

COLECCIÓN GRUPOS DE TRABAJO



Serie Economía, políticas de desarrollo y desigualdades

DEBATIR LA LEX MERCATORIA Y EL PODER CORPORATIVO APORTES CRÍTICOS DESDE AMÉRICA LATINA

Luciana Ghiotto
Ana Saggiaro García
Rodrigo F. Pascual
[Comps.]

**DEBATIR LA LEX MERCATORIA Y EL
PODER CORPORATIVO**

Los trabajos que integran este libro fueron sometidos a una evaluación por pares.

Debatir la lex mercatoria y el poder corporativo : aportes críticos desde América Latina /

Luciana Ghiotto ... [et al.] ; Compilación de Luciana Ghiotto ; Ana Saggiore García ; Rodrigo F. Pascual. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO, 2025.
Libro digital, PDF - (Grupos de trabajo de CLACSO)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-813-992-0

1. Tratados Internacionales. 2. Inversiones Extranjeras. 3. China. I. Ghiotto, Luciana
II. Ghiotto, Luciana, comp. III. Saggiore García, Ana, comp.
IV. Pascual, Rodrigo F., comp.
CDD 341

Lex Mercatoria / Derechos Humanos / Capital Financiero / Acumulación /
Globalización / Desigualdad / Estado / América Latina

COLECCIÓN GRUPOS DE TRABAJO

**DEBATIR LA LEX MERCATORIA Y EL
PODER CORPORATIVO**

**APORTES CRÍTICOS DESDE
AMÉRICA LATINA**

**Luciana Ghiotto
Ana Saggioro García
Rodrigo F. Pascual**
(Coomps.)

**Grupo de Trabajo
Lex Mercatoria, poder corporativo y derechos humanos**



CLACSO

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais

Colección Grupos de Trabajo

Director de la colección - Pablo Vommaro

Rodolfo Gómez - Coordinador

CLACSO Secretaría Ejecutiva

Karina Batthyány -Directora Ejecutiva

María Fernanda Pampín - Directora de Publicaciones

Pablo Vommaro - Director de Investigación

Equipo Editorial CLACSO

Lucas Sablich - Coordinador Editorial

Solange Victory y **Marcela Alemandi** - Producción Editorial

Área de investigación

Natalia Gianatelli - Coordinadora de Investigación

Cecilia Gofman, Marta Paredes, Rodolfo Gómez, Sofía Torres, Teresa Arteaga y Ulises Rubinschik - Equipo de Gestión Académica



**Librería
Latinoamericana
y Caribeña de
Ciencias Sociales**

Los libros de CLACSO pueden descargarse libremente en formato digital o adquirirse en versión impresa desde cualquier lugar del mundo ingresando a www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana

Debatir la lex mercatoria y el poder corporativo: aportes críticos desde América Latina (Buenos Aires: CLACSO, Diciembre de 2024).

ISBN 978-987-813-992-0



CC BY-NC-ND 4.0

© Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales | Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

CLACSO

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais

Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina

Tel [54 11] 4304 9145 | Fax [54 11] 4305 0875 | <clacso@clacsoinst.edu.ar> | <www.clacso.org>



Este material/producción ha sido financiado por la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Asdi. La responsabilidad del contenido recae enteramente sobre el creador. Asdi no comparte necesariamente las opiniones e interpretaciones expresadas.

Financiado por el Proyecto Anillo Convergging Horizons: Production, Mediation, Reception and Effects of Representations of Marginality,

ÍNDICE

Luciana Ghiotto, Ana Saggiro García y Rodrigo F. Pascual Introducción a cargo de los compiladores	13
Tendencias en la lex mercatoria: ¿hacia dónde va el sistema?	19
Ana Saggiro Garcia Tratados Bilaterales de Inversión entre China y América Latina y el Caribe: ¿cambios o refuerzo de la nueva Lex Mercatoria?	21
Rodrigo F. Pascual Comentario a “Tratados Bilaterales de Inversión entre China y América Latina y el Caribe: ¿cambios o refuerzo de la nueva Lex Mercatoria?” de Ana Saggiro Garcia	47
Rodrigo F. Pascual Protección de inversiones: anotaciones críticas	51
Ana Saggiro Garcia Comentario sobre “Protección de inversiones: anotaciones críticas”, de Rodrigo F. Pascual	75
Carla Poth y Luciana Ghiotto Cuando la libertad del capital se vuelve regla: un análisis crítico sobre la estandarización regulatoria y las capacidades estatales en el capitalismo globalizado	81

Dario Clemente

Comentario a “Cuando la libertad del capital se vuelve regla: un análisis crítico sobre la estandarización regulatoria y las capacidades estatales en el capitalismo globalizado”

de Carla Poth y Luciana Ghiotto | 109

Mariano Treacy

La estrategia de China en la transición energética: un análisis de las inversiones en la minería de Cobalto en la RD Congo

| 115

Luciana Ghiotto

Comentario al artículo “La estrategia de China en la transición energética: un análisis de la integración productiva de la cadena de las baterías de ion-litio a través del caso de las inversiones en la minería de Cobalto en la RD Congo” de Mariano Treacy

| 137

Las formas de la lex mercatoria en América Latina: análisis jurídicos y económicos de sus impactos

| 141

Magdalena Bas Vilizzio

Próspera v. Honduras: entre la desregulación y la soberanía regulatoria

| 143

Javier Echaide

Comentario al artículo “Próspera v. Honduras: entre la desregulación y la soberanía regulatoria”

de Magdalena Bas Vilizzio

| 157

Fiorella Ricagno y Paloma Milá

Micro-estatalidad: la responsabilidad del Estado hondureño en las garantías de las Zonas de Empleo y Desarrollo Económico (ZEDE)

| 161

Julián Kan

Comentarios al artículo “Micro-estatalidad: la responsabilidad del Estado hondureño en las garantías de las Zonas de Empleo y Desarrollo Económico” de Fiorella Ricagno y Paloma Milá

| 179

Juan Camilo Sarmiento Lobo

Arbitraje transnacional inversor-Estado como última fase del derecho extractivista: Eco Oro, Red Eagle y Montauk Metals contra el agua y Santurbán-Colombia | 185

Magdalena Bas Vilizzio

Comentario al artículo “Arbitraje transnacional inversor-Estado como última fase del derecho extractivista: Eco Oro, Red Eagle y Montauk Metals contra el agua y Santurbán-Colombia” de Juan Camilo Sarmiento Lobo | 209

Jairo Vladimir Llano Franco

Tensiones entre pueblos indígenas y empresas multinacionales en Colombia | 213

Xiomara Alexandra Torres Jiménez

Comentario a “Tensiones entre pueblos indígenas y empresas multinacionales en Colombia” de Jairo Vladimir Llano Franco | 237

Gonzalo Durán, Santiago Rosselot y Andrea Sato Jabre

¿Desarrollo o dependencia?: el caso minero en Chile | 241

Mariano Treacy

Comentario de “¿Desarrollo o dependencia?: el caso minero en Chile”, de Gonzalo Durán, Santiago Rosselot y Andrea Sato Jabre | 259

Propuestas jurídicas de reformas de la protección de inversiones | 263

María Teresa Gutiérrez Haces

El Amicus Curiae: un dique legal para terceras partes frente a la resolución de disputas sobre inversión en los tratados de libre comercio y los acuerdos de inversión | 265

Tahimi Suárez Rodríguez

Comentario a “El Amicus Curiae: un dique legal para terceras partes frente a los efectos del mecanismo de resolución de disputas sobre inversión en los tratados de libre comercio” de María Teresa Gutiérrez Haces | 291

Tahimi Suárez Rodríguez

América Latina y la expropiación indirecta en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs): necesidad de una formulación desde el Sur

| 295

María Teresa Gutiérrez Haces

Comentario a “América Latina y la expropiación indirecta en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs): necesidad de una formulación desde el Sur” de Tahimí Suárez Rodríguez

| 321

Christian Pino Garrido

La auditoría ecuatoriana al sistema internacional de protección de inversiones: la necesidad de respuestas coordinadas desde el Sur Global frente al capital transnacional, la trampa de la deuda externa y la crisis climática

| 327

Sebastián Espinosa

Comentario al texto “La auditoría ecuatoriana al sistema internacional de protección de inversiones: la necesidad de respuestas coordinadas desde el Sur Global frente al capital transnacional, la trampa de la deuda externa y la crisis climática” de Christian Pino Garrido

| 351

Sobre las Autoras y autores

| 355

INTRODUCCIÓN A CARGO DE LOS COMPILADORES

Con mucha alegría presentamos aquí el segundo libro del Grupo de Trabajo de CLACSO “Lex Mercatoria, poder corporativo y derechos humanos”. Esta compilación busca contribuir a los debates sobre la arquitectura jurídica internacional que se fue consolidando durante la década de 1990, con especial atención a sus impactos en América Latina. Esta estructura jurídica está mayoritariamente compuesta por tratados de libre comercio y tratados de promoción y protección de las inversiones que incluyen el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS por su sigla en inglés) que permite a los inversores demandar a los Estados en el arbitraje internacional cuando éstos avanzan en regulaciones que modifican de algún modo la expectativa de ganancia empresaria.

CLACSO tiene ya una tradición de dos décadas de aporte a los estudios sobre la *lex mercatoria* y los tratados de comercio e inversión desde una perspectiva latinoamericana. Tomamos como pionero al libro del año 2005 compilado por Jaime Estay Reyno y Germán Sánchez Daza, *El ALCA y sus peligros para América Latina*, donde se hacía un aporte analítico para entender las cláusulas del Área de Libre Comercio

de las Américas (ALCA) y sus posibles impactos. Más recientemente, se han publicado libros que hacen un balance de las tres décadas del primer gran tratado de libre comercio, que es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Del TLCAN al T-MEC: 26 años de libre comercio* compilado por Marcela Orozco Contreras en 2023. También debemos sumar el estudio *El acuerdo entre el MERCOSUR y la Unión Europea: análisis integral de sus cláusulas y efectos*, escrito por Luciana Ghiotto y Javier Echaide, editado por CLACSO en conjunto con la Fundación Rosa Luxemburgo y el Partido de los Verdes en el Parlamento Europeo. Estos libros han preguntado por los motivos de la firma de estos tratados, intentando reconocer en cada caso a los ganadores y perdedores de las negociaciones. Frente a la profundización de los modelos extractivistas que estos tratados promueven, una conclusión común a la que llega la mayoría de estos estudiosos es que los perdedores son siempre las clases subalternas, el ambiente y los bienes comunes.

No solo en América Latina se dan estas discusiones. A escala global se engrosan las bibliotecas que explican la *lex mercatoria*, las condiciones para su constitución y su funcionamiento. Sobre esta literatura, podemos decir que el desarrollo teórico no es homogéneo, en el que una parte importante de los estudios se encargan solamente de describir esta arquitectura jurídica, entendiéndose incluso como una estructura necesaria para suplir el funcionamiento deficiente y parcial de los Estados. Así, la red de tratados de comercio e inversión habría sido un paso necesario para otorgar seguridad jurídica al capital circulante en forma de inversiones, y de este modo garantizar el arribo de capitales a los países del sur global.

Este libro, en cambio, intenta enmarcarse dentro de otra parte de la literatura, la que sostiene una mirada crítica sobre el surgimiento y funcionamiento de la arquitectura jurídica internacional. La mirada crítica que sostienen los artículos de este libro aporta a pensar desde otro foco la relación entre los Estados, las empresas transnacionales y las luchas sociales. Por ello presentamos artículos que muestran el vínculo entre la *lex mercatoria* y la pérdida de soberanía y capacidad regulatoria de los Estados, a la vez que se entiende que estos tratados tienen por objetivo disciplinar las luchas sociales al interior de los territorios.

Asimismo, durante los años 2023 y 2024 nuestro Grupo de Trabajo se preguntó: ¿cuáles son las especificidades de la *lex mercatoria* en América Latina?, ¿ha impactado esta estructura jurídica de manera diferencial sobre esta región? Como muchos de los artículos del libro señalan, este tema es altamente relevante ya que América Latina es una de las regiones con mayor cantidad de tratados de comercio e inversión vigentes, a la vez que ha recibido una enorme cantidad de demandas en el arbitraje internacionales (alrededor de un tercio de las demandas globales según datos del Transnational Institute¹). También desde América Latina han salido acciones para poner un freno a los tratados y al poder corporativo, en gran parte empujado desde las organizaciones sociales. Así, diversas acciones que se llevaron a cabo en la región han sido motivo de estudio a nivel global, desde las campañas contra los tratados (nacionales y regionales), pasando por los fallos judiciales nacionales en defensa del agua y el acceso al medio ambiente sano, hasta las estrategias de defensa jurídica, de salida del sistema y de auditorías integrales llevadas adelante por algunos Estados.

Hemos organizado este libro de acuerdo a los grandes temas que sus autores abordan. En un primer grupo se encuentran artículos que recorren las tendencias actuales de la *lex mercatoria* y cómo se presenta en la región, a la vez que aportan elementos teóricos para entender los tratados de comercio e inversión, sus cláusulas y los cambios en los temas que estos incorporan. En ese sentido, los textos de Ana García y Mariano Treacy traen una problemática reciente de la *lex mercatoria*, que es el rol de China, su participación en los tratados de inversión y sus inversiones en América Latina y África, en especial en el contexto de la competencia inter hegemónica por encabezar la transición energética. El texto de Carla Poth y Luciana Ghiotto, por su parte, toma la teoría crítica marxista para comprender la coherencia regulatoria y el concepto de “buenas prácticas regulatorias” incorporadas en los tratados comerciales de la última década. En una línea similar se encuentra el aporte de Rodrigo F. Pascual, quien deriva el surgimiento de la protección de inversiones del modo en que se ha configurado la lucha de clases.

1 Transnational Institute (TNI): ISDS en números, impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe. 7ma edición, octubre de 2024. En: <https://isds-americalatina.org/>

Un segundo grupo de textos nos lleva a debates de la economía política internacional, y la sociología jurídica para entender los impactos de la *lex mercatoria* en América Latina. Es interesante notar que dos de los capítulos, los de Magdalena Bas Vilizzio y Fiorella Ricagno y Paloma Milá, abordan el mismo caso, el de la empresa norteamericana Próspera contra Honduras, un caso reciente y muy resonante que muestra los efectos de las Zonas Especiales de Desarrollo Económico (ZEDE) en el marco de economías de enclave. Mientras el texto de Bas Vilizzio trabaja este caso trayendo el concepto de soberanía regulatoria, las autoras Ricagno y Milá discuten que la ZEDE Próspera pueda ser entendida como un micro-Estado dentro del territorio hondureño, ya que es el Estado quien termina siendo el garante para la ganancia del capital. El mismo tema del arbitraje retoma Juan Camilo Sarmiento Lobo, pero analizando tres casos de demandas arbitrales de empresas mineras canadienses contra Colombia, mostrando el proceso de las demandas y exponiendo lo que llama el “leguleyismo extractivista”. En esta misma sección se encuentra el texto de Jairo Vladimir Llano Franco, que expone las tensiones entre los pueblos indígenas y los inversores en Colombia y Ecuador; desarrollando el caso de Chevron contra este último país. Por último, el capítulo colectivo de Gonzalo Durán, Santiago Rosselot y Andrea Sato trae la discusión sobre el rol de la minería en Chile como el “sueldo” principal del país, lo cual se profundizó tras la liberalización comercial.

