demanda por expropiación, que se conocen que han surgido del sistema de resolución de controversias inversor-a-Estado bajo el TLCAN, que ha sido resuelto. En abril de 1997, Canadá prohibió la importación de MMT, un aditivo para gasolina, que se sospecha es una sustancia tóxica.¹³ Unos días después, la corporación Ethyl, basada en los E.U., demandó al gobierno canadiense por \$251 millones de dólares, citando, entre otros argumentos, las disposiciones sobre expropiación del TLCAN. Para agosto de 1998, el gobierno canadiense aceptó pagar a Ethyl la cantidad de \$13 millones de dólares por daños y costas legales.¹⁴

La amenaza de tales acciones intimidará a los gobiernos que contemplen la adopción de nuevas regulaciones ambientales. En respuesta a la demanda de Ethyl, el gobierno canadiense optó por cambiar sus leyes y pagar los daños en lugar de pelear por su derecho a proteger la salud humana a través de la regulación ambiental. Tal estilo de normas podría paralizar a aquellos gobiernos que quisieran promover el desarrollo de su legislación ambiental pero carecieran de los

¹¹ Hay ejemplos en el derecho internacional, en los cuales los países se han comprometido multilateralmente con el fin de dar prioridad recursos y de esta forma asegurarla expedición de disposiciones sobre servicios gubernamentales especificados. Por ejemplo, la obligación de los gobiernos para permitir a sus ciudadanos un juicio expedito ha sido reconocida por acuerdos en derechos humanos regionales e internacionales. Sin embargo, los países deben ser juiciosos en la creación de obligaciones internacionales sobre la asignación de recursos. En el área de la regulación ambiental, muchos países recién están comenzando a desarrollar la infraestructura administrativa necesaria para regular a sus actores económicos. Cuando una inversión conlleva nuevas tecnologías y riesgos ambientales, los recursos adecuados para expedir de forma rápida los permisos no deben existir.

¹² Como los archivos de estos arbitrajes no están habitualmente accesibles al público, no es posible detallar los argumentos sobre los cuales las partes en esta controversia basan sus demandas y defensas.

¹³ Ver Herman, Lawrence, "'Expropriation' takes on New Meaning: MMT Case Sets Far-Reaching Precedent," *Financial Post* (July 28, 1998). Antes de que el caso Ethyl fuera presentado, la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (US Environmental Protection Agency) se rehusó a permitir la venta de MMT en los Estados Unidos, basándose en consideraciones sobre riesgos a la salud, pero en Diciembre de 1995 una decisión de la corte dio vuela a la prohibición de la EPA.

¹⁴ Ver Tower, Courtney, Canada Backs Away from US firm's NAFTA challenge, *Journal of Commerce* (Julio 22, 1998) y Opponents Stem Tide of Globalization, *Toronto Star* (Mayo 1, 1998).

recursos para enfrentar una demanda o la amenaza de una demanda, por parte de los abogados representando los intereses de los inversionistas de los E.U. De hecho, la mayoría de las demandas de expropiación en el TLCAN conocidas públicamente, tienen que ver con regulaciones ambientales y de salud pública. Tales demandas demuestran la manera en que las disposiciones sobre expropiación pueden llegar a interferir con la capacidad soberana de los gobiernos, nacionales o estatales para emitir estándares ambientales.

C. Conclusión

Si el ALCA ha de contener disposiciones sobre expropiación similares a las contenidas en el TLCAN, la mera amenaza de una demanda de compensación bajo tales argumentos legales presionaría a los gobiernos, especialmente los municipales y los estatales, para que abandonen sus esfuerzos por alcanzar un desarrollo sostenible. Este efecto paralizante, presentaría una problemática puntual en países con recursos muy limitados que recién comienzan a reformar sus leyes ambientales y a implementar políticas de desarrollo sostenible. Si las regulaciones ambientales se moldean para otorgar una fuerza indebida a los derechos de propiedad, se limitaría la habilidad de los gobiernos, particularmente los gobiernos de los países en desarrollo, para imponer leyes ambientales y de salud legítimas y necesarias.

En la práctica, pareciera que el lenguaje sobre inversión del TLCAN, pone de cabeza al principio “el que contamina paga”, creando la impresión de que los gobiernos les tendrán que pagar a los inversionistas extranjeros

cuando las leyes y regulaciones disminuyan el valor de sus inversiones. Se entiende así, que si se tiene que establecer un lenguaje sobre inversión en el ALCA, este tendría que ser mucho más restringido que las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN. Basados en estas consideraciones, si se incluye una protección contra la expropiación, el acto de expropiación deberá ser definido estrictamente para cubrir la posesión física de la propiedad del inversionista. Para ir más lejos, la carga estará sobre quien proponga un regla más amplia, para articular un lenguaje que de manera clara proteja las funciones reguladoras tradicionales de los gobiernos nacionales y sub-nacionales.

IV. El Capítulo 11 y la transferencia de tecnología

El Capítulo 11 en su formulación actual impide a los gobiernos *imponer o aplicar* cualquier requisito a inversionistas extranjeros de "transferir tecnología, procesos de producción o cualquier otro conocimiento de su propiedad" a personas o empresas nacionales.¹⁵ Esta regla podría impedir a los países en desarrollo el utilizar su riqueza natural para negociar el acceso a tecnologías necesarias para alcanzar el desarrollo sostenible.

A. *Al impedir la diseminación progresiva de tecnologías ambientales, el Capítulo 11 debilita el logro de un Desarrollo Global Sostenible*

La transferencia de tecnología es parte integral del plan de acción para el desarrollo sostenible concebido durante

¹⁵ TLCAN, *supra* nota 1, Capítulo 11, artículo 1106 (1)(f).

la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) y por décadas se ha reconocido universalmente como componente indispensable para el logro global del desarrollo sostenible.¹⁶

La Convención del Cambio Climático, la Convención sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Montreal requieren a los gobiernos promover la transferencia de tecnología para fortalecer la capacidad de los países en desarrollo para enfrentar los problemas ambientales globales.¹⁷ La transferencia de tecnología puede brindar a los países en desarrollo, tecnologías ambientalmente sanas y fortalecer los conocimientos de las comunidades locales en el uso de dichas tecnologías mientras ellas desarrollan y fortalecen su capacidad para manejar localmente y desde el principio, con sus problemas ambientales.

Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, se reiteró el papel primordial de la transferencia de tecnología para el desarrollo sostenible de las naciones. En la CNUMAD los Estados se comprometieron a:

“...cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico, mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de

tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras.”¹⁸

Sin embargo, las transferencias de tecnología desde CNUMAD han sido inexcusablemente insuficientes. Un reporte reciente de la reunión RIO+5 reconoció que la "transferencia de tecnología y las inversiones relacionada con la tecnología por fuentes públicas y privadas, particularmente importantes para los países en desarrollo, no se han realizado de la manera expresada en la CNUMAD... El vacío tecnológico que existe entre países desarrollados y en particular los países menos desarrollados se ha ampliado".¹⁹ El reporte identifica a una mayor transferencia de tecnología como un componente central para muchas áreas del desarrollo sostenible, incluyendo: El desarrollo de asentamientos humanos y fuentes energéticas sostenibles, la protección forestal, el control de emisiones de gases de invernadero, el agotamiento de la capa de ozono y el manejo de químicos tóxicos.²⁰

Los “requisitos de desempeño” – entendidos ellos como los actos que los inversionistas están *requeridos a desempeñar* como una pre-condición para acceder a la inversión - han sido tradicionalmente importantes instrumentos de política para los gobiernos de los países en desarrollo para requerir de los inversionistas extranjeros la transferencia de tecnologías ambientalmente adecuadas a

¹⁶ Ver *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano*, 16 de junio, 1972, U.N. Doc. A/CONF.48/14/Rev 1. 11 I.L.M. 1416 (1972).

¹⁷ Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, 26 I.L.M 1550 (1987) (entró en vigor en Enero 1, 1989, en Artículo 10; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 3 y Artículo 4 5; Convención sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 3, Artículo 16.

¹⁸ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 3, Principio 9.

¹⁹ U.N. GA, 19th special session, Overall Review and Appraisal of the Implementation of Agenda 21: Report of the Ad Hoc Committee of the Whole of the Nineteenth Special Session, Agenda Item 8, U.N. Doc. A/S-19/29, para. 21.

²⁰ *Id.*, *ver p.e.* párrafos 25, 27, 28, 32, 33, 39, 40, 42, 46, 53, 57, 58, 74, 88-97, 104, 110 (toda transferencia de tecnología identificada y un mayor acceso a la tecnología como esencial para conseguir el desarrollo sostenible).

cambio del derecho a entrar al país, lo que incluye el acceso a las riquezas naturales del mismo y a sus recursos humanos. Este intercambio es un acuerdo negociado entre los gobiernos y potenciales inversionistas para alcanzar las metas relacionadas a la transferencia de tecnología del CNUMAD y de otros muchos acuerdos ambientales multilaterales específicos.

Al prohibir tales requisitos de desempeño, un acuerdo de inversión similar al TLCAN, inhibiría los esfuerzos hemisféricos para desarrollarse de forma sostenible ya que disminuiría la capacidad negociadora de los países en desarrollo para asegurar transferencias de tecnologías en condiciones favorables.²¹ La Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció que los Estados mantienen soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales.²² Dicha soberanía deberá ejercitarse en el interés de su desarrollo nacional y para el beneficio de la población de ese Estado. Tal principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales implica que los gobiernos tienen la autoridad única para crear, diseñar y conferir derechos de propiedad privada sobre los recursos naturales localizados en su territorio.

²¹ Capítulo 11 también previene a los gobiernos de requerir a los inversores de cumplir con cierto nivel de empleo, inversión o investigación y desarrollo en su territorio, contratación de personal local, establecimiento de inversiones mixtas, cumplimiento de un nivel mínimo de participación equitativa local, cumplir con cierto nivel de componentes nacionales durante el proceso de producción, o de llenar ciertas preferencias nacionales sobre los bienes y servicios.

²² *Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources*, 14 Dec. 1962, G.A. Res. 1803, U.N.Doc. A/5217 (1963), 2 I.L.M. 223 (1963). Además, la Carta de los Derechos y Obligaciones Económicas de los Estados explícitamente reconocen el derecho de cada Estado de regular la inversión extranjera y las actividades de las corporaciones multinacionales dentro de su jurisdicción. *Carta de los Derechos y Obligaciones Económicas de los Estados*, Art. 2, G.A. Res. 3281, U.N.Doc. A/9631 (1975), 14 I.L.M. 251 (1975).

Este principio tiene implicaciones políticas y económicas ya que los recursos naturales, como los minerales y los petroquímicos, son no renovables. Ya que su disponibilidad es limitada, su precio de venta debería de ser más alto que su costo de producción; la diferencia representa el valor de la escasez del producto, o renta. Inevitablemente la existencia de rentas conlleva a una conducta de búsqueda de rentas, es decir, de esfuerzos por capturarlas. Así, las corporaciones que buscan concesiones del gobierno que les otorguen acceso a recursos escasos, están buscando las rentas; de esta manera el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales permite a los gobiernos enfrentar las intenciones de las corporaciones con estrategias que aseguren que las rentas obtenidas al explotar recursos naturales no-renovables se utilicen en beneficio de la sociedad.

Los requisitos de desempeño y las demandas de transferencia de tecnología son mecanismos de los gobiernos para capturar la renta de sus recursos no-renovables en beneficio de sus ciudadanos. Esta función es muy importante para los gobiernos ya que por definición los recursos no-renovables no estarán a la misma disposición para las generaciones venideras, por lo tanto tales recursos deben ser manejados para crear otras clases de beneficios para tales generaciones futuras.

Las rentas de recursos no-renovables deben reinvertirse en otros activos productivos, como educación o tecnologías nuevas, que permitirán ganancias a las futuras generaciones con el objeto de mantener un ingreso sostenible a la nación a través del tiempo

y lograr que la extracción de tales recursos naturales sea compatible con los principios del desarrollo sostenible.