En un tercer grupo de artículos aparecen los aportes de las propuestas alternativas al sistema de protección de inversiones, intentando contestar la pregunta: ¿qué se puede hacer para cambiar o salir del sistema de protección de inversiones? Así, el texto de María Teresa Gutiérrez Haces cuestiona el modo en que aparece la figura del *Amicus Curiae* en los procesos en los que rige la prórroga jurídica. Su contribución muestra que si a esta figura se le diera una mayor envergadura, los procesos arbitrales no sólo tenderían a tener una mayor transparencia, sino también permitiría que los tribunales comprendieran mejor el punto de vista de los/as afectados/as. En un sentido semejante, Tahimi Suárez Rodríguez discute la figura de la expropiación indirecta. Su aporte no se limita a cuestionar el modo en que es utilizada en las demandas de los

inversores contra los Estados, sino que además se propone realizar una serie de propuestas que delimiten el uso de esta figura.

Por último, Christian Pino Garrido sistematiza la experiencia de la Comisión de Auditoría Integral de los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje (CAITISA) del Ecuador; la cual es de una importancia extraordinaria ya que representa un hecho único a nivel mundial: la revisión integral realizada por un Estado de los impactos de los tratados de inversión sobre su territorio y su población, acción que llevó a la denuncia de todos estos tratados por parte de Ecuador.

Finalmente, queremos hacer una aclaración sobre la metodología que ha seguido la elaboración de este libro, que ha llevado un periodo cercano a un año. De por sí, se trata de un abordaje diferente a otros libros que hemos compilado. Entendiendo que nos encontramos dentro de un debate, cada artículo es sucedido por un comentario de otro miembro del GT o de un/a intelectual invitado que realiza el comentario sobre este artículo. Esto quiere decir que cada autor/a de un artículo ha sido acompañado en el proceso de elaboración del mismo por su comentarista. El objetivo de este ejercicio ha sido enriquecer el debate, sosteniendo una metodología dialógica, para generar una conversación con otro/a especialista en el tema. Como compiladores, le hemos sugerido a los comentaristas que intenten responder las siguientes preguntas: ¿qué aportes hace este capítulo al campo de estudio de la *lex mercatoria* en América Latina? ¿Qué preguntas deja planteadas para seguir investigando? Creemos que el objetivo de generar un debate ha sido cumplido, y esperamos que esos comentarios extra ayuden al lector o lectora a tener una mirada más integral de cada problemática planteada.

¡Deseamos a todas y todos una buena lectura y un buen debate!

Río de Janeiro, La Plata, Ushuaia

Ana Saggiaro Garcia
Luciana Ghiotto
Rodrigo F. Pascual

Diciembre, 2024

TENDENCIAS EN LA LEX MERCATORIA

¿HACIA DÓNDE VA EL SISTEMA?

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN ENTRE CHINA Y AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

¿CAMBIOS O REFUERZO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA?

Ana Saggiaro Garcia

INTRODUCCIÓN

El debate crítico sobre los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y sus efectos en las economías y los pueblos de América Latina se ha consolidado a lo largo de las últimas décadas. La mayoría de los países de la región están plenamente integrados en el régimen internacional de inversiones, siendo parte de cientos de TBIs desde los años noventa. Como consecuencia, la región ha sido demandada, en el marco de estos tratados, por empresas multinacionales ante tribunales de arbitraje internacional, resultando en pérdidas económicas y sociales para los países y sus poblaciones. Según Ghiotto y Laterra (2020), al hacer un balance de 25 años de tratados de inversión y libre comercio en América Latina y el Caribe se revela que estos han otorgado privilegios legales extraordinarios a los inversionistas extranjeros y a sus países de origen, incrementando el poder de las empresas multinacionales en la región. China, por su parte, se posiciona hoy como uno de los principales inversionistas globales, además de ser el segundo país en el mundo en recibir flujos de inversión extranjera (United Nations Conference on Trade

and Development [UNCTAD], 2022). Muchos de los debates sobre el papel global de China se centran en los acuerdos e instituciones multilaterales que lidera, como la Iniciativa de la Franja y la Ruta; sin embargo, se ha debatido poco el rol de China en el régimen internacional de inversiones, a pesar de ser el país con mayor cantidad de tratados bilaterales de inversión en el mundo (UNCTAD, s.f.).¹

Este artículo revisará las relaciones entre China y América Latina mediante el análisis de los tratados bilaterales de inversión. Las relaciones comerciales y de inversión entre China y la región se han intensificado en las últimas décadas. El país asiático se ha convertido en una importante fuente de inversión y crédito, además de consolidarse como uno de los principales socios comerciales de los países latinoamericanos (CEPAL, 2018; Myers y Gallagher, 2020; Ray y Wang, 2019). El *boom* de las *commodities* en las décadas de 2000 y 2010 reforzó un modelo de crecimiento basado en la extracción de recursos naturales, agrícolas y energéticos en América Latina, destinado al mercado externo, con China como el principal vector de demanda, recordando la tradicional división internacional del trabajo. A pesar de las asimetrías y la dependencia que caracterizan estas relaciones comerciales, muchos gobiernos e intelectuales de América Latina perciben las relaciones con China como estratégicas para confrontar con el imperialismo estadounidense y crear un nuevo orden mundial multilateral (por ejemplo, Boron, citado en Svampa y Slipak, 2015).

Partimos del análisis de los TBIs como mecanismos centrales de una nueva Lex Mercatoria (Guamán, 2021; Hernández Zubizarreta, 2009) y como parte del proceso de internacionalización del Estado, tal como lo señalan Panitch y Gindin (2012). De esta manera, examinaremos las principales críticas a estos tratados desde una perspectiva crítica y marxista. Además, analizaremos cómo se inserta China en el régimen internacional de inversiones y cuáles son las particularidades de los TBIs chinos con los países de América Latina. Nos proponemos examinar en qué medida los

1 Se utilizó, para China, el recurso de búsqueda de países (Country Navigator) de la herramienta Investment Dispute Settlement Navigator del Investment Policy Hub de UNCTAD (s.f.).

tratados chinos refuerzan la nueva Lex Mercatoria, la cual otorga protección y garantías a las empresas transnacionales e inversionistas, frecuentemente en detrimento de los derechos humanos y del espacio soberano de los Estados, o si estos tratados presentan una alternativa al modelo tradicional. Con este análisis, buscamos contribuir a una comprensión más profunda del rol de China en la región y en el régimen de inversiones, explorando aspectos más allá de los debates geopolíticos.

TBIS, LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL ESTADO Y LA NUEVA LEX MERCATORIA

Existe una amplia literatura, tanto en América Latina como a nivel internacional, que aborda los tratados bilaterales de inversión (por ejemplo, Arroyo y Ghiotto, 2017; Vandeveld, 2009; Morosini y Sanchez Badin, 2018). Estos son instrumentos jurídicos fundamentalmente asimétricos, diseñados para proteger a las empresas y sus activos, originarios de países centrales, en países periféricos y dependientes. Surgidos en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, estos tratados se convirtieron en vectores de la globalización neoliberal de la década de 1990. Sus dispositivos y cláusulas incluyen: una definición amplia de inversor e inversión; el compromiso de trato nacional y trato justo y equitativo para el inversor extranjero; la cláusula de la nación más favorecida; la libre transferencia de fondos; la extensión de la vigencia de sus cláusulas por varios años, incluso después de la finalización del tratado; protección contra nacionalización, expropiación o medidas equivalentes; y, fundamentalmente, la cláusula inversor-Estado, que permite al inversor extranjero demandar directamente al Estado en un tribunal internacional si considera que se ha violado alguna disposición del tratado, sin necesidad de recurrir a instancias jurídicas nacionales. En el período más reciente, una nueva generación de tratados ha buscado corregir parcialmente algunas de estas distorsiones, restringiendo la cláusula inversor-Estado y/o introduciendo disposiciones sobre responsabilidad social empresarial (UNCTAD, 2018).

Comprendemos los TBIs como mecanismos de la nueva Lex Mercatoria que está expresada en el proceso de internacionalización

del Estado norteamericano en el siglo XX. La internacionalización del Estado implica que los mismos promueven actividades capitalistas fuera de sus fronteras, manteniendo una dimensión nacional. Tanto Estados centrales como periféricos impulsan la acumulación de capital a nivel local y global, contribuyendo al orden capitalista gestionado por Estados Unidos. (Panitch y Gindin, 2012; Garcia, Gaspar y Mendonça, 2021).

Esta integración global del capitalismo se manifiesta en redes de producción, el rol central del dólar en las finanzas globales y la alineación de los marcos jurídicos y económicos de otros Estados con los de Estados Unidos, lo que protege la acumulación de capital tanto nacional como extranjero (Garcia, Gaspar y Mendonça, 2021). La inversión mutua entre Europa, Japón y Estados Unidos fortaleció las redes globales de producción, lo que Panitch y Gindin (2012) describen como un “imperio informal”, marcado por la capacidad de Estados Unidos para influir y coordinar a otros Estados.

El trato nacional al inversor extranjero, uno de los principales dispositivos de los tratados bilaterales de inversión, es un componente fundamental en la construcción del capitalismo global bajo la hegemonía norteamericana. En una entrevista concedida a Garcia, Gaspar y Mendonça (2021, pp. 7-8), Panitch afirmó que

[en la década de 1990] el equilibrio de fuerzas en los principales Estados capitalistas, incluidos aquellos que se convirtieron en uno, como el Estado chino, era tal que apoyaban, facilitaban y ayudaban a gestionar las contradicciones de la movilidad transnacional del capital y el tratamiento del capital extranjero como capital nacional dentro de cada uno de los Estados individuales. [...] Esto no significa que no estuvieran apoyando a sus corporaciones multinacionales, lo estaban. Pero también se comprometían internamente a tratar el capital extranjero, en su propio país, de la misma manera que el capital nacional.

Panitch y Gindin (2012) sostienen que los TBIs estaban profundamente inscritos en las prácticas y normas legales de Estados Unidos,

“americanizando” así el derecho internacional. Este proceso requirió una amplia coordinación de las regulaciones nacionales estadounidenses con las instituciones internacionales, como el Banco Mundial, consolidando las normativas legales que protegen los derechos de los inversores frente a nacionalizaciones o expropiaciones.

En América Latina, la visión crítica de los tratados se basa en el concepto de la nueva *Lex Mercatoria*. Guamán (2021) afirma que, por nueva *Lex Mercatoria* se entiende un cuerpo normativo creado por grandes empresas transnacionales, *law firms* y ciertas agencias privadas internacionales, sin la mediación expresa del poder legislativo de los Estados. Está compuesto por reglas destinadas a disciplinar de manera uniforme, más allá de la soberanía de los Estados, las relaciones comerciales y financieras dentro de la unidad económica global que constituye el mercado (Lopez Ruíz apud Guamán, 2021). Los TBIs y sus mecanismos de arbitraje entre inversores y Estados, junto con los tratados de libre comercio y las políticas de ajuste y condicionalidades impuestas por las instituciones financieras internacionales, en particular el Fondo Monetario Internacional (FMI), constituyen los pilares de esta nueva *Lex Mercatoria* (Guamán, 2021).

Hernández Zubizarreta (2015) interpreta la nueva *Lex Mercatoria* como el derecho corporativo global que otorga a las empresas transnacionales derechos comerciales vinculantes, frente a los cuales el Derecho Internacional de los Derechos Humanos queda debilitado. Para el autor, no existen mecanismos o instancias adecuadas a nivel internacional para responsabilizar a los actores corporativos por violaciones de derechos humanos, ambientales y laborales. Al mismo tiempo, en el marco de las Naciones Unidas, el Pacto Global ha consolidado un conjunto de normas y códigos de conducta voluntarios, sin fuerza coercitiva. Esta asimetría normativa genera una “arquitectura jurídica de la impunidad” (Hernández Zubizarreta, 2013), ya que las empresas obtienen derechos, pero no obligaciones, en casos de violaciones de derechos humanos, ambientales y laborales.

Si bien la *Lex Mercatoria* implica una infraestructura político-jurídica por encima de las estructuras normativas nacionales,

se sustenta y se apoya en los pilares jurídicos de los estados nacionales, reforzando su papel como garante de las condiciones necesarias para la acumulación de capital. De hecho, Ghiotto (2023) cuestiona los motivos por los que Estados accedieron a ceder parte de su soberanía y su capacidad de implementar políticas públicas (*policy space*) al firmar estos tratados, que los ha llevado a una reconfiguración de sus funciones. Según la autora, los TBIs son una forma jurídica históricamente determinada que cristaliza una configuración particular de la relación entre capital y trabajo. Así, cuando las relaciones sociales de producción se toman como punto de partida, se comprende que los TBIs son formas legales que expresan el antagonismo social inherente a la relación capital-trabajo (Ghiotto, 2023).

Pascual sostiene que la transferencia de soberanía hacia el nivel global no debilitó a los Estados, sino que, por el contrario, fortaleció su capacidad de disciplinar y ejercer el control sobre la fuerza laboral dentro de sus territorios. Esto implica un refuerzo de la capacidad estatal para controlar el trabajo, ahora bajo reglas comerciales globales. Si bien algunas lecturas críticas apuntan a las consecuencias negativas para las clases subalternas y los sectores más vulnerables (como es el caso de la discusión sobre la nueva Lex Mercatoria), tienden a suponer que estas consecuencias pueden ser minimizadas mediante el fortalecimiento de las capacidades soberanas del Estado. Sin embargo, el Estado capitalista no es la solución, sino parte del problema (Pascual, 2024). En este sentido, los Estados no son víctimas de la globalización, sino que son actores que pueden imponer la ley del valor dentro de sus fronteras de manera más efectiva, en un intento de captar una porción del capital global.

CHINA EN EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Si bien el debate crítico sobre los tratados bilaterales de inversión se ha enfocado tradicionalmente en el poder corporativo de las empresas transnacionales con sede en los países capitalistas centrales y las instituciones financieras internacionales dominadas por ellos, hoy es imperativo expandir el análisis hacia las relaciones entre países del “Sur Global”. Actualmente, China ocupa el primer

lugar en el ranking de países con el mayor número de tratados de inversión. El país ha firmado 124 tratados bilaterales de inversión, además de otros 31 acuerdos que contienen provisiones relacionadas con la inversión (UNCTAD, s.f.).

Esta posición refleja su lugar e importancia en los flujos globales de inversión. El papel de la inversión extranjera en el proceso de desarrollo de China puede entenderse como un fenómeno de doble vía. A partir de finales de la década de 1970, el país adoptó una estrategia de apalancamiento de su economía, creando condiciones favorables para la atracción de inversión extranjera y consolidándose como un eslabón clave en las cadenas globales de producción de grandes multinacionales, especialmente de Estados Unidos y Europa. Este proceso se sustentó en un marco normativo y políticas económicas que incentivaron la entrada y permanencia de capital extranjero, orientado hacia una estrategia de desarrollo nacional. En particular, se promovieron empresas conjuntas con firmas locales y se incentivó la investigación y el desarrollo (Marques y Schutte, 2024).

Paralelamente, el ascenso de China como potencia económica la ha posicionado como un importante inversor internacional. A través de nuevos ciclos de acumulación de capital más allá de sus fronteras, sus empresas multinacionales y bancos han expandido operaciones en diversas regiones. En las regiones en desarrollo, esta expansión se ha centrado, en un primer momento, en la extracción de recursos naturales y energéticos, así como en la captación de nuevos mercados, y, en una segunda fase, en infraestructuras y manufacturas vinculadas a la transición energética. Mientras tanto, en los países centrales, China ha dirigido sus inversiones hacia los sectores financiero y tecnológico. En América Latina, estos procesos de inversión china han dado lugar, en algunos casos, a nuevos ciclos de expropiación, que pueden afectar a las poblaciones trabajadoras, profundizando las desigualdades existentes y generando tensiones sociales (Slipak y Ghiotto, 2019; Svampa y Slipak, 2015; Curty y Garcia, 2021).

Esta doble vía se refleja en las posiciones chinas en el régimen de inversiones y de arbitraje internacional. De acuerdo con Lin

(2024), China adopta un doble enfoque, con el objetivo de respaldar diferentes intereses políticos que requieren estrategias divergentes. A nivel internacional, China busca proteger los intereses de sus inversores en el exterior, promoviendo el arbitraje entre inversor y Estado como medio para la resolución de disputas. Paralelamente a esta postura “liberal” en el exterior, China desincentiva el uso del arbitraje en tratados de inversión a nivel doméstico, fomentando el uso de recursos locales para proteger a los inversores extranjeros, como discutiremos más adelante.

Según Bath (2018), China no muestra insatisfacción con el régimen vigente; por el contrario, busca adaptarse al orden liberal existente. Para la autora, sus tratados con otros países en desarrollo siguen el modelo tradicional, manteniendo cierta flexibilidad al tratar con cada socio, de modo que se acomoden sus preocupaciones e intereses (Bath, 2018). De este modo, China hace concesiones dentro de la estructura de tratados Norte-Sur para atraer inversiones y, más recientemente, para negociar un mejor acceso a los mercados y más protección como país exportador de capital (Morosini y Sanchez Badin, 2018). En este sentido, el país opera dentro del régimen actual de inversiones, adaptando las reglas existentes a las necesidades de protección de sus propias inversiones.

La literatura apunta hacia una periodización de los TBI chinos (Sauvant y Nolan, 2015; Bath, 2018; Lin, 2024). Su primer TBI fue con Suecia en 1982, y a éste le sigue la primera generación de acuerdos (1982-1998), que reflejaban el papel de China como receptor de inversiones extranjeras. En este caso, los TBI tenían un enfoque restrictivo de la protección de las inversiones: las disputas inversor-Estado en arbitraje internacional se limitaban a tratar únicamente el importe a indemnizar por expropiación. Los tribunales tenían que ser *ad hoc* y seguir las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, según la nomenclatura en inglés). Aunque China ratificó el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial, en 1993, estableció que las disputas en las que estuviera implicado el país sólo se

llevarían a arbitraje internacional si se referían a la cuantía de la indemnización (Du, 2022). El objetivo era proteger al Estado chino y su mercado interno de las empresas multinacionales que se instalaban allí (Sauvant y Nolan, 2015).

Bath (2018) señala que los TBI chinos de este periodo eran coherentes con sus políticas nacionales de inversión, sobre todo porque China se negaba a conceder trato nacional a los inversores extranjeros y limitaba la cláusula de nación más favorecida. Sin embargo, esto cambia en la siguiente fase, ya que China se convierte en un importante inversor internacional, además de recibir inversiones de multinacionales de otros países.

La segunda generación (1998-2008) se inauguró con un TBI con Barbados y amplió el ámbito del arbitraje internacional a cualquier disputa sobre inversiones, tanto en el CIADI como en tribunales *ad hoc* basados en las normas de la UNCITRAL (Sauvant y Nolan, 2015). Para Lin (2024), los TBI de segunda generación de China abarcan predominantemente a los Estados signatarios de África, el Sudeste Asiático y América Latina, en los que los inversores chinos que se dirigen al exterior requieren protección mediante el mecanismo inversor-Estados debido a los sistemas jurídicos menos desarrollados.

De hecho, en esta fase se producen cambios importantes. En 1998, China lanzó su estrategia de *Go Global* que fue incorporada en el Décimo Plan Quinquenal de Desarrollo Económico y Social, e incluía un conjunto de nuevas regulaciones para promover y proteger a las empresas chinas, en particular a las empresas estatales, en el extranjero (Bath, 2018; Lin, 2024). En 2001, la entrada de China en la Organización Mundial del Comercio (OMC) impulsó aún más su integración en la economía global y facilitó la salida de la inversión extranjera directa china. Esto implicó varios compromisos relacionados con la inversión, como el acceso de los inversores extranjeros a sectores anteriormente limitados (telecomunicaciones, finanzas, etc.), la eliminación de los requisitos de contenido local, entre otros (Bath, 2018). Posteriormente, en 2013, el gobierno de Xi Jinping presentó la Iniciativa de la Franja y la Ruta (BRI, según su nomenclatura en inglés), que constituye una

parte esencial de la política de expansión externa de China (Lin, 2024). En este sentido, China se convierte en una potencia inversora internacional y pasa a requerir protección a sus empresas y activos en el exterior.

Según Sauvant y Nolan (2015), desde 2008 existe una tercera generación de TBI chinos, que reflejan la búsqueda por protección y promoción de las inversiones en el extranjero, por un lado, y las normas internacionales para el trato de los inversores extranjeros, por otro. Estas normas permitían cierta flexibilidad para que China pudiera ejercer una política soberana en su territorio. Durante esta fase, además de los tratados bilaterales, China comenzó a negociar acuerdos más amplios, como tratados de libre comercio con capítulos de inversión (Bath, 2018). Además, China ha empezado a negociar tratados basados en los modelos de sus socios y no en los suyos propios, mostrando cierta flexibilidad y la capacidad de acomodar intereses particulares. En la evaluación de Lin (2024), China se ha posicionado proactivamente para asumir el rol de *rule maker* en el régimen de tratados de inversión, fortaleciendo su infraestructura jurídica nacional para alinearse con los estándares internacionales y así consolidar su participación en la gobernanza global.

En cuanto al sistema de arbitraje, a pesar de China haber ratificado la Convención del CIADI en 1993, el país no interviene en muchos casos. Hasta hoy hay solamente 9 casos en que China fue demandada por empresas transnacionales en foros de arbitraje, mientras que las empresas chinas han demandado a otros países en 20 casos (UNCTAD, s.f.; International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID], s.f.). Este aspecto resulta especialmente llamativo: China está inserta en el régimen de inversiones con tratados que reproducen las reglas tradicionales de protección a la inversión y al inversor. Sin embargo, el uso del mecanismo coercitivo de la cláusula inversor-Estado sigue siendo escaso.

Para Sauvant y Nolan (2015), esto podría explicarse por el hecho de que las empresas que invierten en China entienden que tendrían pocas posibilidades de ganar casos contra el país asiático, dada su restrictiva legislación nacional y el formato de los primeros TBI chinos. Además, los autores sostienen que las inversiones

son realizadas en gran medida por empresas estatales, que tienen suficiente influencia para buscar la resolución de las disputas por la vía diplomática (Estado-Estado), evitando el arbitraje. Por su vez, para Lin (2024), el abordaje restrictivo de China respecto al arbitraje en tratados de inversión, destinado a reducir las reclamaciones arbitrales de inversores extranjeros, resulta contraproducente a medida que China se convierte gradualmente en un inversor externo de importancia. La autora afirma que China ha adoptado una estrategia bifurcada y ambivalente para mantener su modelo particular: por un lado, está integrada a los regímenes de tratados de inversión y a las disposiciones liberales de arbitraje entre inversores y Estados; por otro lado, utiliza configuraciones institucionales domésticas para evitar involucrarse en arbitrajes internacionales de inversión. Este “desequilibrio” en la resolución de disputas entre inversores y Estados puede explicarse por la adopción instrumental y selectiva de normas internacionales y del orden neoliberal por parte de China (Lin, 2024).

De hecho, según Slipak y Ghiotto (2019), el gobierno chino ha decidido promover tribunales de arbitraje sobre inversiones en su propio territorio. Las principales instituciones de arbitraje comercial de China son: la Corte de Arbitraje Internacional de Shenzhen (SCIA), la Comisión de Arbitraje de Comercio Internacional y Económico de China (CIETAC), la Comisión de Arbitraje de Beijing (BAC), el Tribunal Comercial Internacional de China (CICC) y la Organización Internacional para la Prevención y Resolución de Disputas Comerciales (ICDPASO) (Slipak y Ghiotto, 2019; Lin, 2024). Además, en 2019 China instituyó la Ley de Inversión Extranjera con disposiciones como “no expropiación” y “trato nacional preestablecido con una lista negativa,” comunes en los TBIs (Lin, 2024).

La creación de este sistema doméstico, que opera en paralelo a foros creados por las potencias occidentales no implica que China rechaza el arbitraje inversor-Estado, al contrario. China considera este mecanismo como un medio ampliamente utilizado para resolver disputas de inversión. A diferencia de muchos países en desarrollo que no adhirieron o se retiraron del CIADI, China comenzó a aceptar la jurisdicción del CIADI en sus TBI, coincidiendo con el aumento

de sus inversiones en el extranjero. Las generaciones más recientes de TBI de China adoptan el arbitraje entre inversor y Estado para una amplia gama de disputas y favorecen predominantemente el CIADI (Lin, 2024). En este sentido, según Slipak y Ghitto (2019), no se cambia el fondo de los tratados, sólo la forma.

Acuerdos de protección de inversiones de China en América Latina y el Caribe

China es el miembro de los BRICS con el mayor número de acuerdos de inversión en América Latina y el Caribe, lo que refleja su posición global. El país cuenta con 15 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y cuatro Tratados de Libre Comercio (TLC) con países de la región. Los primeros TBI fueron firmados en 1992 con Bolivia y Argentina, mientras que el más reciente fue firmado con Bahamas en 2009. En cuanto a los TLC, el primero se firmó con Chile en 2005 y el más reciente con Ecuador en 2023. La Tabla 2 muestra la relación y distribución de los acuerdos de inversión y de libre comercio de China en la región.

Tabla 2 – Acuerdos de Inversión y Libre Comercio de China en América Latina y el Caribe (ALC)

Nº	Tipo	País	Status	Firmado en	Vigente desde	Finalizado en
1	TBI	Bolivia	Vigente	1992	1996	2014
2	TBI	Argentina	Vigente	1992	1994	-
3	TBI	Uruguay	Vigente	1993	1997	-
4	TBI	Ecuador	Finalizado	1994	1997	2018
5	TBI	Chile	Finalizado	1994	1995	2014
6	TBI	Perú	Vigente	1994	1995	-
7	TBI	Jamaica	Vigente	1994	1996	-
8	TBI	Cuba	Vigente	1995	1996	-
9	TBI	Barbados	Vigente	1998	1999	-
10	TBI	Trinidad y Tobago	Vigente	2002	2004	-
11	TBI	Guyana	Vigente	2003	2004	-

12	TLC	Chile	Vigente	2005	2006	-
13	TBI	Costa Rica	Vigente	2007	2016	-
14	TBI	México	Vigente	2008	2009	-
15	TBI	Colombia	Vigente	2008	2013	-
16	TLC	Perú	Vigente	2009	2010	-
17	TBI	Bahamas	Firmado	2009	-	-
18	TLC	Costa Rica	Vigente	2010	2011	-
19	TLC	Ecuador	Firmado	2023	-	-

Fuente: Elaboración propia con base en los datos de la UNCTAD (s.f.).

Revisamos todos los textos de los tratados de inversión entre China y países de América Latina y Caribe disponibles en la página de UNCTAD.² La primera generación de tratados bilaterales de inversión entre China y los países de América Latina y el Caribe incluye los acuerdos con Bolivia (1992), Argentina (1992), Uruguay (1994), Ecuador (1994), Chile (1994), Perú (1994), Jamaica (1994) y Cuba (1995). Estos tratados siguen el modelo tradicional de los TBI. La **definición de inversión** es amplia, abarcando bienes muebles e inmuebles, participación en empresas, propiedad intelectual y derechos de autor; concesiones para la explotación de recursos naturales, entre otros. El tratado China-Argentina (1992) amplía la categoría de inversor para incluir a empresas que, aun estando ubicadas en un tercer Estado, cuenten entre sus accionistas con una persona jurídica de una de las Partes.

Todos los tratados incluyen el **trato nacional** y el **trato justo y equitativo** para el inversor extranjero. Además, incorporan la cláusula de nación más favorecida, con las excepciones tradicionales para áreas de libre comercio, unión aduanera, integración regional y acuerdos sobre doble tributación.

Los tratados establecen que las **expropiaciones, nacionalizaciones o medidas equivalentes** solo pueden llevarse a cabo

2 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china?type=bits> (acceso en octubre de 2024).

por interés público, siguiendo el debido proceso legal, sin discriminación y mediante una compensación justa y efectiva. Todos los tratados prevén la posibilidad de que el inversor inicie un arbitraje contra el Estado anfitrión en virtud de las cláusulas del tratado, aunque limitan la disputa al monto que se debe pagar en indemnización. Con la excepción del TBI China-Cuba (1995), todos los tratados establecen el CIADI como foro de arbitraje, o un tribunal *ad hoc* bajo las reglas de la UNCITRAL.

Los tratados chinos de esta generación no imponen ninguna restricción a la **libre transferencia de fondos**. El TBI China-Chile (1994) es una excepción, ya que establece que la repatriación de capitales desde Chile sólo puede transferirse un año después de su entrada en el territorio, a menos que su legislación prevea un trato más favorable. Los tratados tienen una **duración** media de 10 años, y sus cláusulas pueden seguir en vigor otros 10 años después de la finalización del acuerdo. Ninguno de ellos contempla la responsabilidad social de las empresas.

Los tratados de segunda generación incluyen los TBI con Barbados (1998), Trinidad y Tobago (2002), Guyana (2003) y Costa Rica (2007). Todos ellos reproducen literalmente los TBI tradicionales, manteniendo las garantías y derechos para los inversores extranjeros expuestos anteriormente en los tratados de primera generación. La diferencia más relevante en todos ellos es que un inversor puede iniciar un arbitraje sobre *cualquier* diferencia legal o disputa sobre la inversión, y ya no sólo sobre la cuantía de la indemnización. Además, el TBI entre China y Guyana (2003) establece una excepción adicional al principio de nación más favorecida, que permite a las Partes conceder incentivos especiales a sus propios ciudadanos y empresas para estimular la creación o el crecimiento de industrias locales, siempre que dichos incentivos no perjudiquen a las inversiones de la otra Parte.

Los tratados de tercera generación son los TBI con México (2008), Colombia (2008) y Bahamas (2009). A pesar de mantener las garantías y los derechos para los inversores extranjeros, como en los TBI tradicionales, estos tratados tienen textos más precisos y detallados en algunas cláusulas. Los TBI China-México (2008) y China-Colombia

(2008) ofrecen una definición más específica y detallada de las inversiones. En el caso de México, el tratado excluye de la definición de inversiones las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales o de la concesión de créditos relacionados con transacciones comerciales. En el caso de Colombia, la definición de inversión no incluye las operaciones de deuda pública, los derechos pecuniarios derivados exclusivamente de un contrato comercial y los créditos concedidos en relación con una transacción comercial. Además, las características mínimas de una inversión deben ser el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o beneficio y la asunción de riesgo por parte del inversor.

El TBI China-Colombia (2008) especifica los conceptos de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas, afirmando que no requieren un trato adicional al nivel mínimo de trato a los extranjeros mantenido por el derecho internacional consuetudinario. En cuanto al principio de nación más favorecida, además de las excepciones tradicionales de trato preferencial derivadas de un tratado de libre comercio, unión aduanera o unión monetaria, incluye una cláusula que excluye de este principio los mecanismos de solución de controversias previstos en los tratados de inversión.

En el TBI entre China y México (2008), los procedimientos de arbitraje están bien definidos. En el TBI China-Colombia (2008), la cláusula de protección contra la expropiación o medidas equivalentes especifica que la expropiación indirecta requiere una investigación caso por caso basada en hechos, y aclara que las medidas no discriminatorias adoptadas en nombre de la salud pública, la seguridad y la protección del medio ambiente no constituyen expropiación.