Como lo explica la discusión de la renta que antecede, los gobiernos deberían recibir recompensas por estructurar los derechos de propiedad privada de una manera tal que la población entera se beneficie de la explotación de los recursos naturales y no tan solo un individuo inversionista o una corporación. Al facilitar la transferencia de tecnologías ambientales a las empresas locales y el *know how* para usar tales tecnologías, los gobiernos ayudan al desarrollo del país entero a cambio de permitir el acceso a inversionistas a la riqueza natural de su territorio, capturando el valor de los recursos naturales escasos para el beneficio de las generaciones presentes y futuras. Al prohibir la transferencia de tecnología y prohibiendo otro tipo de requisitos de desempeño, los modelos desreguladores de inversión internacional eliminan la posibilidad de un intercambio benéfico mutuo.

El escenario actual sobre la inversión ilustra la manera en que la condición de prohibir la transferencia de tecnología podría operar en la práctica.

*B. Estudio de Caso- el Bosque Tropical de Suriname*²³

Los recientes eventos en Suriname subrayan la vulnerabilidad de países en desarrollo ante propuestas aparentemente lucrativas de inversión extranjera que, de hecho, plantean

amenazas considerables al medio ambiente y ofrecen beneficios de desarrollo limitados.²⁴

En 1994, Suriname consideraba varias ofertas de firmas madereras asiáticas por un total de unos US\$500 millones en inversiones, e involucraba la tala de alrededor de 25 a 40 por ciento de la capa forestal de Suriname.²⁵ Sin embargo, estudios llevados a cabo por Conservation International y el World Resources Institute²⁶ indicaron que una tala tan extensiva dañaría el medio ambiente de Suriname y en cambio resultaría en limitados beneficios económicos a largo plazo. Los estudios recomendaban que cualquier uso de los recursos forestales del país deberían enfocarse en el uso sostenible e incluir disposiciones que requirieran la transferencia conocimiento técnico y *know how* a los nacionales del Suriname.²⁷ El gobierno de Suriname aceptó estas recomendaciones y decidió investigar alternativas no-madereras para impulsar su desarrollo económico. Se invitó a Conservation International, en sociedad con la compañía farmacéutica Bristol-Myers-Squibb, basada en los E.U., para implementar una iniciativa de

²⁴ Muchos inversionistas internacionales han sido atraídos por negocios baratos con recursos madereros no explotados in los países desarrollados. Por ejemplo, varios inversionistas de Indonesia, Malasia y Corea han mostrado interés, o ya han aplicado, para obtener concesiones en Guyana, Panamá, Venezuela, Honduras, y en otras partes de la región Andina. Nigel Sizer y Richard Rice, *Backs to the Wall in Suriname Forest Policy in a Country in Crisis* (World Resources Institute, Abril 1995) en 3.

²⁵ World Resources Institute, *supra* nota 24, en 1. Ver también Goering, *Suriname's Money Woes Imperil Nature*, *Chicago Tribune* (Lunes, Agosto 14, 1995) (indicando que la propuesta de la empresa maderera llegaba a 22 por ciento de la cobertura forestal del país).

²⁶ Estos estudios, incluidos dentro del reporte *Backs to the Wall In Suriname Forest Policy in a Country in Crisis*, World Resources Institute, *supra* nota 25, fueron realizados con la asistencia de los gobiernos de Estados Unidos, Holanda y Alemania, así como de fundaciones privadas. Goering, *supra* nota 25.

²⁷ Entrevista, John Matuszak, U.S. Agencia para el Desarrollo Internacional (Septiembre 19, 1997).

²³ Basado en *The Multilateral Agreement on Investment's Potential Impact on Environmental Law in Developing Countries Impacts on Technology Transfer* preparado para CIEL por Matthew Stilwell, Vincenzo Franco, y Orestes Anastasia, con apoyo de Eric Dannenmaier.

bioprospección de la biodiversidad para identificar extractos para nuevas medicinas para el tratamiento del HIV y otras enfermedades. La iniciativa incorpora el conocimiento tradicional de las poblaciones indígenas y repartirá hasta el 50% de las ganancias con los intereses locales. Mediante el apoyo a la transferencia de tecnología y la capacidad institucional, la compañía distribuidora de medicamentos BGVS, con base en Suriname, también llevará a cabo extracción de plantas en coordinación con la Universidad Estatal Politécnica de Virginia.²⁸

C. Conflictos potenciales con el Capítulo 11

Este estudio de caso demuestra que un país deberá tomar decisiones muy cuidadosas sobre el uso a que se someterán sus recursos naturales y estructurar de forma inteligente proyectos de explotación de tales recursos. Al pensar estratégicamente, un país puede conseguir los mayores beneficios por el uso de su riqueza natural y así fortalecer el desarrollo económico y una mayor protección ambiental.

Sin embargo, bajo el modelo desregulatorio de inversión internacional se podría negar a los países el estructurar los proyectos de inversión extranjera para mejorar su desarrollo económico. Aunque las disposiciones sobre prohibición de los requisitos de desempeño contenidos en el Capítulo 11 aún han de ser interpretados, el proyecto de Suriname tal vez no hubiese sido posible bajo las reglas del TLCAN.

En la manera en que está formulado el Capítulo 11, los países en desarrollo, como Suriname, perderían la posibilidad de requerir a un inversionista extranjero la transferencia de conocimientos técnicos para regular y evaluar sus recursos forestales.²⁹ Mientras Conservation International y Bristol-Myers-Squibb estuvieron de acuerdo en compartir su tecnología y *know-how*, algunas otras compañías no estarían muy de acuerdo con tales condiciones de inversión. Bajo las condiciones del Capítulo 11, Suriname no hubiera podido demandar la clase de elementos progresistas contemplados en el acuerdo de Suriname con los inversionistas y su inclusión voluntaria hubiera sido menos factible.

Más aun, la capacidad de un país para negociar la inclusión de transferencias de tecnología y otros elementos afines en los contratos entre inversionistas y Estado estaría limitada. Dependiendo de la interpretación que se le dé a esta disposición, la participación del Estado en el proceso de negociación se podría interpretar como la imposición de un requisito de desempeño. Bajo el Capítulo 11, un posible inversionista podría amenazar con demandar ante un foro de Inversor-a-Estado, con el argumento de que una posición de negociación que requiera la transferencia de tecnología contravendría la

²⁸ Van de Redactie, *Suriname Biodiversity Prospecting Initiative* (sin fecha) (localizado en World Wide Web en: http://www.fsw.leidenuniv.nl/www/w3_cuan/decherin/rainmed/rain_3.htm).