A pesar de esta especificación, ninguno de los tratados de China con los países de ALC contiene disposiciones sobre la **responsabilidad social** de las empresas. Sus cláusulas reproducen los TBI tradicionales, con las excepciones antes mencionadas, con amplias garantías para los inversores. Podemos decir que China tiene cierta flexibilidad a la hora de tratar con cada socio, pero mantiene sus intereses estratégicos para la inversión

y el comercio. Sus tratados no presentan un modelo alternativo para América Latina y otros países del Sur Global. La Tabla 3 resume el análisis documental de los TBI chinos en la región.

Tabla 3 Características de los TBI de China con países de ALC

Cláusulas	TBIs con China
Definición exhaustiva de inversión	Sí, con más precisión en los casos de México y Colombia
Trato nacional	Sí
Trato justo y equitativo	Sí, con especificaciones en el caso de Colombia
Nación Más Favorecida	Sí, con excepciones tradicionales y adicionales en el caso de Guyana y Colombia.
Protección contra la expropiación directa y medidas equivalentes	Sí, con especificación en el caso de Colombia.
La libre transferencia de recursos	Sí, con restricciones en el TBI con Chile.
Mecanismo de solución de controversias entre inversor y Estado	CIADI y/o tribunal ad hoc según las normas de la UNCITRAL, con detalles en los casos de México y Colombia.
Duración del tratado	Una media de 10 años, con protección durante otros 10 años tras la expiración.
Responsabilidad social y ambiental	No

Fuente: Elaboración propia

Casos de arbitraje en América Latina y el Caribe

Como se ha mencionado, China ha sido demandada en nueve casos de arbitraje iniciados por inversores extranjeros, mientras que inversores chinos han impulsado 20 casos contra otros Estados nacionales (UNCTAD, s.f.; ICSID, s.f.). De estos, cinco han sido dirigidos contra países de América Latina y el Caribe. El primero fue presentado por un inversor chino contra Perú en

2007 y se resolvió a favor del inversor en el CIADI. El segundo se inició contra Ecuador en 2022 y sigue pendiente. El tercero, contra Trinidad y Tobago en 2023, también permanece en curso. En junio de 2024, la empresa minera china Continental inició una acción contra Colombia, y en ese mismo mes, Ganfeng International Trading, junto con las británicas Bacanora Lithium y Sonora Lithium, emprendió una acción contra México.

El primer caso se inició en 2007 y se refiere a un litigio entre un inversor chino, el Sr. Tza Yap Shum, y la República del Perú, relacionado con el sector de la fabricación de alimentos, más concretamente con una empresa peruana que exportaba harina de pescado a los mercados asiáticos. El Sr. Shum reclamó, basándose en el TBI entre Perú y China, una expropiación indirecta mediante la cancelación de su cuenta bancaria por impago de impuestos. En un primer momento, el inversor extranjero obtuvo la victoria y recibió una indemnización de 780.000 dólares en julio de 2011 (UNCTAD, 2007). Sin embargo, un comité de arbitraje ad hoc decidió posteriormente anular el caso en febrero de 2015.³

El segundo caso que se llevó a arbitraje tuvo lugar aproximadamente una década y media después del primero, en 2022, cuando la empresa china Junefield Gold presentó una demanda contra el Estado de Ecuador en virtud del TBI establecido entre China y Ecuador en 1994. La demanda se refería al proyecto minero de oro y plata Molleturo, en la provincia ecuatoriana de Azuay. El proyecto es operado por Ecuagoldmining, un consorcio formado por las chinas Junefield Gold y Hunan Gold, y fue paralizado por el gobierno ecuatoriano en 2018. La paralización se debió a las presiones y protestas de los habitantes de Molleturo, que no fueron debidamente consultados de forma previa, libre e informada, y a las violaciones de los derechos humanos y naturales (Gandarrillas et al., 2022). En 2020, Junefield Gold notificó a Ecuador que llevaría el caso a arbitraje. En 2022, la empresa china llevó el caso ante un tribunal ad hoc, alegando falta de trato

3 . <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/255/tza-yap-shum-v-peru> (acceso en octubre 2024)

justo y equitativo, ocurrencia de expropiación indirecta; falta de protección al inversor/seguridad jurídica para el inversor porque la empresa había perdido el control de sus minas debido a las protestas de las comunidades locales (UNCTAD, 2022; Ciar Global, 2022). La cantidad reclamada por Junefield por incumplimiento del TBI ascendía a 480 millones de dólares en el momento de la notificación.⁴

El tercer caso de arbitraje se produjo en abril de 2023, cuando la empresa china China Machinery Engineering Corporation (CMEC) presentó una demanda contra Trinidad y Tobago ante el CIADI, en relación con disputas sobre un proyecto de producción de acero (Fisher, 2023). Se argumenta que el Estado cerró la planta y echó al contratista, y no pagó en las cantidades adeudadas a CMEC en virtud de dos contratos relacionados con el proyecto con Alutrint Limited, propiedad del Estado, tras la terminación del proyecto.⁵

Por último, los dos casos más recientes, de 2024, fueron presentados por empresas mineras chinas en América Latina. La Continental Gold, filial de la empresa china Zijin Mining, accionó contra Colombia por la paralización de las operaciones en la mina de oro de Buriticá tras un atentado en el que murieron dos personas y varias resultaron heridas (Velez, 2024). La empresa china Ganfeng registró un caso contra el gobierno mexicano por la concesión minera en el estado de Sonora. El proyecto sigue a la legislación promovida en 2022 que nacionalizó el sector del litio del país. La nacionalización permite a las empresas privadas explotar el metal solo en asociación con la minera estatal LitioMx. Las concesiones fueron canceladas por las autoridades mineras, argumentando que Ganfeng no había cumplido los requisitos mínimos de inversión (Reuters, 2024).

4. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1260/junefield-v-ecuador> (acceso en octubre 2024)

5. https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/23/8;http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C11137/DS19648_En.pdf (acceso en octubre 2024)

Tabla 4. Casos de arbitraje inversor-Estado que implican a China en ALC

Reclamante	Respondiente	Año de Registro	Tribunal	Status
Bacanora Lithium Limited, Sonora Lithium Ltd., y Ganfeng International Trading (Shanghai) Co. Ltd.	México	2024	CIADI	Pendiente
Zijing-Continental Gold	Colombia	2024	No disponible	Pendiente
China Machinery Engineering Corporation (China)	Trinidad y Tobago	2023	CIADI	Pendiente
Junefield Gold Investments Limited (China)	Ecuador	2022	Tribunal Permanente de Arbitraje	Pendiente
Tza Yap Shum (China)	Perú	2007	CIADI	Decidido en favor del inversor

Fuente: elaboración propia a partir de UNCTAD (s.f.); ICSID (s.f.); Reuters (2024)

CONCLUSIÓN

En este capítulo analizamos las relaciones económicas entre China y América Latina y el Caribe a partir de los tratados bilaterales de inversión. Nuestra investigación indaga hasta qué punto los tratados de inversión chinos refuerzan la nueva Lex Mercatoria o si, por el contrario, pueden presentar una alternativa al modelo tradicional. Con este enfoque, buscamos comprender en mayor profundidad el rol de China en la región y en el régimen de inversiones, explorando dimensiones que trascienden los debates geopolíticos.

Demostramos que China se ha consolidado en las últimas décadas como una potencia económica, integrándose plenamente al régimen internacional de inversiones. En este proceso, China

se incorporó al capitalismo global mediante la recepción de un volumen significativo de inversiones provenientes de empresas transnacionales norteamericanas y europeas, consolidándose como un eje central en las cadenas de valor globales. Simultáneamente, ha condicionado la entrada de capital extranjero a un conjunto de reglas orientadas a impulsar su estrategia de desarrollo económico y tecnológico nacional. Así, China también se ha convertido en una destacada potencia inversora.

En este marco, China promueve, a su manera, la internacionalización del Estado, aunque enfrenta tensiones y disputas derivadas de la constante contención tecnológica y comercial impulsada por Estados Unidos y sus aliados. No obstante, esto no implica que China esté subordinada al capitalismo global liderado por Estados Unidos en la misma medida que otros países en desarrollo. Por el contrario, China ha trazado su propia estrategia de desarrollo y compete activamente por mercados, materias primas y tecnologías de vanguardia.

Sin embargo, esta dinámica no transforma los modos de acumulación ni las luchas de clase. De hecho, el Estado chino desempeña un papel central como administrador y garante de los flujos de capital, así como de las condiciones laborales y sociales necesarias para la acumulación de capital —tanto público como privado— dentro y fuera de su territorio.

Este proceso se refleja en los tratados bilaterales de inversión de China. Inicialmente, su modelo de TBI reflejaba su rol como receptor de inversiones de grandes multinacionales occidentales, adoptando un enfoque más restrictivo. Sin embargo, a medida que China se consolidó como uno de los principales exportadores de capital a nivel mundial, tanto hacia países desarrollados como en desarrollo, su modelo de TBI se adaptó, asemejándose cada vez más a las normas de las potencias tradicionales y ampliando la protección de sus empresas en el extranjero. En este sentido, China se ha ajustado a las reglas, normas y estándares existentes de protección de inversiones, buscando adaptarse a las demandas de sus socios siempre que se salvaguarden sus intereses estratégicos.

El contexto actual de reformas en los TBI, que abordan la orientación hacia el desarrollo sostenible, limitaciones al arbitraje

inversor-Estado y una mayor autonomía para la regulación nacional, ha implicado a otros países BRICS, como Brasil, India y Sudáfrica, pero no a China. En el caso de América Latina y el Caribe, los tratados con China tienden a reproducir el modelo tradicional, garantizando protección al inversor frente al Estado nacional. En este sentido, puede afirmarse que China refuerza, sin ofrecer una alternativa, la nueva Lex Mercatoria.

Sin embargo, las empresas transnacionales chinas utilizan poco el mecanismo coercitivo de la nueva Lex Mercatoria, es decir, el sistema de arbitraje inversor-Estado. Como discutimos, China ha desarrollado mecanismos domésticos de mediación de controversias, de modo que los inversores extranjeros en China han optado por utilizar estos mecanismos nacionales, evitando llevar a China a tribunales internacionales. A su vez, las empresas chinas prefieren negociaciones directas o formas alternativas de mediación y resolución de conflictos, recurriendo a contactos diplomáticos.

Al mismo tiempo, China no excluye la cláusula inversor-Estado ni el CIADI como foro de arbitraje en los tratados con los países de América Latina y el Caribe. Todos sus TBI en la región incluyen al CIADI como instancia para la resolución de disputas sobre inversiones. En los últimos dos años, entre 2022 y 2024, se ha registrado un aumento en los casos iniciados por empresas chinas contra países de la región, lo cual podría señalar una tendencia, aunque aún es temprano para afirmarlo con precisión. En cualquier caso, los tratados chinos no presentan una alternativa, ya que “no generan un nuevo tipo de reglas ‘contestatarias’ frente a un orden global en decadencia, sino que reformulan ese mismo orden en función de estos objetivos” (Slipak y Ghiotto, 2019, p. 33).

En general, podemos concluir que China tiende a reproducir los patrones existentes cuando estos sirven a sus estrategias, de la misma forma en que lo han hecho y continúan haciendo Estados Unidos, Europa y Japón. Si bien es fundamental considerar la relevancia de las relaciones con China en el actual contexto de disputas geopolíticas con Estados Unidos, también es necesario atender a los impactos y contradicciones sociales, ambientales y laborales en los territorios donde se implementan los proyectos de inversión de

empresas transnacionales chinas. Corresponde a los países latinoamericanos buscar romper con la dependencia del extractivismo y la exportación de recursos naturales, y orientar su desarrollo hacia un modelo de vida más justo y sostenible.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo, Alberto Picard y Ghiotto, Luciana (2017). Brasil y la nueva generación de acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones: un análisis del tratado con México. *Relaciones Internacionales*, 26(52), 39-54. https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2314-27662017000100003&lng=es&tlng=es

Bath, Vivienne (2018). The South and alternative models of trade and investment regulations: Chinese investment and approaches to international investment agreements. En Fabio Morosini y Michelle Rattton Sanchez Badin (eds.), *Reconceptualizing international investment law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.

CEPAL (2018). *Explorando nuevos espacios de cooperación entre América Latina y el Caribe y China*. Santiago: Naciones Unidas. <https://hdl.handle.net/11362/43213>

Ciar Global (10 de octubre de 2022). Minera china Junefield demanda en arbitraje a Ecuador en medio de denuncias. <https://ciarglobal.com/minera-china-junefield-demanda-en-arbitraje-a-ecuador-en-medio-de-denuncias/>

Curty, Rodrigo Pereira y Garcia, Ana (2021). A teoria crítica de Robert W. Cox como método para uma análise das relações entre China e América Latina. *Revista OIKOS*, 20(2), 184-201. <https://revistas.ufrj.br/index.php/oikos/article/view/52061>

Du, Juan (2022). Restrictive ISDS clauses under Chinese BITs: interpretations and implications for China. *Asia Pacific Law Review*, 30(2), 382-400. <https://doi.org/10.1080/10192557.2022.2085411>

Fisher, Toby (12 de abril de 2023). Trinidad hit with first treaty claim in decades. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/article/trinidad-hit-first-treaty-claim-in-decades>

Garcia, Ana; Gaspar, Debora y Mendonça, Filipe (2021). The

growing contradictions within the empire: an interview with Leo Panitch. *Studies in Political Economy*, 102(1), 3-14. <https://doi.org/10.1080/07078552.2021.1901013>

Ghiotto, Luciana (2023). Trade and investment agreements from a critical international political economy perspective. En Christoph Scherrer, Ana Garcia y Joscha Wullweber (eds.), *Handbook on Critical Political Economy and Public Policies*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Ghiotto, Luciana y Latorra, Patricia (eds.) (2020). *25 años de tratados de libre comercio e inversión en América Latina: análisis y perspectivas críticas*. Buenos Aires: El Colectivo/Fundación Rosa Luxemburgo.

Guamán, Adoración (2021). Lex Mercatoria: una aproximación desde la óptica de los derechos humanos. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1(374), 89-126. <https://revista.acj/articulo/view/227>

Gandarrillas, Marco A. et al. (coords.) (2022). *Derechos Humanos y Actividades Empresariales Chinas en Latinoamérica: casos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela*. Santiago: Colectivo sobre Financiamiento e Inversiones Chinas, Derechos Humanos y Ambiente [CICDHA]. <https://amazonwatch.org/assets/files/2022-derechos-humanos-y-actividades-empresariales-chinas-en-latinoamerica.pdf>

Hernández Zubizarreta, Juan (2009). *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa - De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Bilbao: Hegoa/Omal.

Hernández Zubizarreta, Juan (22 de noviembre de 2013). Arquitectura jurídica de la impunidad. *Diagonal*. <https://www.diagonal-periodico.net/global/20852-arquitectura-juridica-la-impunidad.html>

Hernández Zubizarreta, Juan (2015). The new global corporate law. En Transnational Institute [TNI], *State of power 2015*. <https://www.tni.org/en/stateofpower2015>

International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID] (s.f.). *Cases database*. Washington: World Bank Group.

<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>

Lin, Yating (2024). 'China's Disequilibrium' in ISDS: an interplay of China's trade-offs and domestic institutions to investment treaty policy. *Journal of International Dispute Settlement*, 15(4), 573-608. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idae017>

Marques, Tomás Costa de Azevedo y Schutte, Giorgio Romano (2024). An analysis of the Chinese inward FDI development and regulation policy and the Five-Year Plans. *Brazilian Journal of Political Economy*, 44(2), 261-279. <https://doi.org/10.1590/0101-31572024-3564>

Morosini, Fabio y Sanchez Badin, Michelle Ratton (eds.) (2018). *Reconceptualizing international investment law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.

Myers, Margaret y Gallagher, Kevin (18 de marzo de 2020). Scaling Back: Chinese Development Finance in LAC, 2019. *The Dialogue*. <https://thediologue.org/analysis/scaling-back-chinese-development-finance-in-lac-2019/>

Panitch, Leo y Gindin, Sam (2012). *The making of global capitalism: the political economy of the American empire*. London/ New York: Verso.

Pascual, Rodrigo (2024). Tratados de protección de la inversión extranjera y lucha de clases. En Ana Garcia, Rodrigo Pascual, Carla Poth (coords.), *Poder corporativo, Estado y luchas sociales: apuntes desde el derecho y la economía política internacional* (Boletín Lex Mercatoria, poder corporativo y derechos humanos n° 2). Buenos Aires: CLACSO. https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2024/04/V1_Poder-corporativo-Estado-y-luchas-sociales_N2.pdf

Ray, Rebecca y Wang, Kehan (2019). *China-Latina America Economic Bulletin* (GCI Economic Bulletin - 2019 Edition). Boston: Boston University. <https://www.bu.edu/gdp/files/2019/05/GCI-Bulletin-Final-2019.pdf>

Reuters (24 de junio de 2024). China's Ganfeng files arbitration against Mexico over lithium deposit. <https://www.reuters.com/markets/commodities/miners-including-chinas-ganfeng-launch-arbitration-case-against-mexico-over-2024-06-24/>

Sauvant, Karl P. y Nolan, Michael D. (2015). China's outward

foreign direct investment and international investment law. *Journal of International Economic Law*, 18(4), 893-934. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgv045>

Slipak, Ariel y Ghiotto, Luciana (2019). América Latina en la Nueva Ruta de la Seda: el rol de las inversiones chinas en la región en un contexto de disputa (inter)hegemónica. *Cuadernos del CEL*, 4(7), 26-55. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/125605>

Svampa, Maristella y Slipak, Ariel (2015). China en América Latina: del consenso de los commodities al consenso de Beijing. *Revista Ensamblés*, 2(3), 34-63. https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/105282/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD] (s.f.). *Investment Policy Hub: Investment Dispute Settlement Navigator* (tool). <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD] (2018). *IIA Issues Note: recent developments in the international investment regime*. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d1_en.pdf

United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD] (2022). *World Investment Report: International Tax Reforms and Sustainable Investment*. https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_en.pdf

Vandevelde, Kenneth J. (2009). A brief history of international investment agreements. En Karl P. Sauvant y Lisa E. Sachs (eds.), *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*. New York: Oxford University Press.

Velez, Salome Beyer (23 de julio de 2024). Continental Gold sues Colombia for not protecting biggest gold mine from neo-paramilitaries. *Latin America Reports*. <https://latinamericareports.com/continental-gold-sues-colombia-for-not-protecting-biggest-gold-mine-from-neo-paramilitaries/9330/>

COMENTARIO A “TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN ENTRE CHINA Y AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: ¿CAMBIOS O REFUERZO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA?” DE ANA SAGGIORO GARCIA

Rodrigo F. Pascual

No tocar, peligro de muerte
Oh no tocar, las tibias y la calavera
Hacen dudar, me hacen ir más allá
Verte correr, verte pedirme más

(Carlos de France y Alberto Comesaña, Me haces tanto bien)

En este artículo, como nos tiene sanamente acostumbrados, Ana Saggioro García nos proporciona un antídoto contra el campismo imperante en las perspectivas sobre las relaciones internacionales “nuestroamericanas”.

El trabajo resulta de una extensa investigación sobre los vínculos económicos y políticos entre China y América Latina. Su pregunta acerca de las innovaciones chinas en los instrumentos regulatorios del comercio y la inversión rápidamente se aleja del terreno politológico. De esta forma aborda la problemática desde el marxismo anglosajón, de Panitch y Gindin. Su propuesta radica en comprender aquellos acuerdos desde el punto de vista de la dominación y explotación de clase mediada por la competencia interestatal. Su marxismo, en efecto, ayuda a cuestionar las coordenadas del campismo nuestroamericano.

Contra toda ilusión progresista que rodea a la noción de “cooperación sur-sur”, Ana estudia los acuerdos de protección de inversión firmados entre China y América Latina. En primer lugar, realiza una periodización de los diversos acuerdos. Indica que las

transformaciones en la estructura de los acuerdos de protección de inversiones se vinculan con los desplazamientos en el aparato productivo chino y en el modo en que se inserta en el mercado mundial y el sistema internacional de estados. En este sentido, señala que cada etapa resulta de diversas estrategias en relación con aquella inserción. Así, mientras que los primeros acuerdos tenían por objeto atraer inversiones, los más recientes apuntan a proteger a sus inversiones en el extranjero. De este modo, se comprende que para Ana Saggiore García la determinación que está detrás de estos acuerdos es la misma que rige para los países centrales: la competencia intercapitalista mediada por la competencia entre estados.

En este sentido, la cuestión central no es si China asume acríticamente la estructura de los acuerdos de protección de inversiones en tanto que parte partícipe del imperio informal norteamericano; sino que si lo hace es porque a través de ello defiende sus intereses que, no obstante, pueden resultar opuestos a los de Estados Unidos. Pero más importante aún, China asume esos acuerdos de modo acrítico porque antes que representar los intereses del imperio informal norteamericano se ajustan a la ofensiva del capital sobre el trabajo estructurada en torno a los procesos de internacionalización del capital (comercio e inversión). De modo que expresan correlaciones de fuerza globales del capital sobre el trabajo de los cuales China es parte sustantiva.

De esta forma, Saggiore Garcia no sólo muestra que los acuerdos firmados con América Latina tienen una estructura semejante a los firmados entre los países centrales (impulsados por Estados Unidos) con “nuestraamerica” sino que, además, indaga en el modo en que estos “instrumentos” fueron utilizados por los capitales chinos para demandar a estados de América Latina. Así, señala que no se trata de ningún tipo de complementariedad sur-sur, ni de acuerdo más amistoso para “nuestramérica”. En lo más fundamental, estos acuerdos comparten las determinaciones de la protección de inversiones. Las amistades con China son tan peligrosas como con cualquier otro país. Esto no sólo porque no hay complementariedad interestatal sin su reverso: la competencia; o lo que es lo mismo, no hay cooperación sur-sur sin competencia

sur-sur, norte-norte, norte-sur sin la determinación de la relación del capital detrás; sino porque lo que está detrás de la cooperación es la explotación del capital sobre el trabajo. Más aún, los estados cooperan entre sí en tanto que son momentos fragmentados de la dominación política del capital sobre el trabajo. Así, el trabajo de Ana Saggiaro García resulta en un antídoto contra la geopolítica campista politicista nuestroamericana. Pero más importante aún, su aporte resulta en una advertencia mayor, las amistades entre estados y clases subalternas resultan en un incendio del primero sobre el segundo.

Como advierte la canción "No tocar, peligro de muerte... Ya sabes como mantener la hoguera. Ya sabes como sabe ya mi piel" (ídem). Cuando las clases subalternas mantienen amistades con los estados siempre terminamos prendidos fuego.

PROTECCIÓN DE INVERSIONES

ANOTACIONES CRÍTICAS

Rodrigo F. Pascual

Walked out this morning, I don't believe what I saw
Hundred billion bottles washed up on the shore
Seems I'm not alone at being alone
Hundred billion castaways, looking for a home

I'll send an S.O.S to the world
I'll send an S.O.S to the world
I hope that someone gets my
I hope that someone gets my
I hope that someone gets my message in a bottle, yeah

(“Message in a Bottle”. The Police)

INTRODUCCIÓN: PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y NEOLIBERALISMO

Los estudios críticos sobre los Acuerdos de Protección de Inversiones (API) suelen identificar estos acuerdos con las políticas neoliberales. En este sentido, se puede observar al conjunto de los trabajos compilados por Echaide (2017a), Ghiotto y Laterra (2020), así como también al estudio hecho de modo conjunto por los principales referentes del tema en Latinoamérica congregados en la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA, 2017). Sin embargo, la continuidad de estos API durante los gobiernos postneoliberales en América Latina advierte sobre la vaguedad de este vínculo.

Esta identidad se yergue sobre diversas operaciones de ensanchamiento de la categoría “neoliberalismo”. Una de estas es la que lo encadena con la noción de “nueva arquitectura financiera global” (CAITISA, 2017). Los API sufren una operación semejante. Así, ambos quedan anudados por la noción de neoliberalismo al ser

parte de la “nueva arquitectura financiera”. Se enfatiza en que las calificadoras de riesgo son uno de sus principales vasos comunicantes. De aquí que se señale que ambos serían parte integrante del capitalismo financiarizado o resultado del comando del capital dinero (Pascual, Ghiotto y Lecumberri Dalía, 2007; Ghiotto, 2010, 2015, 2023; Pascual, 2016). De este modo, las críticas desdibujan la especificidad de los API, así como del neoliberalismo.

Desde nuestra perspectiva, la asociación entre neoliberalismo y los API se debe a una determinación más general del capital, que remite a los procesos de internacionalización política, comercial, productiva y financiera (del capital) que subyace a ambos fenómenos (Piva, 2020; Pascual, 2024; Pascual, Ghiotto y Lecumberri Dalía, 2007; Ghiotto, 2010, 2023). Pero su coincidencia y retroalimentación durante la década de 1990 no supone una identidad. Ciertamente, ambos (neoliberalismo y API) comparten mecanismos semejantes de subordinación del trabajo, que podemos denominar como exógenos; pues, en los dos casos su objeto es la sujeción del conjunto social a los imperativos del mercado mundial por medio de la despolitización de la competencia intercapitalista. En este sentido, las políticas neoliberales producen la subordinación por medio de dispositivos monetarios (políticas de dinero escaso resguardadas por los bancos centrales) (Bonnet, 2007), es decir, lo hacen ciegamente y de modo directo a través del mercado, mientras que los API tienden a hacerlo por medios políticos a través de un entramado normativo que busca exacerbar la competencia intercapitalista en todos los sectores. Pero más aún, las cláusulas sobre prórroga de jurisdicción en la solución de controversias establecen a un guardián exógeno como el garante del efectivo cumplimiento de los API. Es decir que la subordinación al mercado mundial es resultado de un mecanismo indirecto.

Ciertamente, entre neoliberalismo y los API existe una relación de coherencia interna, ambos envuelven una misma subordinación al mercado mundial, empero se producen por mecanismos diferentes. Como se observa, a pesar de las similitudes, las diferencias son sustantivas. La existencia de los API no depende del neoliberalismo y viceversa.

Por otra parte, algunas críticas consideran que los API y el neoliberalismo compondrían una unidad que encierra un ataque contra la soberanía nacional en favor de las ETNs (empresas transnacionales), organismos internacionales y/o estados imperialistas. Esta perspectiva varía entre quienes consideran que las ETNs habrían pasado a detentar una capacidad de veto sobre la acción de los estados (Bas Vilizzio, 2020); y aquellos, más extremos, que le atribuyen un poder igual o mayor que los estados (Hernández Zubizarreta, 2009; Teitelbaum, 2010). La idea que subyace a estas explicaciones es la de una relación de suma cero entre estado y mercado (personificado en las ETNs). Al crecer el poder de mercado (personificado en las ETNs) decrecería el del estado (Therborn, 2001). El estado y el capital, en efecto, son vistos como dos polos opuestos. Algo semejante sucede en la relación entre los estados y entre éstos y los organismos internacionales. No sólo se repite una relación de exterioridad entre los diversos agentes, sino que se los observa como si fueran cosas, es decir que son reducidos a un mero instrumento. En este caso, la relación entre estados, así como entre estos y los organismos internacionales repite la relación de suma cero. Al crecer el poder de uno decrece el del otro. En este sentido, el neoliberalismo y los API conformarían una suerte de corrupción de la naturaleza del estado, por medio de una especie de captura por intereses políticos y/o económicos, efectuados por diversos agentes del mercado (ETNs, finanzas, grandes bufetes de abogados/as, etcétera) o políticos (organizaciones internacionales y/o estados imperialistas) (Hernández Zubizarreta, 2009; Guamán, 2021).

Esta perspectiva, naturalmente, se debe enfrentar con la paradoja de que son los mismos estados quienes firman estos acuerdos e implementan políticas neoliberales. Es decir, son los estados quienes desde las perspectivas mencionadas resignan poder soberano o autoridad. Esta contradicción puede ser comprendida de otro modo a partir de lo dicho más arriba. Las políticas neoliberales y los API suponen que la subordinación social (pues de eso se trata gobernar) se produce a los imperativos del mercado mundial y se obtiene mediante la autosujeción del estado a sus necesidades. A nivel de los API esto se produce por medio de la sujeción a los

tribunales ad-hoc (cláusulas de prerrogativa de jurisdicción); mientras que a nivel de las políticas neoliberales toma la forma de un autosometimiento a los movimientos del dinero global por medio de políticas de dinero escaso. En ambos casos, las ETNs, diversos organismos internacionales y los estados imperialistas aparecen como personificando el proceso y, por lo tanto, como quienes absorben poder estatal.

Como decíamos, entonces, desde algunas voces críticas se indica que las políticas neoliberales y los API habrían resultado del impulso y/o condicionalidades impuestas por los organismos internacionales de crédito (Hernández Zubizarreta, 2009; Teitelbaum, 2010) y/o por estados imperiales (Panitch y Gindin, 2015). Ambos, pues, resultarían en un mismo proceso de pérdida y cesión de soberanía.

Es de este modo como, desde miradas críticas del derecho, se interpreta a la capacidad de las empresas de llevar a los estados frente a tribunales de arbitraje internacionales ad-hoc; pues, al ubicarse por encima de los nacionales estaríamos en presencia de una cesión y autorrenuncia del poder soberano y, por tanto, ante una falta constitucional (Corti, 2005; Costante, 2007). Pero más aún, al reconocerse a los inversionistas como sujetos del Derecho Internacional se estaría transgrediendo las bases de este mismo Derecho (Vicente Blanco, 1995). De aquí que las ETNs detentarían la capacidad de vetar las iniciativas estatales y, en términos más generales, absorberían parte de la autoridad estatal junto con y a favor de los tribunales internacionales (Bas Vilizzio, 2020).

Pero si son los estados los que firman estos acuerdos estamos frente a una contradicción. Lo que debemos hacer, entonces, es indagar en ella. Es decir, no podemos resolverla a través de un agente externo (ETNs, organismos internacionales y/o imperialismo). Más arriba dijimos que por medio de estas políticas (API y/o neoliberalismo) los estados se autosujetan a los imperativos del mercado mundial para de ese modo subordinar al conjunto social. Esto indica, entonces, que antes que una cesión de soberanía estamos frente a su reconfiguración, que envuelve una mutación del poder estatal, su vínculo con el mercado y el modo en que se relacionan los

estados entre sí directa o indirectamente y/o a través de organismos internacionales. Resta comprender por qué se produce esta reconfiguración. Más abajo volveremos sobre esto.

Retomemos las críticas provenientes del campo del derecho. Estas voces proponen comprender a los API en identidad con las políticas neoliberales ya que ambos colocan al Derecho Comercial por encima de los Derechos Humanos y Laborales (Hernández Zubizarreta, 2009; Guamán, 2021; Echaide, 2017b). Se observa, pues, una colisión de derechos (laborales y humanos versus comerciales) en favor de las ETNs y contra las mayorías sociales. Esto, además, quedaría cristalizado en un desplazamiento más general, el derecho subjetivo pasa a ubicarse por encima del objetivo. De allí que enuncian que estaríamos en presencia de una nueva *Lex Mercatoria*.