²⁹ Como se detalla más adelante, lo que constituye un requisito de transferencia de tecnología por los gobiernos no está totalmente claro desde la perspectiva del TLCAN. Por ejemplo, no está claro si un gobierno al negociar una concesión de uso de recursos naturales, que busca la transferencia de tecnología de los inversores extranjeros como una condición para el acuerdo, sería interpretado como "requisitos" de transferencia de tecnología de forma consistente con el Capítulo 11, o simplemente como la negociación de un contrato a distancia. Esta duda por sí misma reducirá el poder negociador de los países en desarrollo ante las compañías multinacionales.

prohibición de establecer requisitos de desempeño.³⁰

Además, el país perdería el derecho para procurar cualquier compromiso de transferencia de tecnología.³¹ El Capítulo 11 niega explícitamente a un gobierno la promoción de un acuerdo para la transferencia de tecnologías ambientales adecuadas, con la excepción de las compras gubernamentales.³² Esta disposición revela el espectro de que aun los compromisos "voluntarios" de transferencia de tecnología podrían después considerarse inaplicables. Tal disposición ataría las manos de los gobiernos que quisieren negociar, no legislar, contratos de transferencia de tecnología a cambio del otorgamiento de concesiones de acceso a sus recursos.³³

Por último, la redacción actual del Capítulo 11 no permite a los gobiernos requerir transferencias de tecnología a *ningún* inversionista, aunque este sea o no Parte del TLCAN. De esta manera, un país que se someta a un acuerdo de inversión similar al TLCAN estaría impedido a imponer requisitos de transferencia de tecnología a *cualquier* inversionista, sin importar si son o no nacionales de un país Parte al acuerdo de inversión.

³⁰ Este no sería el caso de los contratos con el gobierno, los cuales están exentos por las disposiciones del TLCAN sobre transferencia de tecnología (ver TLCAN, *supra* nota 1, Capítulo 11, sección de *Exenciones y Reservas*, artículo 1108(9)).

³¹ TLCAN, *supra* nota 1, Capítulo 11, sección de *Requisitos de Desempeño*, artículo 1106(f).

³² TLCAN, *supra* nota 1, Capítulo 11, artículo 1106(f).

³³ Semejante esfuerzo realizado por los gobiernos también caerá dentro de las disposiciones sobre trato nacional del Capítulo 11 si se demuestra que un inversionista local no está igualmente obligado a transferir tecnología a fin de calificar para obtener derechos de concesión (aunque los inversionistas locales no cuenten con tecnologías nuevas para transferir).

D. *Consecuencias de la prohibición de la transferencia de tecnología*

Si Suriname hubiese enfrentado limitaciones de la clase del TLCAN, bien podría haber decidido talar sus bosques tropicales de manera extensiva y sacar la mayor ganancia posible en el corto plazo. El acuerdo de beneficios que ofreció Bristol-Myers-Squibb a Suriname incluía el compromiso de transferir tecnología ambientalmente adecuada y conocimientos a Suriname. Los beneficios económicos en el largo plazo en tal proyecto hacen económicamente razonable esta opción de uso de recursos y al mismo tiempo ambientalmente sostenible. Sin tal beneficio (y algunos de los otros requisitos de desempeño del proyecto), el valor de este proyecto para Suriname se vería notablemente reducido y hubiesen prevalecido intereses de negocios a corto plazo sobre una visión ambiental al largo plazo.

E. *Conclusión*

La transferencia de tecnología no es tan sólo un asunto del desarrollo económico en los países que necesiten economías más fuertes. El mundo entero necesita una diseminación global de tecnologías ambientales adecuadas para asegurar que el futuro desarrollo económico sea más sostenible que el desarrollo económico en el pasado. La degradación ambiental originada por políticas de desarrollo torpes en un país nos afectan a todos: el aumento del cambio climático y el deterioro de la capa de ozono o la degradación de nuestros océanos. Las políticas de inversión sostenible que apoyen la transferencia de tecnologías ambientales adecuadas son un componente central

del desarrollo sostenible global, como se reconoce en acuerdos internacionales como el CNUMAD. Tales políticas son un mecanismo importante para garantizar que la renta de los recursos escasos beneficien a la mayoría de la población y no tan sólo a inversionistas lo suficientemente afortunados para que se les haya otorgado una concesión.

Un acuerdo internacional sobre inversión, como mínimo deberá asegurar que los gobiernos mantengan su capacidad de regular, negociar y aplicar contratos para la transferencia de tecnología. La libertad de negociar la transferencia de tecnología por beneficios determinados no debe limitarse por un acuerdo internacional entre Estados.

V. Asuntos de preocupación específica sobre la idoneidad de las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN sobre la resolución de controversias

La preocupación surgida con respecto a la expropiación y a las reglas de desempeño se ven acentuadas por la inclusión en el capítulo sobre inversión del TLCAN de un mecanismo de resolución de controversias de Inversor a Estado. Tal mecanismo permite a un inversionista que considera que sus derechos bajo el Capítulo 11 han sido violados, el iniciar una demanda por daños pecuniarios en contra del país huésped. Delega a un foro de estructura cerrada al público el conocer e interpretar las decisiones nacionales sobre regulación ambiental.

A. El ALCA no debe dejar el control sobre el desarrollo de la doctrina de la expropiación y de otras

doctrinas substantivas en paneles internacionales de arbitraje

Como se indica en la discusión previa sobre la expansión de la noción de expropiación, el desarrollo de leyes que regulen la inversión internacional en el futuro será un proceso controvertido. El lenguaje en los acuerdos internacionales de inversión que requieren compensación por medidas de expropiaciones reglamentarias y la prohibición de requisitos de desempeño deja espacio para la interpretación, y el grado en que tales disposiciones limiten las prerrogativas de los gobiernos de aplicar regulaciones ambientales, dependerá sobre todo de los juicios de aquellos a quien se pida resuelvan las disputas entre los gobiernos y los inversionistas.³⁴ Así, la integridad y experiencia del cuerpo que interprete tales disposiciones será tan importante como el contenido del acuerdo en sí mismo.