Aunada a esta idea de colisión de derechos, algunas lecturas críticas señalan que la posibilidad de que las ETNs inicien un litigio en un tribunal supranacional limitan las capacidades estatales de responder a las diversas demandas sociales emergentes, particularmente, de los procesos electorales. Es decir, allí donde existen regímenes democráticos, éstos estarían mutando hacia regímenes autoritarios de mercado, en favor del poder de las ETNs (Guamán, 2015, 2021; Ghiotto y Guamán, 2018; Hernández Zubizarreta, 2009; Teitelbaum, 2010). Este autoritarismo de mercado sería otro elemento que compartirían los API con las políticas neoliberales (Guamán, 2015), el cual había sido conceptualizado como autoritarismo de las finanzas (Chesnais, 2001) y de estatismo autoritario (Poulantzas, 1979).

No obstante, es posible considerar esto desde otra perspectiva. Cuando un derecho colisiona con otro, naturalmente, se impone el derecho del más fuerte. Esto no supone la eliminación del derecho, sino que lo que se pone de manifiesto es un cambio en las relaciones de fuerza sociales. Como su historia lo demuestra, el derecho del más fuerte también es derecho (Marx, 2001; Pashukanis, 2020). Empero, en la medida en que el sujeto del derecho (sujeto jurídicamente libre e igual) se constituye en el intercambio, la generalización de los sujetos del derecho supone la generalización del

intercambio, la cual resulta de la mercantilización de la fuerza de trabajo. El derecho, en efecto, se yergue sobre el derecho subjetivo, ie. el intercambio. Pero en la medida que lo que admite la generalización del intercambio es la venta de fuerza de trabajo, el derecho lleva en sí la relación de dominación sobre la fuerza de trabajo. El derecho es el derecho del capital sobre el trabajo. El contenido de ese derecho es lo que se expresa en las relaciones de fuerza sociales mencionadas. Es decir, son relaciones de fuerza entre las clases sociales.

Retornando a la colisión de derechos mencionada, conviene señalar que los derechos humanos y el derecho laboral se erigen sobre los derechos de propiedad (Edelman, 2015). Este es su presupuesto. Tal vez esto resulte más evidente si evocamos al derecho laboral, el cual se rige por el contrato de compra-venta de fuerza de trabajo (Edelman, 2016). En efecto, el derecho subjetivo, en este sentido, no solo lo presupone, sino que es lógicamente anterior. Insistimos: contraponer un derecho a otro resulta en un absurdo que, políticamente, conduce a posiciones reformistas.

Pero agreguemos algo más: el equilibrio de fuerzas entre las ramas del derecho mencionado por las críticas, pone de manifiesto relaciones de fuerzas entre las clases sociales sobre la que se yerguen modos históricamente específicos de articulación entre lo económico y lo político. Así, en la medida en que el derecho se estructura al interior del estado, los desplazamientos en los equilibrios sociales se manifiestan como modificaciones en el vínculo entre las ramas del derecho. Pero más aún, si de lo que estamos hablando es del derecho del capital sobre el trabajo, el vínculo entre diversas ramas del derecho expresan un modo histórico de regulación de las relaciones entre la clase trabajadora y la burguesía.

Para decirlo en términos de Edelman (2016, p. 16), “el trabajador es una máquina que, durante la jornada de trabajo, pertenece al patrón. Después de eso, él se puede dar vuelta para ser un ciudadano”. Siguiendo al mismo autor (2016), podríamos formular la siguiente pregunta: ¿cómo es posible oponer el derecho de propiedad respecto del derecho laboral cuando este último supone ser una aplicación del mismo derecho de propiedad sobre las relaciones de trabajo?

Por otra parte, las críticas de los API señalan que, sea por pérdida de autoridad o de soberanía, aquellos tienen un efecto de “congelamiento normativo”. Esto resulta, como dijimos, de la amenaza de las ETNs de denunciar a los estados en los tribunales internacionales. Así, los estados tienden a permanecer inmóviles o bien se verían ante la posibilidad de afrontar erogaciones millonarias (Guamán, 2015, 2021; Ghiotto y Guamán, 2018; Suárez Rodríguez, en prensa; Echaide, 2017b).

En este sentido, antes que una pérdida de soberanía es posible considerar al congelamiento normativo como una cristalización de relaciones de fuerza entre las clases, que se desenvuelven por medio de los mecanismos indirectos y despolitizados de subordinación social a los imperativos del mercado mundial resultante de los API y que están garantizadas en y por los tribunales internacionales. En efecto, como indica la bibliografía, el reconocimiento de las ETNs como sujeto jurídico, así como su capacidad de vetar acciones estatales a condición de afrontar juicios millonarios, indican cambios en las relaciones de fuerza entre las clases y al interior de las clases. Es decir, manifiestan una ofensiva del capital sobre el trabajo a través de la internacionalización del capital, en la que las ETNs y los estados centrales fueron agentes protagónicos (Piva, 2020). Como mencionaremos más abajo, aquella internacionalización fue el medio a través del cual el capital rompió los límites impuestos por las correlaciones de fuerza entre las clases expresadas en las políticas keynesianas. Esta ofensiva del capital es la que queda cristalizada en aquel “congelamiento normativo”, el cual es posible por el reaseguro de los tribunales internacionales. De aquí que consideramos que el congelamiento normativo es el corazón de los API en tanto que genera certezas para los inversores, pues así pueden proyectar el presente en el futuro (Pascual, Ghiotto, Lecumberri Dalía, 2007; Ghiotto, 2015, 2023). En otras palabras, es para garantizar este congelamiento de relaciones de fuerza entre las clases que los estados se autosujetan a tribunales internacionales.

De modo contradictorio, entonces, los estados fortalecen su capacidad de mando (gobierno) sobre la sociedad. No obstante, esto genera una serie de problemas y torciones al interior del estado

cuando, como con los gobiernos posneoliberales, cambian aquellas relaciones de fuerza. Insistamos, entonces, que la certidumbre que los API construyen es la de mantener las mismas relaciones de fuerza entre las clases, expresado por medio del reaseguro de sus ganancias a través de mecanismos normativos.

Por otra parte, desde la crítica a los API se señala a la ideología como otro elemento que tienen en común con el neoliberalismo. Se observa que ambos enaltecen los valores de la competencia por sobre cualquier otro y, más específicamente, al mercado por sobre el estado. En otras palabras, ambos son parte de una misma ideología de mercado.

En este sentido, Ghiotto (2020) señala, muy acertadamente, que los API están rodeados de promesas de desarrollo, empleo y mejoras en la calidad de vida de las poblaciones de los países periféricos que en ningún caso ha sido verificado. Más bien, se ha generado un retroceso en las condiciones de vida de las poblaciones. Es por esto por lo que en diversas investigaciones se denuncia el carácter ideológico (entendiendo como falsedad) de los API, puesto que al igual que las políticas neoliberales producen una mayor dependencia (Echaide, 2017b), destrucción de capacidades productivas de los países de la periferia y mayor desigualdad social (Sato Jabre et al., 2024). De esta manera, los API, al igual que las políticas neoliberales, producen mayor endeudamiento externo de los países periféricos (Ghiotto y Guamán, 2018).

A estos trabajos podría agregárseles que esta interpelación ideológica no resulta de una mera promesa. Antes bien, es índice de las correlaciones de fuerzas entre las clases sociales resultante de la internacionalización del capital, en el que las ETNs son su principal beneficiario. En este sentido, el éxito de aquella interpelación ideológica radica en que las ETNs lograron imponer que de su reproducción depende la reproducción del conjunto social.

Las críticas presentadas no agotan su universo. Tan solo recuperamos las que nos resultan centrales para nuestros argumentos. Ciertamente, hemos señalado que compartimos que el núcleo del problema es el congelamiento normativo, garantizado por medio de la prórroga de jurisdicción. Sin embargo, aquellas

críticas nos resultan insuficientes puesto que se realizan desde un nacionalismo metodológico (von Braunmühl, 2017). O, dicho de otro modo, asumen una perspectiva estatal.

En este trabajo proponemos efectuar una crítica de los API desde un punto de vista clasista. Nuestra hipótesis es que los API conforman un ataque contra la clase trabajadora cuyo sustrato es la internacionalización del capital. En la superficie social aparece como una arremetida del mercado contra los estados, y a nivel del derecho emerge como una colisión entre el Derecho Comercial y los Derechos Humanos y Laborales. En las líneas siguientes sostendremos que este es el modo de aparición de la ofensiva del capital contra la clase trabajadora que se produce en y a través de la auto-sujeción del estado a los imperativos del mercado mundial.

En las páginas que siguen vamos a desarrollar esta hipótesis. Para ello vamos a retomar el agrupamiento de las cláusulas de los Tratados Bilaterales de Inversión efectuados por Ghiotto (2015). Pero, a diferencia de ella, vamos a agrupar las cláusulas en función del modo en que regulan las relaciones entre clases mediadas por el estado, antes que considerarlas bajo un paraguas general del “comando del capital dinero”. A pesar de esta diferencia, como se observa, compartimos la idea de Ghiotto (2015) de comprender los API desde la perspectiva del antagonismo entre capital y trabajo; y, en este sentido, de situarlos al interior de una ofensiva contra el trabajo (Pascual, Ghiotto y Lecumberri Dalía, 2007).

LOS API Y SUS CLÁUSULAS

La protección de inversiones se puede realizar por medio de regulaciones internas al interior de cada estado o a través de acuerdos interestatales. En el primer caso los estados emiten regulaciones que tienen por objeto el incentivo de inversiones en general o en alguna área específica de interés. En el segundo, sólo a partir de un acuerdo entre dos o más estados – en calidad de sujetos de derecho internacional –, por medio de un API establecen mecanismos de regulación de la inversión extranjera. Asimismo, estos acuerdos pueden tener o no algún mecanismo de arbitraje supranacional entre inversor y estado. Esto depende de la decisión de cada una de las partes (estados). Aquí trataremos sobre estos.

En los API son los estados, en tanto que sujetos del derecho internacional público, quienes tienen la potestad de establecer qué y cómo se regula una inversión y cuáles son los mecanismos para resolver diferencias entre el inversor y el estado receptor de la inversión.

En este sentido, la primera cuestión es determinar qué se regula. Esto supone una delimitación específica del objeto de la regulación. De aquí que, como señala la bibliografía, resulta crucial determinar qué se comprende por inversión, pues, delimita qué incluye tal definición. De ella depende la aceptación o no del objeto del litigio. Es decir, el tribunal – sea nacional o internacional - deberá observar que dicha cuestión es objeto de su competencia.

En segundo término, los API establecen las cláusulas que tienen por objeto regular la inversión. En este punto se determinan los derechos de los inversores. Esto está conformado por una serie de cláusulas, y de aquí depende el modo como debe comprenderse aquello que se protege y, por lo tanto, habilita a que el tribunal pueda establecer si se ha cometido una falta.

Por último, se determinan los medios a través de los cuales se resuelven las diferencias entre las partes. Más específicamente, entre el estado receptor de la inversión y el inversionista. Este aspecto es crucial porque otorga sentido al conjunto de API. El modo en que se resuelven las controversias es central porque determina la relación entre las partes contractuales (Pashukanis, 2020; Ghiotto, 2023).

En las líneas que siguen retomaremos los trabajos de Ghiotto (2015) y Teitelbaum (2010) quienes toman el modelo de los Tratados Bilaterales de Inversión para extraer de allí el modo en que se determina lo que es una inversión, las principales cláusulas que regulan la relación estado e inversor y el modo en que se resuelven los litigios.

En los TBIs firmados en las últimas tres décadas se ha ampliado el espectro de temas que incluyen lo que debe ser protegido. Muchos de ellos son parte de la agenda de la Ronda de Uruguay del GATT (Estay y Sanchez, 2005). También resultan de cuestiones que previamente habían sido excluidas de los API, como es el caso de las acciones y derechos de participación en empresas (Vicente

Blanco, 1995). Como expresa Ghiotto (2015) este ensanchamiento conduce a una definición difusa, en la que todo puede ser comprendido como una inversión.

En efecto, Ghiotto (2015, p. 35), a partir de su estudio sobre Argentina, muestra que inversión es definida como:

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

La amplitud de la definición resulta destacable. Decíamos que en su determinación los estados pueden guardar para sí aspectos que no son objeto de regulación. No obstante, en esta definición de inversión (perteneciente al TBI de Argentina con Dinamarca) se incluye un abanico muy amplio. Desde el punto de vista defendido por los responsables del acuerdo persigue la búsqueda de inversiones en todas las áreas (United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD], 2009). La ampliación de la definición supone que todas las áreas de la economía están sujetas a la competencia sin mediación estatal, ya que la inversión se libera en casi todas las áreas de la competencia capitalista. Que el estado resguarde muy pocas áreas, implica que se tiende a despolitizar la inversión. Y, es por medio de esta despolitización de la inversión, que supone la autoexclusión del estado, que el conjunto social (incluyendo al

estado) se subordina a los designios de los movimientos del capital a escala global.

Como veremos en las líneas que siguen, esta despolitización adquiere un nuevo significado en la medida en que el conjunto de las cláusulas apunta a que sea la lógica del mercado mundial la que opere plenamente sobre el mercado nacional. Empero, esta efectiva despolitización depende de las cláusulas que regulan la inversión y el terreno en el que se desarrollan los litigios. En otras palabras, aquella regulación supone el modo en que se articula la relación entre estado y mercado.

Las principales cláusulas que componen los TBIs pueden ser agrupadas en tres dimensiones, que de conjunto componen el modo en que se regulan las relaciones entre estados e inversores. Estas cláusulas resultan de interés, puesto que al ser el contenido (normativo) del TBI ponen de manifiesto relaciones de fuerza entre las clases sociales expresadas a través del modo en que se regulan las relaciones entre inversores y estados.

La primera dimensión la componen las cláusulas que apuntan a imponer la competencia a escala global sobre el terreno nacional. Éstas son las de Trato Nacional, justo, equitativo y no discriminatorio; la libre circulación de empresarios; la cláusula de Nación Más Favorecida; y las relativas a los requisitos de desempeño. La segunda dimensión remite a las cláusulas que tienden a producir un efecto de congelamiento normativo. Estas son las concernientes, según la denominación que usa Ghiotto (2015), a la protección y seguridad plenas, las cláusulas de estabilización y las que tienen por objeto la duración residual de los acuerdos. Por último, se halla la dimensión que conforman las garantías y que tiene por objeto la construcción de certezas del congelamiento de las relaciones de fuerza entre las clases. Allí está la cláusula de prórroga de jurisdicción que trata sobre la resolución de controversias entre las partes.

Comencemos por el primer grupo que hemos considerado como tendientes a imponer el mercado mundial a escala nacional. La cláusula de Trato nacional, justo, equitativo y no discriminatorio da lugar a que los capitales extranjeros sean considerados del mismo modo que un capital de origen nacional. Así, el estado receptor se

autolimita, puesto que se compromete a no realizar políticas de fomento de desarrollo de capitales locales por medio del favorecimiento (político) a diversas empresas locales. Este compromiso se refuerza con el otorgamiento de los mismos derechos a todos los inversores extranjeros, ya que, por medio de la cláusula de Nación Más Favorecida, pueden evocar un acuerdo entre otros estados para de ese modo no padecer un trato diferenciado. Asimismo, la libre circulación y la facilitación para que efectúen inversiones es el último elemento de esta dimensión, puesto que supone que los estados incentivarán el acceso de los inversores.