El Capítulo 11 establece un mecanismo de resolución de controversias a través del cual los inversionistas pueden demandar a los gobiernos huésped directamente por supuestas violaciones a las disposiciones sobre inversión. El inversionista tiene la opción de seleccionar el foro en el cual demandar al gobierno huésped: las cortes en el país huésped³⁵ o una

³⁴ Esta misma inquietud también se aplica a las reglas del Capítulo sobre inversión de TLCAN. Tomemos como ejemplo el Artículo 1105 del TLCAN, que requiere "trato equitativo y justo." Este requisito tan amplio y vago, dejará a un panel arbitral con mucha discreción para interpretar sus límites.

³⁵ Mientras los inversionistas tendrían la posibilidad de escoger entre las cortes del país huésped y un panel arbitral internacional, es muy difícil creer que un inversionista escogerá el sistema judicial del país huésped como foro para resolver una controversia con el gobierno de dicho país.

variedad de cuerpos arbitrales mencionados en el Capítulo 11.³⁶

El foro que la mayor parte de los inversionistas seleccionarán para conocer de las demandas por expropiación será el foro cuya práctica sea la interpretación de las reglas de expropiación y compensación de la manera más afín a las prácticas comerciales. Entonces, el efecto práctico del Capítulo 11 será entregar la autoridad de interpretar sus disposiciones sobre expropiación a paneles internacionales de arbitraje.³⁷

Dadas la falta de transparencia en estas instituciones, los negociadores del ALCA deberían pensar cuidadosamente antes de otorgarles poderes adicionales y considerar caminos alternativos para estructurar los mecanismos de resolución de controversias.

B. Los Paneles Arbitrales Internacionales Privados no constituyen el foro adecuado para

³⁶ Los cuerpos arbitrales que escojan inversionistas demandantes son cuerpos constituidos bajo la Convención para la Solución de Controversias sobre Inversión entre los Estados y los Nacionales de Otros Estados, 4 I.L.M. 532 (1965), CSCI Reglas Adicionales o las Reglas de Arbitraje UNCITRAL. TLCAN, *supra* nota 1, art. 1120, 1125.

³⁷ TLCAN, *supra* nota 1, Artículo 1123-24, estableciendo que las partes en una controversia llamadas a arbitraje, deberán seleccionar a tres árbitros, - uno por cada parte y uno por mutuo acuerdo. En caso de que las partes estén impedidas de seleccionar a los árbitros el Secretario General escogerá los árbitros de una lista de 45 árbitros seleccionados por consenso y que cumplan las calificaciones de la CSCI (*ver supra* Nota 36) si no hay ninguno disponible, entonces se selecciona del Panel de Arbitros aprobado por la CSCI. Las sentencias de los paneles arbitrales deben ser cumplidas por los tribunales del país huésped: la Convención de Nueva York dispone que estos fallos arbitrales hechos en cualquier estado extranjero serán reconocidos y aplicados por las cortes nacionales de los Estados contratantes. Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Cumplimiento de los Fallos Arbitrales Extranjeros, Junio 10, 1958, art. 3, 21 U.S.T. 251 (Convención de Nueva York). Las disposiciones de la Convención no afectan la valides de otros acuerdos multilaterales o bilaterales sobre la materia de los que los Estados contratantes sean parte. Convención de Nueva York art. 7.1.

desarrollar nuevas reglas sobre expropiación

Los recientes casos sobre expropiación presentados bajo el TLCAN levantan preocupaciones serias sobre si, y hasta que grado, las disposiciones sobre expropiación y la transferencia de tecnología pudieran evolucionar en un futuro para dejar a los Estados sin sus poderes tradicionales. El mecanismo de resolución de controversias Inversor-a-Estado establecido en el TLCAN no crea cuerpos de resolución independientes e imparciales que aseguren que miembros de la sociedad civil, incluyendo a los pueblos indígenas, participen y hagan responsables a los inversionistas de sus actos. Tales cuerpos están estructuralmente viciados: los árbitros se seleccionan sobre la base de sus conocimientos sobre los negocios internacionales y los principales clientes de estas instituciones arbitrales son las corporaciones multinacionales. Además, los arbitrajes se llevan a cabo de forma secreta y no permiten a las partes interesadas expresar sus puntos de vista o participar de los procedimientos.

1. El Arbitraje se lleva a cabo en secreto

Los cuerpos arbitrales previstos en el Capítulo 11 no están obligados, ni es su costumbre, conducir arbitrajes de controversias Inversor a Estado de una manera pública y los escritos de tales procedimientos no están al acceso del público.³⁸ De hecho, las instituciones que conducen los arbitrajes ni siquiera están obligadas a hacer pública el inicio de una demanda, aun cuando la demanda

³⁸ *Ver p.e. CSCI, supra* nota 36, en sección 1.6.23 (1) (archivos inviolables).

envuelva algún importante asunto de políticas públicas como la validez de la regulación ambiental.³⁹

Por lo tanto, es extremadamente difícil para el público rastrear o influir la evolución de las interpretaciones de la legislación relativa a la expropiación que podrían afectar profundamente las políticas públicas.

2. *El Arbitraje se desarrolla sin la participación de todas las partes interesadas*

Mientras que el Capítulo 11 otorga "personalidad privada legal" a los inversionistas para retar las medidas tomadas por los gobiernos nacionales o estatales, adolece de otorgar a los gobiernos sub-nacionales o a los individuos, medios de protección ante tales retos, es decir el derecho a defender sus actos de gobierno.

³⁹ No aparecen requisitos de notificación pública o participación en las controversias que involucran sólo a dos árbitros (p.e. una de las Partes del TLCAN y el inversionista de la otra Parte), TLCAN, *supra* nota 1, Artículo 1119-1125. Sin embargo, las reglas difieren cuando las controversias se presentan debido a cuestiones comunes de derecho o de hecho. En corrección con dichos arbitrajes consolidados, la Secretaría General esta obligada a mantener un registro público de solicitudes de arbitraje, los nombres de las partes en la controversia o de los inversionistas, la naturaleza de la demanda, y *las condiciones de la demanda interpuesta*. El Secretario General debe también mantener públicamente sus avisos de arbitraje. Ver TLCAN *supra* nota 1, Artículo 1126, Sección 13. Estos requisitos de publicación de la notificación llaman la atención de los no-parte en la controversia en cuanto los procedimientos puedan afectar sus derechos, pero no abre el proceso de arbitraje en sí mismo a los puntos de vista de los afectados y a la participación de la sociedad civil en general. Bajo las reservas hechas al momento de la firma del TLCAN, Canadá y los Estados Unidos reservaron sus propios derechos para hacer públicos los fallos arbitrales cada vez que ellos sean partes, y ser reservan el mismo derecho a nombre de los inversores demandantes cada vez que Canadá o los Estados Unidos sean parte. Ver TLCAN, *supra* nota 1, Anexo 1137.4 Claramente discrecional, esta publicación de derechos post-hoc significa poco en términos de transparencia y apertura del proceso de resolución de controversias.

Los gobiernos locales y estatales, aún siendo las verdaderas partes interesadas, deben depender de la representación otorgada por su el gobierno federal para defender sus leyes y reglamentos. Los individuos privados, incluso aquellos directamente interesados en la controversia, no tienen derecho a presentar sus puntos de vista o siquiera de saber que se ha iniciado una demanda.

En consecuencia, en casos tales como Metalclad, el inversionista se beneficia del conflicto de competencias entre los gobiernos estatales y federal. El estado de San Luis Potosí no tiene derecho a representarse y defenderse a sí mismo en contra de la demanda de Metalclad. Debido a que el gobierno federal mexicano ha otorgado permiso a Metalclad a comenzar operaciones, se duda que San Luis Potosí vaya a recibir una defensa vigorosa como si se le hubiese dado el derecho a defenderse a sí mismo.

Por otro lado, ya que el gobierno de México debe defenderse de esta demanda contra una empresa extranjera del mayor socio comercial de México y su principal fuente de ayuda extranjera, este asunto tan local se enreda con otros asuntos de política exterior. Como lo demuestra el caso Metalclad, el gobierno federal no siempre entiende la necesidad, o le agrada la idea de la posición del gobierno local, aún más, no tiene la obligación de involucrar al gobierno estatal o municipal en el proceso de resolución de controversias.⁴⁰

⁴⁰ No es claro que todos los gobiernos federales puedan hacer que los gobiernos sub-nacionales cumplan inmediatamente las regulaciones. El TLCAN obliga a los gobiernos federales a asegurar que sean tomadas todas las medidas necesarias a fin de dar efecto a las disposiciones del Acuerdo, incluyendo su cumplimiento, excepto que se prevea de manera distinta a lo dispuesto en el Acuerdo, por los gobiernos estatales y

El diseño de mecanismo de resolución de controversias entre Inversor-a-Estado, debilita la autoridad de los gobiernos sub-nacionales. El cambio en la balanza de poder entre los diversos niveles de gobierno tiene amplias consecuencias en todo tipo de asuntos políticos; acuerdos internacionales que privilegien a los gobiernos nacionales por encima de los estatales o municipales amenazan con entorpecer el desarrollo sostenible que en muchas ocasiones se basa en soluciones locales a problemas ambientales.

Adicionalmente, mientras que a los inversionistas se les otorga personalidad jurídica para defender sus intereses, los individuos cuyas vidas podrían ser irremediamente alteradas si una industria no regulada resulta peligrosa o dañina para la salud pública, no tienen derecho a representar su punto de vista durante los procesos de resolución de controversias. Los mecanismos de arbitraje no incluyen la participación del público en los procedimientos legales. Ni siquiera opiniones *amicus curiae* son aceptadas, a pesar de que éstas son aceptadas en muchos de los sistemas legales del mundo; las terceras partes no pueden intervenir. Los paneles de arbitraje pueden entonces, fácilmente, llegar a una decisión final en base a los méritos de una demanda de un inversionista, sin haber otorgado el

derecho de audiencia a todas las partes interesadas.

Esta práctica fija un precedente peligroso ya que establece un cuerpo internacional adjudicatorio que le otorga a un grupo de interés específico -los inversionistas- el derecho a ser escuchado, pero no prevé ningún mecanismo para asegurar que todos los demás interesados o afectados en una disputa sean consultados. En contraste con el derecho internacional de derechos humanos que reconoce los derechos de todos individuos, el Capítulo 11 ha creado derechos legales internacionales para una clase especial de intereses -los inversionistas- sin haber creado una serie de derechos concomitantes para el público en general. Esta situación eleva el temor de que las corporaciones tendrán una mayor capacidad de promover sus intereses que los individuos y grupos comprometidos con algún problema de interés público.

Un acuerdo multilateral de inversión no debe crear un mecanismo de resolución de controversias que resuelva los conflictos que surjan de las reglas que rigen la inversión extranjera sin dar acceso a las partes con un interés directo en la controversia. Por el contrario, los acuerdos de inversión deben fortalecer un balance adecuado entre los derechos privados de propiedad y la salud pública y el derecho a la seguridad, ambos de suma importancia para la sociedad.

3. *El sistema de arbitraje carece de medidas adecuadas de salvaguardia para asegurar que los árbitros estén bien preparados y*

provinciales (TLCAN, *supra* nota 1, Artículo 105). Sin embargo, la capacidad que tienen los gobiernos nacionales para dictar o influir las políticas de los gobiernos sub-nacionales varía de país a país. Sin reparar en la habilidad de los gobiernos nacionales para incluir las políticas de los gobiernos sub-nacionales, el gobierno nacional será responsable por los daños causados por dichas políticas. El cumplimiento de las sentencias o fallos que involucren medidas sub-nacionales pueden resultar problemáticas y carecer de uniformidad entre las partes del acuerdo.

*libres de intereses en el
conflicto*

Una de las razones que incrementa los temores por la falta de apertura en los procesos de arbitraje es el hecho de que los paneles generalmente se componen de expertos en negocios internacionales sin conocimientos suficientes del derecho ambiental o de las ciencias del medio ambiente.