Ghiotto (2015, p. 38), plantea que estas cláusulas “se basan en el supuesto de que la competencia es en sí misma buena, por lo cual hay que garantizar la libertad total de acción de los actores ‘racionales’ de la economía, sean o no nacionales”. Este aspecto ideológico remite a los agentes estatales encargados de firmar estos acuerdos que, como la autora indica en otro trabajo (Ghiotto, 2020), conforma una parte sustantiva de la interpelación (ideológica) para generar apoyos sociales y legitimar estos acuerdos. Sin embargo, el carácter de clase no solo envuelve a su dimensión ideológica, sino que estas cláusulas, al dar un trato indiferenciado a capitales locales o extranjeros tiende a liberalizar todas las áreas de la inversión, así su efecto es la imposición del mercado mundial en el mercado nacional. Por este medio se exagera la competencia y como consecuencia produce una mayor presión por aumentar la explotación del trabajo. Como decíamos, esto resulta de la autolimitación estatal; es decir, como un proceso de despolitización de la regulación de la inversión y, por ese medio, de la competencia intercapitalista. Así, visto de conjunto, conforman un ataque contra la clase trabajadora puesto que su objeto es aumentar la explotación del trabajo.

A primera vista, esto asume el aspecto de una claudicación de los estados periféricos frente a los estados centrales, pues son estos los principales exportadores de capitales. Asimismo, aparece como un avance de las fracciones del capital internacionalizado por sobre los nacionales. Sin embargo, una interpretación diferente supone que este cambio expresa una ofensiva del capital sobre el trabajo que envuelve una reconfiguración de la inserción

subordinada de los estados periféricos en el mercado mundial y el sistema internacional de estados. A este proceso le subyace la internacionalización del capital (productivo y financiero) que dio lugar a una nueva división del trabajo y una interconexión de los procesos productivos que demandan por la conformación de un capitalismo mundial integrado (Guattari y Negri, 1999).

Este proceso de internacionalización es el fundamento de esta mutación en la relación entre estado y mercado. La reproducción del estado depende de la del capital en escala ampliada. Lo que supone que un cambio en las relaciones de producción (internacionalización) tiende a forzar modificaciones a nivel de lo político. Esto no supone una relación de base-superestructura. Antes bien, es indicativo de la relación de unidad en la separación que componen el estado y el mercado. La reproducción de uno envuelve a la del otro. La internacionalización del capital, asimismo, supuso un quiebre en la relación entre las clases previamente constituidas. En efecto, el agotamiento de las políticas keynesianas dio lugar a una crisis del poder estatal que sólo fue posible de reconstituirse por medio de una recomposición del poder de mando del capital. Y esto supuso un ataque contra la clase trabajadora mediado por y lanzado a través del estado.

La internacionalización del capital, pues, imposibilitó la continuidad de las políticas keynesianas ya que éstas se erguían sobre la reproducción relativamente autónoma de los mercados nacionales respecto del mercado mundial. Esto no significa que la internacionalización del capital sea un proceso novedoso. Antes bien señala que la especificidad de la etapa capitalista sobre la que se yerguen estos API tiene como sustrato a la internacionalización de los procesos productivos, así como la intensificación de la internacionalización de las finanzas y el comercio. En este proceso las ETNs fueron sus agentes principales (Panitch y Gindin, 2015; Piva, 2020). Esta internacionalización puso un límite insoluble a las políticas keynesianas. La internacionalización del capital, en este sentido, debe ser comprendida como un modo a través del cual fueron superados los equilibrios de clase expresados en las políticas keynesianas.

De esta manera, estas cláusulas no sólo ponen de relieve el reconocimiento y convalidación política de la internacionalización

del capital, sino que además como parte sustantiva de aquella supone correlaciones de fuerza entre las clases que conforman un ataque a la clase trabajadora por medio de la imposición del mercado mundial en todas las áreas de la producción.

Este proceso de internacionalización también dio lugar a una descomposición de las relaciones de fuerza al interior de la burguesía. La exacerbación de la competencia por medio de la imposición del mercado mundial supone que los capitales locales tienen que convalidar su nivel de explotación en pie de igualdad con sus pares del mercado mundial. Los API, entonces, son indicativos de estas correlaciones de fuerza al interior de la burguesía, observándose en sus principales beneficiarios: las ETNs.

En segundo lugar, decíamos que los TBIs regulan las relaciones entre inversionistas y estados por medio de un conjunto de cláusulas que tienden a producir un congelamiento normativo. Éstas, siguiendo a Ghiotto (2015), están conformadas por la protección y seguridad plena a los inversionistas, estabilización y las relativas a la duración residual de los acuerdos. Sin ánimo de desarrollar profundamente esta cuestión, puesto que en este libro ha sido abordado con profundidad por Tahimí Suárez Rodríguez, las cláusulas sobre protección y seguridad plena a los inversionistas se refieren tanto a las expropiaciones directas como a las indirectas.

Desde la década de 1970, con muy pocas excepciones, las expropiaciones directas han sido erradicadas de los países receptores de inversiones. De modo que las consideradas como expropiaciones indirectas han ocupado un lugar central. La definición en los TBIs de lo que compone una expropiación indirecta es muy vaga; como en el caso de la determinación de inversión, es ampliamente abarcativa. Esta amplitud habilita a que los inversores puedan litigar contra el estado ante cualquier medida que consideren que sus derechos de propiedad fueron afectados. Refuerza a esta cláusula la de seguridad plena. Y en este mismo sentido se hallan las cláusulas sobre estabilización en la que los estados se comprometen a no modificar las condiciones sobre las que se efectuó la inversión. Cierran a estas cláusulas la de duración residual, cuya implicancia es que las regulaciones de estos TBIs

mantendrán una duración mayor a su inmediata revocación. El plazo depende de cada tratado.

De conjunto estas cláusulas producen un efecto de congelamiento normativo que como indican diversos especialistas atenta contra la propia dinámica de legitimación de la democracia burguesa (Guamán, 2015, 2021; Hernández Zubizarreta, 2009). Aunque no necesariamente invalidan la democracia burguesa en sentido estricto. Pero aún más importante es ver que este congelamiento normativo supone que las correlaciones de fuerza entre las clases, resultante de la internacionalización del capital, se consagran en y son garantizadas por los TBIs.

Esto no significa que estas cláusulas no puedan ser transgredidas, antes bien, indican que en esos casos los estados deberán pagar o bien negociar con los capitales. De allí que Ana Saggioro García y María Elena Rodríguez (2024) consideren que antes que un congelamiento normativo se produce un efecto de reducción de la capacidad de realizar políticas públicas (*policy space*). De esta forma, para ser más precisos, deberíamos señalar que lo que se tiende a congelar no es la capacidad de efectuar políticas públicas, sino unas determinadas correlaciones de fuerza entre las clases condensadas en aquellos TBIs.

Estas cláusulas obtienen un sentido pleno por medio de la prórroga de jurisdicción que garantiza la despolitización de la solución de controversias. El desplazamiento de los litigios a tribunales ad-hoc dependientes de organismos supranacionales y el reconocimiento de los inversores como sujetos jurídicos internacionales es lo que termina de conformar la despolitización de la regulación de la inversión. Estas cláusulas componen la tercera dimensión de la regulación de la relación estado-inversores en los TBIs.

Sin adentrarnos en la especificidad de cada uno de estos organismos,¹ la prórroga de jurisdicción tiende a despolitizar, desnacionalizar y desterritorializar a los procesos de solución de controversias, en tanto que los estados ceden esta potestad a un organismo internacional. Su efecto último es la de acorazar las relaciones de

1 Para una descripción del funcionamiento diferenciado según cada organismo puede consultarse Vicente Blanco (1995)

fuerza entre las clases, resultantes de la ofensiva del capital contra el trabajo bajo el proceso de internacionalización de los procesos productivos y las finanzas, por medio de la prórroga de jurisdicción.

La despolitización se yergue sobre el reconocimiento de los inversores como sujetos jurídicos. En efecto, previo a estos API la protección de la inversión se producía de modo mediado por los estados. Suponía una resolución estado-estado. Es decir, tomaban un curso diplomático. Los estados, en tanto que sujetos jurídicos del derecho internacional, representaban a sus capitales. La mediación estatal suponía un proceso politizado de la resolución de conflictos entre inversores y empresas.

La protección diplomática supone el ejercicio, por parte del Estado que la pone en práctica, de un derecho propio. Si bien el hecho ilícito, realizado por otro Estado en violación del Derecho Internacional recae sobre un particular -y es a él a quien directamente perjudica-, ello supone la violación de un derecho subjetivo del Estado al que ese particular pertenece. Lo que se produce es un endoso por el que se transfiere la reclamación del particular, cuyos derechos han sido conculcados, al Estado del que es nacional. Este endoso se deriva de que el Derecho Internacional no considera a los particulares sujetos en el plano internacional, por lo que en este marco jurídico precisan de la intermediación de su Estado nacional para proteger sus derechos. Por ello sólo el Estado del que es nacional el dañado está legitimado para formular la reclamación internacional. La protección diplomática aparece entonces como una relación interestatal entre el Estado que realizó el acto ilícito y el Estado que ha visto violado un derecho subjetivo propio, aun cuando en el origen estuviese un perjuicio causado a un particular. De que el Estado ponga en práctica un derecho subjetivo propio se deriva la total discrecionalidad de que va a gozar en el ejercicio de la protección diplomática, con libertad total de acción y al control absoluto de la reclamación (Vicente Blanco, 1995, p. 115).

La posibilidad de que los capitales puedan llevar a los estados ante tribunales internacionales supone una despolitización del proceso judicial. Es mediante este proceso que se garantiza la despolitización y el ejercicio pleno del mercado mundial sobre el nacional. Así, en vez de ser comprendido como un proceso de pérdida de soberanía puede ser interpretado como un momento sustantivo de la ofensiva del capital contra el trabajo cuyo sustrato es la internacionalización del capital.

Pero agreguemos algo más. Que las ETNs sean reconocidas como sujetos del derecho internacional, antes que conformar una nueva *Lex Mercatoria*, es índice de las relaciones de fuerza resultantes de la internacionalización del capital. En este caso, la prórroga de jurisdicción y el reconocimiento de las ETNs como sujetos del derecho internacional tienen que ser interpretados junto a las cláusulas sobre desempeño. Es decir, lo que consagran no es solo la despolitización de la inversión, sino que además aseguran su realización (ganancia) por medio de la posibilidad de llevar a los estados ante tribunales en caso de incumplimiento (directo o indirecto).

Asimismo, esto resulta de una autosujeción de los estados a un organismo supranacional. Los estados se autolimitan para, de esa forma, dar garantías de cumplimiento del conjunto de las cláusulas que componen el acuerdo que protege a la inversión.

Esta autosujeción, además, tiene otros dos efectos. Por una parte, supone la desnacionalización parcial de los procesos jurídicos. El estado no pierde la totalidad de su poder de juzgar, solo cede una parcialidad. Pero el estado lo hace en función de reforzar relaciones de fuerza en favor del capital, y al interior de este de las ETNs, consagradas a su interior. Paradójicamente por este medio el estado logra imponer su fuerza sobre el conjunto, puesto que se autoimposibilita de ceder frente a diversas presiones sociales.² Esto es posible en tanto que el “proceso” se realiza en un “no lugar”. El segundo efecto, entonces,

2 Véase el trabajo de Julián Kan (2015) sobre el proceso de transformación en la política exterior argentina durante el período 1989 – 1991. La autosujeción al mercado mundial supuso la subordinación de todos los capitales al mercado mundial y, por esa vía, se recompuso el poder estatal.

es la desterritorialización de los procesos jurídicos. Despolitización, desnacionalización y desterritorialización del proceso jurídico es el modo a través del cual los API tienden a imponer la disciplina del mercado mundial.

La prórroga de jurisdicción, como se observa, es la llave maestra de estos acuerdos. Como indicamos en otros trabajos (Pascual, Ghiotto y Lecumberri Dalía, 2007), por este medio los capitales construyen certezas. Es decir, proyectan un futuro del presente en que fue firmado el API. Esto se traduce en que la realización de la ganancia aparece como relativamente asegurada por medio de estos instrumentos.

CONCLUSIÓN ¡EL ÚNICO BUEN API ES EL QUE NO SE FIRMA!

En la primera parte de este trabajo hemos realizado una crítica a la crítica de los API. Allí pusimos el foco en diferenciar la protección de inversiones respecto de las políticas neoliberales. Aquí no vamos a repetir las críticas. Solamente diremos que en su núcleo se halla un nacionalismo metodológico (von Braunmühl, 2017). Sin embargo, con estas críticas compartimos que el neoliberalismo y los API tienen una matriz común: la subordinación del conjunto social a los imperativos del mercado mundial. Empero, hemos señalado que esto no debe conducirnos a identificar uno con el otro. Antes bien, es necesario comprender que a pesar de que comparten el mismo objetivo suponen dos lógicas diferenciadas. Mientras que el neoliberalismo subordina al conjunto social de forma directa, muda y por la vía del mercado, a través de mecanismos monetarios, los API suponen una lógica política y lo realizan a través de mecanismos indirectos, mediado por tribunales supranacionales.

En este sentido, la segunda parte de este trabajo, siguiendo el agrupamiento de las cláusulas hecho por Ghiotto (2015), pero sin adherir completamente a su interpretación, propusimos comprender a aquéllas a partir de tres dimensiones: a) las que apuntan a imponer la competencia a escala global; b) las que tienden a producir un congelamiento normativo; y c) las que tienen un efecto garantizar las correlaciones de fuerza entre las clases por medio de la despolitización, desnacionalización y desterritorialización de los litigios.

En este sentido, mostramos que los API tienen como fundamento la internacionalización del capital. En ellos se consagran relaciones de fuerzas entre las clases emergentes de aquel proceso (de internacionalización). Así, enfatizamos que el congelamiento normativo conforma el corazón de los API en tanto que supone la proyección en el futuro de relaciones de fuerzas favorables al capital, y al interior de éste en favor de las ETNs. Estas relaciones de fuerzas se garantizan políticamente a través de la prórroga de jurisdicción.

Por último, de nuestro análisis se desprende que los API antes que debilitar al poder estatal lo fortalecen, aunque de forma contradictoria. En efecto, el congelamiento normativo es índice de ese fortalecimiento en tanto que supone la imposición de la disciplina del mercado mundial sobre el conjunto social. Este fortalecimiento se produce, paradójicamente, a través de un proceso de despolitización, desnacionalización y desterritorialización.

Las diferencias vertidas con las investigaciones críticas no resultan, pues, meramente de un ejercicio escolástico. Antes bien, buscan ser parte de una intervención política en la lucha contra las formas de dominación capitalista. Comprender su especificidad, diferenciarlo del neoliberalismo, y a la vez comprenderlo como una ofensiva del capital contra el trabajo supone, además, una toma de posición política. Este artículo es, entonces, una especie de mensaje en una botella que, como la canción, parece encontrarse en soledad, pero que se descubre como parte de muchos otros mensajes, y todos dicen más o menos lo mismo: “¡el único buen API es el que no se firma!”.

BIBLIOGRAFÍA

Bas Vilizzio, Magdalena (2020). Releyendo a Susan Strange en clave de solución de controversias inversor-Estado. *Revista Tribuna Internacional*, 9(18), 1-17. <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/58871>

Bonnet, Alberto (2007). Políticas neoliberales y lucha de clases. En Werner Bonefeld et al. (comps.), *Marxismo Abierto: una visión europea y latinoamericana, volumen II*. Buenos Aires: Herramienta.

CAITISA (2017). *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador*. https://www.tni.org/files/auditoria_integral_ciudadana_2015.pdf

Chesnais, François (comp.) (2001). *La mundialización financiera: génesis, costo y desafíos*. Buenos Aires: Losada.