Las organizaciones ambientales, entre otras de interés público, se encuentran preocupadas de que los árbitros seleccionados por los demandantes serán generalmente expertos en derecho comercial internacional que carecen de la experiencia para evaluar costos y beneficios sociales. Sin la experiencia necesaria para evaluar las políticas públicas, estas personas, tenderían a entender y simpatizar mucho más rápidamente con las perspectivas comerciales.⁴¹ En los casos en que los paneles estén abiertos a recibir las propuestas y oír los asuntos, esto no representaría un problema tan grave. Sin embargo, en la forma presente, los paneles de expertos tienden a comprender mucho más claramente las necesidades de los inversionistas que los riesgos a la salud humana y al medio ambiente que se dan por una inadecuada regulación, por lo que no podrán tomar en cuenta un amplio rango de

⁴¹ Otro aspecto que presenta dudas sobre lo apropiado de estos mecanismos de resolución de controversias es que algunos árbitros trabajan para instituciones privadas arbitrales con fines de lucro. Además, bajo el Capítulo 11, las instituciones arbitrales compiten entre ellas para atraer demandas interpuestas bajo el TLCAN. Bajo el mecanismo de solución de controversias Inversor-a-Estado, el inversor selecciona el foro porque él es el que presenta la demanda en contra del país huésped. Así, estas instituciones tienen un poderoso incentivo para interpretar las disposiciones sobre expropiación de manera que favorezca a los inversionistas. A mayor número de demandas presentadas por los inversionistas más dinero ganan estas instituciones.

perspectivas sobre los asuntos que se les pide dictaminar. Este proceso esta estructurado para producir decisiones viciadas que no equilibran los intereses de los inversionistas con los intereses de la sociedad en general.⁴²

*C. Un Acuerdo sobre Inversiones
dentro de un Acuerdo de Libre
Comercio para el Hemisferio
Occidental es cualitativamente
diferente que un Acuerdo Bi-Lateral*

Una respuesta común a la discusión planteada sobre los peligros inherentes al sistema Inversor a Estado para la resolución de controversias es observar que dichas disposiciones forman parte de mucho a cuerdos bilaterales de inversión entre los países del hemisferio. ¿Por qué un mecanismo de ese tipo se convierte en algo tan peligroso como parte del ALCA? La respuesta está en la tremenda importancia de los acuerdos de libre comercio para el desarrollo económico de muchos Estados. El incluir un capítulo de inversión dentro de un acuerdo comercial pone una gran presión sobre los Estados para aceptar tales disposiciones multilaterales de

⁴² Un sub-capítulo adecuado que obligue la responsabilidad de los inversores y los ciudadanos haría de contrapeso a los precedentes fijados por derechos corporativos otorgados por el acuerdo, mediante el establecimiento de un conjunto mínimo de obligaciones que el inversionista extranjero deberá cumplir, posiblemente para poder calificar a la protección otorgada por el resto del acuerdo de inversión. Un Capítulo de este tipo, proveería a los ciudadanos que han sido o podrían ser afectados por las actividades de los inversionistas extranjeros, de un foro en el que se pueda obtener la reparación del daño ambiental. Este capítulo podría incluir una serie de requisitos que aseguren el equilibrio en el poder de negociación entre las multinacionales y los países en desarrollo para que las negociaciones no resulten en daños al ambiente. Por ejemplo, el proyecto de capítulo podría incluir un requisito sobre el uso progresivo de tecnología ambiental por los nuevos emprendimientos y que los inversores promuevan la capacidad interna de los países en el uso de esas tecnologías. Finalmente, este capítulo pondría a la comunidad internacional en el camino (que eventualmente tendrá que tomar) que lleva a un control internacional racional del poder corporativo de las multinacionales.

inversión aunque éstas no sean para su total beneficio. La tremenda fuerza de un acuerdo regional de libre comercio relativo a acuerdos bilaterales de comercio despierta un interés especial.

Por otro lado, una vez que las reglas de inversión estén incorporadas a un paquete de derechos y obligaciones comerciales, sería casi imposible políticamente para un país el salirse de esa parte del pacto. El país tendría que rechazar no sólo esa parte del paquete sino la totalidad de los beneficios comerciales que se le otorgan por ser parte de un acuerdo de comercio y aranceles. En el caso del TLCAN, si una de las partes quisiera renunciar a las disposiciones sobre inversión, tendría que renunciar a todo el acuerdo.⁴³ Los beneficios comerciales que se asegurarán al ALCA serán aún mayores. Entonces, será todavía más difícil para un país el renunciar al ALCA por su desacuerdo con las disposiciones sobre inversión.

El sistema de resolución de controversias de Inversor-a-Estado del Capítulo 11 permite a una entidad privada económicamente dependiente de la comunidad comercial el resolver las controversias entre los inversores extranjeros y los gobiernos. El reconocimiento de los altos costos para los países por salirse del ALCA podría envolver a dichos cuerpos y hacerlos sucumbir ante incentivos para favorecer a las corporaciones multinacionales. La desconfianza de este mecanismo de resolución de controversias amplifica los

temores acerca de las reglas multilaterales de inversión.

VI. Construyendo un Acuerdo sobre Inversión ambientalmente adecuado

El modelo desregulatorio de las reglas de inversión internacionales no requiere que las corporaciones operen de una manera social o ambientalmente responsable. En este sentido, tales acuerdos representan una oportunidad perdida. Esta sección ofrece sugerencias para desarrollar un acuerdo de inversión ambientalmente adecuado que incentive a las corporaciones a promover el desarrollo sostenible en lugar de buscar ganancias en el corto plazo. Comienza por revisar los riesgos del modelo desregulatorio de las reglas internacionales de inversión arriba discutido para después procede a sugerir maneras de mejorar este modelo y producir un acuerdo de inversión que sea justo para todos los miembros de la sociedad.

Bajo los términos del TLCAN o el modelo propuesto del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), las multinacionales tendrían la libertad de agotar los recursos naturales y contaminar con impunidad a países que recién están por comenzar a crear marcos legales ambientales o que carecen de los recursos para evaluar y aplicar eficazmente sus reglamentos ambientales. Si el país huésped tuviese que responder promulgando una legislación ambiental específica dirigida a detener el progreso de los daños económicos y revertirlos, entonces la corporación podría amenazar al país con una demanda por expropiación. Tal amenaza se magnificaría por el hecho de que muchos países dependen de la

⁴³ Ver TLCAN *supra* nota 1, Artículos 2201-2205. TLCAN prevé que cualquier parte puede retirarse del acuerdo, mediante aviso de seis meses de anticipación. Enmiendas al acuerdo requieren el consenso de las partes. Mientras las reservas de las partes efectuadas con anterioridad a la ejecución del TLCAN, son parte del conjunto del acuerdo, no hay disposiciones sobre reservas parciales o retiro de obligaciones individuales después de su ejecución.

inversión extranjera para actividades de alta inversión.

A menos que tengamos cuidado, las reglas internacionales de inversión amenazan con crear un tipo de instituciones (corporaciones multinacionales) que podrán dictar los términos en que se llevará a cabo su actividad económica. El TLCAN inhibe la habilidad de los países para usar el acceso a sus recursos naturales como una herramienta de negociación para establecer los términos bajo los que operarán las multinacionales en su territorio y promover así su desarrollo sostenible. Al contrario, el TLCAN, implementando los intereses corporativos multinacionales, dictaría los términos en que estas poderosas corporaciones obtendrán el acceso a la riqueza del Sur. Si nuestras estructuras políticas regionales fortalecen lo que ya representa un desequilibrio en los poderes de negociación, la habilidad de los países en desarrollo para proteger su ambiente y su riqueza natural sería seriamente debilitado, así como su capacidad de desarrollarse de forma sostenible.

El Capítulo 11 del TLCAN está estructurado bajo las mismas líneas que muchos acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos y otros países del hemisferio. Pero como parte de un acuerdo multi-Estatal que gobierna tarifas, comercio e inversión, el Capítulo 11 se convierte en un instrumento perdurable de normas internacionales. La fuerza política de un acuerdo de inversión que constituye un capítulo dentro de un acuerdo económico indivisible entre tres grandes socios que comprende muchos temas, es mucho mayor que la fuerza de un acuerdo

bilateral de inversión. Si fuese parte del ALCA sería todavía mayor su fuerza política.

Un acuerdo hemisférico adecuado sobre inversiones no es inconcebible. Sin embargo, el modelo del TLCAN no debe usarse como un modelo para su diseño. Aunque no es el propósito de la presente sección desarrollar a fondo un modelo alternativo a continuación se presentan algunas ideas y conclusiones:

1) Un acuerdo de inversión no tiene por que estar atado a un acuerdo de libre comercio. La inversión es un tema aparte que la comunidad internacional ha explorado de forma extensiva tan solo un par de décadas. Las reglas multilaterales de comercio se han desarrollado por más de la mitad de una década y durante los años experimentales fueron parte de un acuerdo con sistemas de resolución de controversias bastante débiles. Es prematuro el someter a una región entera a reglas comunes de inversión de forma tan firme como las reglas comerciales por las que esta unida la región.

2) El objetivo claro de los negociadores de un acuerdo regional de inversión deberá ser el desarrollo de reglas de inversión que promuevan el desarrollo sostenible. Muy a menudo los gobiernos al negociar acuerdos económicos tratan al desarrollo sostenible como algo sin importancia. Sin embargo, desde 1972 estos mismos gobiernos reconocieron que "[La humanidad] lleva una responsabilidad solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras."⁴⁴

⁴⁴ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, Ver *supra* nota 17, Principio 1.

3) Para asegurar que las reglas multilaterales de inversión estén dirigidas hacia el desarrollo sostenible, los gobiernos deberán evaluar las inversiones extranjeras directas existentes y las reglas multilaterales propuestas para determinar impactos pasados y potenciales en las políticas social y ambiental y en la seguridad económica antes de que tales gobiernos diseñen un nuevo acuerdo de inversión.⁴⁵

4) Las disposiciones sobre expropiación deberán hacer notar explícitamente que no se aplican a regulaciones que caigan dentro de los poderes tradicionales del gobierno para proteger a la salud y seguridad pública y para proteger al medio ambiente. La carga estará sobre los que propongan reglas más amplias para formular un lenguaje que claramente proteja las funciones reguladoras tradicionales de los gobiernos nacionales y sub-nacionales. Los acuerdos internacionales de inversión no deberán de atropellar las políticas nacionales que sirven como balance entre los derechos de propiedad de los inversionistas con los derechos de la sociedad a un medio ambiente sano.

5) Los foros de solución de controversias de Inversor-a-Estado deben contar con expertos legales capacitados en políticas públicas y no sólo en prácticas de negocios. Estos foros deben ser transparentes y abiertos a la

participación de todas las partes interesadas. Deben ser equilibrados a través de mecanismos que permitan a la sociedad civil poder hacer responsables a los inversores por sus acciones.

6) Los requisitos de desempeño deben permitirse, y deberá fomentarse la transferencia de tecnología. Los gobiernos deben estar libres para negociar con los inversionistas para obtener cualesquiera beneficios sean posibles por el privilegio de invertir dentro de sus fronteras.

7) Las negociaciones hacia un paquete hemisférico de reglas de inversión presentan la oportunidad de incrementar la protección ambiental en la región al imponer requisitos ambientales regionales sobre las compañías multinacionales que cuentan con tecnologías ambientalmente adecuadas y tienen la capacidad económica de operar de acuerdo a los más altos estándares ambientales. No se debe perder esta oportunidad. Las reglas regionales que rigen la inversión extranjera directa no deberán promover o permitir el desarrollo económico desigual que extrae la riqueza de un país para el beneficio de compañías extranjeras, pasando el costo a las futuras generaciones.

⁴⁵ Como se apuntó en la introducción, un acuerdo de inversiones debe también incluir una serie de disposiciones a favor del ambiente para asegurar que la meta del desarrollo sostenible sea alcanzada. Aunque no es el tema central este estudio, disposiciones de este tipo son fundamentales para el diseño de un acuerdo sobre inversión ambientalmente adecuado. Como ejemplos podemos mencionar: requerir la evaluación de impacto ambiental, prohibir bajar o no aplicar los estándares ambientales con el fin de atraer inversiones, dar acceso a la información a los ciudadanos y derechos la sociedad civil para enfrentar a las inversiones que constituyan un peligro en lo ambiental y lo social.