Corti, Arístides (2005). Acerca de la inmunidad del Estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales externos (CIADI y otros). *Revista Realidad Económica*, (211), 96-102. https://www.iade.org.ar/system/files/realidad_economica_211-95-102.pdf

Costante, Liliana (2007). El CIADI como herramienta de consolidación de la dependencia: caso Argentina. En Jaime Estay y Julio Gambina (comps.), *¿Hacia dónde va el sistema mundial?: Impactos y alternativas para América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: FISyP. https://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/fisyp/20190731051123/sistema_mundial.pdf

Echaide, Javier (2017b). Condicionantes sistémicos para un concreto ejercicio del derecho humano al agua: un análisis del caso de “Suez v. Argentina” ante el CIADI. En Javier Echaide (comp.). *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas: problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*. Montevideo: BdeF.

Echaide, Javier (comp.) (2017a). *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas: problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*. Montevideo: BdeF.

Edelman, Bernard (2016). *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo.

Estay, Jaime y Sanchez, German (2005). Una revisión general del ALCA y sus implicaciones. En Jaime Estay y German Sanchez (coord.), *El ALCA y sus peligros para América Latina*. Buenos Aires: CLACSO. <https://libreria.clacso.org/publicacion.php?p=263&c=4>

Ghiotto, Luciana (2010). La protección a las inversiones como corazón del libre comercio: acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión y el CIADI. *Debates Latinoamericanos*, 8(15), 1-26. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/190956>

Ghiotto, Luciana (2015). La “libertad de invertir” a la

luz del caso argentino: un análisis de los Tratados Bilaterales de Inversión. *Tla-melaua*, 9(38), 24-44. <https://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v9n38/1870-6916-tla-9-38-00024.pdf>

Ghiotto, Luciana (2020). Las promesas incumplidas de los Tratados de Libre Comercio y de inversión en América Latina: un balance a 25 años. En Luciana Ghiotto y Patricia Laterra (eds.), *25 años de tratados de libre comercio e inversión en América Latina: análisis y perspectivas críticas*. Buenos Aires: El Colectivo/Fundación Rosa Luxemburgo.

Ghiotto, Luciana (2023). Trade and investment agreements from a critical international political economy perspective. En Christoph Scherrer, Ana Garcia y Joscha Wullweber (eds.), *Handbook on Critical Political Economy and Public Policies*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Ghiotto, Luciana y Guamán, Adoración (2018). ¿Facilitación o protección para las inversiones extranjeras?: nuevos elementos del debate global. *Ciclos*, 25(51), 1-18. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/85949>

Ghiotto, Luciana y Laterra, Patricia (eds.) (2020). *25 años de tratados de libre comercio e inversión en América Latina: análisis y perspectivas críticas*. Buenos Aires: El Colectivo/Fundación Rosa Luxemburgo.

Guamán, Adoración (2015). *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*. Madrid: Akal.

Guamán, Adoración (2021). Lex Mercatoria: una aproximación desde la óptica de los derechos humanos. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1(374), 89-126. https://revista.academiacolombianadejurisprudencia.com.co/index.php/revista_acj/article/view/227

Guattari, Felix y Negri, Antonio (1999). La reacción de los años setenta: “no future”. En Felix Guattari y Antonio Negri (eds.). *Las verdades nómades*. Madrid: Akal.

Hernández Zubizarreta, Juan (2009). Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa - De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Bilbao: Hegoa/Omal.

Kan, Julián (2015). *La integración desde arriba*. Buenos Aires: CICCUS/Imago Mundi.

Marx, Karl (2001). *Elementos fundamentales para la crítica de La economía política (Grundrisse) - Vol. 1*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Panitch, Leo y Gindin, Sam (2015). *La construcción del capitalismo global: la economía política del imperio estadounidense*. Madrid: Akal.

Pascual, Rodrigo (2016). *La Argentina y el ALCA: de la adhesión incondicional a la oposición abierta - un análisis desde la perspectiva del marxismo abierto* [Tesis de doctorado]. Universidad de Buenos Aires. https://www.academia.edu/25870863/LA_ARGENTINA_Y_EL_ALCA

Pascual, Rodrigo (2024). Tratados de protección de la inversión extranjera y lucha de clases. En Ana García, Rodrigo Pascual, Carla Poth (coords.), *Poder corporativo, Estado y luchas sociales: apuntes desde el derecho y la economía política internacional* (Boletín Lex Mercatoria, poder corporativo y derechos humanos n° 2). Buenos Aires: CLACSO. https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2024/04/V1_Poder-corporativo-Estado-y-luchas-sociales_N2.pdf

Pascual, Rodrigo; Ghiotto, Luciana y Lecumberri Dalía, David (2007). *El libre comercio en lucha: más allá de la forma ALCA*. Buenos Aires: CCC.

Pashukanis, Evgeni (2020). *Teoría General Del Derecho y Marxismo*. Buenos Aires: Lex.

Piva, Adrian (2020). Una lectura política de la internacionalización del capital: algunas hipótesis sobre la actual fase de la internacionalización del capital y el Estado nacional de competencia. En Vanesa Ciolli, Federico Daniel Naspleda y Rolando García Bernado (comps), *La dimensión inevitable: estudios sobre la internacionalización del Estado y del capital desde Argentina*. Buenos Aires: UNQ. https://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/deya/20200712043305/pdf_1732.pdf

Poulantzas, Nicos (1979). *Estado, poder y socialismo*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Saggiore Garcia, Ana y Rodríguez, María Elena (2024). *Economía política das relações Sul-Sul: uma análise dos acordos de*

proteção de investimentos dos BRICS na América Latina e Caribe. En Luciana Ghiotto y Rodrigo Pascual (comps.), *Estudios críticos sobre tratados de comercio e inversión en América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: CLACSO. <https://libreria.clacso.org/publicacion.php?p=3753&c=2>

Sato Jabre, Andrea et al. (2024). ¿Son los TLC beneficiosos para Chile?: un análisis de impacto a partir de los TLC con los principales socios comerciales de Chile. En Luciana Ghiotto y Rodrigo Pascual (comps.), *Estudios críticos sobre tratados de comercio e inversión en América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: CLACSO. <https://libreria.clacso.org/publicacion.php?p=3753&c=2>

Suárez Rodríguez, Tahimi (en prensa). América Latina y la expropiación indirecta en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs): necesidad de una formulación desde el Sur. En este libro.

Teitelbaum, Alejandro (2010). Los tratados internacionales, regionales, subregionales y bilaterales de libre comercio. *Cuaderno crítico*, (7), 1-25.

Therborn, Göran (2001). La crisis y el futuro del capitalismo. En Emir Sader y Pablo Gentili (comps), *La trama del neoliberalismo: Mercado, crisis y exclusión social*. Buenos Aires: Eudeba.

United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD] (2009). *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo*. https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20095_sp.pdf

Vicente Blanco, Dámaso Javier (1995). La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje. *Agenda Internacional*, 1(3) 109-141. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7145>

von Braunmühl, Claudia (2017). El análisis del Estado nacional burgués en el contexto del mercado mundial: un intento por desarrollar una aproximación metodológica y teórica. En Alberto Bonnet y Adrián Piva (eds.), *Estado y capital: el debate alemán de la derivación del Estado*. Buenos Aires: Herramienta.

COMENTARIO SOBRE “PROTECCIÓN DE INVERSIONES: ANOTACIONES CRÍTICAS”, DE RODRIGO F. PASCUAL

Ana Saggiaro Garcia

Sending out an SOS... message in a bottle. ¿Quién no recuerda la famosa canción de The Police, interpretada por Sting? El trabajo de Rodrigo F. Pascual comienza y concluye con esta canción, evocando una metáfora que encapsula lo esencial: ¡es la lucha de clases, estúpido! Son las relaciones de fuerza entre las clases sociales, las luchas y tensiones entre éstas, las que configuran e impulsan las acciones de los Estados nacionales. Éstos, a su vez, establecen marcos jurídicos (nacionales e internacionales) que protegen (o congelan) las mejores condiciones para la acumulación de capital. En el contexto de la discusión planteada en este libro, estas condiciones se materializan en los Acuerdos de Protección de Inversiones (API).

Los API son instrumentos jurídicos internacionales suscritos por dos Estados nacionales, diseñados para otorgar la máxima protección jurídica a las inversiones y a los inversores extranjeros (ya sean privados o públicos) dentro de los territorios nacionales.

Los Estados se autolimitan en su ámbito de acción al garantizar a las empresas transnacionales e inversores extranjeros el mismo trato que se le otorga a las empresas nacionales; al asegurar

que no nacionalizarán, expropiarán ni tomarán ninguna medida equivalente a la expropiación; que no impondrán límites a la transferencia de beneficios y fondos; que no establecerán requisitos de desempeño; que garantizarán la vigencia de estas protecciones durante años, incluso después de la terminación del acuerdo; y que permitirán a las empresas o inversores acceder a tribunales internacionales de arbitraje si consideran que dichas protecciones y garantías no han sido aplicadas.

Es el mismo Estado que garantiza —o debería garantizar— los derechos laborales, los derechos humanos, la protección ambiental, así como la provisión de salud pública y políticas de bienestar social para la mayoría de la población. Aquí se manifiestan las tensiones y correlaciones de fuerzas entre clases expresadas tanto en el ordenamiento jurídico nacional como en sus instrumentos internacionales. Evidentemente, estas correlaciones de fuerzas no favorecen a las clases subordinadas y trabajadoras, ni a la naturaleza, sino al capital, a las empresas transnacionales y a los fondos financieros que, mediante las instituciones y acciones de los Estados nacionales, aseguran las mejores condiciones para la acumulación de capital.

Como señala Pascual: “Cuando un derecho entra en conflicto con otro, el derecho del más fuerte prevalece de manera natural. Esto no implica la eliminación del derecho, sino un cambio en las relaciones de poder social [...]. La ley es el derecho del capital sobre el trabajo. El contenido de este derecho se expresa en las relaciones sociales de poder [...]. En otras palabras, son relaciones de poder entre clases sociales”.

Pascual realiza “la crítica de la crítica” a los API, poniendo de manifiesto las limitaciones de los análisis que vinculan estos acuerdos con el neoliberalismo y con la categoría de *Lex Mercatoria*. Todas estas críticas suelen señalar una supuesta reducción del poder de los Estados, cuyo espacio de acción para implementar políticas públicas soberanas se vería restringido por los excesivos derechos otorgados a los inversores extranjeros. Según estas perspectivas, los Estados cederían soberanía al permitir que los inversores los demanden en tribunales internacionales de arbitraje sin haber agotado previamente las instancias internas.

Estas críticas, sin embargo, se fundamentan en un nacionalismo metodológico que posiciona a los Estados como contrapuestos a los mercados. Dichas interpretaciones parten de la dicotomía Estado-mercado, como si se tratara de esferas opuestas, en la que solo el Estado podría “domar” las fuerzas salvajes del mercado en su afán competitivo por maximizar beneficios. Sin embargo, Pascual señala que “esta perspectiva debe enfrentarse naturalmente con la paradoja de que son los mismos Estados quienes firman estos acuerdos e implementan políticas neoliberales”.

El capítulo, por tanto, propone una crítica a los API poniendo el foco en las correlaciones de fuerzas entre clases sociales. Su hipótesis central es que los API constituyen un ataque a la clase trabajadora, fundamentado en el proceso de internacionalización del capital. En la superficie, esto puede interpretarse como un enfrentamiento entre los mercados y los Estados. En el ámbito jurídico, parece tratarse de una colisión entre el derecho comercial y los derechos humanos y laborales. Sin embargo, en su esencia, los API representan una ofensiva del capital contra el trabajo, llevada a cabo a través de la autolimitación y la autocomplacencia del Estado frente a los imperativos del mercado global.

Pascual clasifica las cláusulas de los API en tres dimensiones fundamentales. La primera incluye cláusulas destinadas a imponer la competencia a escala global en el ámbito nacional, como el Tratamiento Nacional, justo, equitativo y no discriminatorio; la libre circulación de empresarios; la cláusula de Nación Más Favorecida; y las disposiciones relativas a los requisitos de desempeño. La segunda dimensión se refiere a las cláusulas que generan un efecto de congelamiento regulatorio, como las relativas a la protección y seguridad integral, las cláusulas de estabilización y las que garantizan la duración residual de los acuerdos. La tercera dimensión abarca las garantías, diseñadas para consolidar el congelamiento de las relaciones de poder entre las clases sociales, destacando la cláusula de extensión de jurisdicción, que regula la resolución de controversias entre las partes.

Para el autor, la autolimitación del Estado constituye “un proceso de despoltización de la regulación de las inversiones” y de

la competencia intercapitalista. Esta *despolitización* se fundamenta en el reconocimiento de los inversores como sujetos jurídicos autónomos. Al extender la jurisdicción y trasladar las disputas a tribunales ad hoc dependientes de órganos supranacionales, Pascual argumenta que los Estados garantizan la *despolitización* de la solución de controversias, lo que a su vez fomenta la despolitización de la regulación de las inversiones.

El efecto final de este proceso es “blindar las relaciones de fuerza entre las clases, resultantes de la ofensiva del capital contra el trabajo”. En otras palabras, “la posibilidad de que el capital someta a los Estados a tribunales internacionales implica una despolitización del proceso judicial. Es a través de este mecanismo que se garantizan la despolitización y el pleno dominio del mercado global sobre el mercado doméstico”.

Aquí cabe cuestionar el sentido que el autor otorga a la noción de politización/despolitización. Si entendemos lo político como el espacio en el que se configuran relaciones de poder, ¿no sería también el mercado un espacio político? ¿No existiría en el mercado una constante disputa por el poder, con instrumentos coercitivos y relaciones de fuerza, ya sea en la competencia entre capital y trabajo, entre capitalistas o incluso entre trabajadores? La idea de despolitización me resulta problemática, pues esta separación entre política y economía es precisamente el enfoque liberal tradicional para analizar la sociedad.

Siguiendo a Poulantzas (1979), esta separación no es más que una manifestación de la forma en que lo político está presente en la constitución y reproducción de las relaciones de producción. El Estado no es algo externo a la economía ni al mercado; por el contrario, la relación Estado-economía está intrínsecamente marcada por las distintas maneras en que el Estado participa en la configuración y sostenimiento de las relaciones de producción. En este sentido, no interpreto la extensión de la jurisdicción como un proceso de despolitización, sino como una modalidad específica mediante la cual el Estado actúa para otorgar aún más poder al capital, consolidando su rol como garante de las relaciones capital-trabajo en beneficio del capital.

Como bien señala Pascual, el Estado no pierde su capacidad de juzgar; simplemente transfiere una parte de ella. Es el propio Estado quien refuerza el equilibrio de poder a favor del capital y, en particular, de las empresas transnacionales. "Paradójicamente, es por este medio que el Estado logra imponer su poder sobre el conjunto, ya que ceder a múltiples presiones sociales sería imposible".

Desde esta perspectiva, tomando la lucha de clases como núcleo central del análisis, "el único API bueno es aquel que no se firma". La metáfora de la botella que contiene un mensaje cobra un significado fundamental para todas las reflexiones de este libro.

BIBLIOGRAFÍA

Poulantzas, Nicos (1979). *Estado, poder y socialismo*. México: Siglo XXI.

CUANDO LA LIBERTAD DEL CAPITAL SE VUELVE REGLA

UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA ESTANDARIZACIÓN REGULATORIA Y LAS CAPACIDADES ESTATALES EN EL CAPITALISMO GLOBALIZADO

Carla Poth y Luciana Ghiotto

INTRODUCCIÓN

La coherencia regulatoria es un tema relativamente nuevo dentro de las negociaciones internacionales. Se hizo visible en 2012 con el debate sobre las normas de facilitación de las inversiones en la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en el G20. Asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha estado trabajando en la adopción de este debate a partir de la construcción de las “buenas prácticas regulatorias”. Este tema apareció también dentro de las negociaciones comerciales al ser incluido en los tratados de libre comercio (TLC) mega-regionales que se negociaron en la última década, como el fallido Tratado Transatlántico (TTIP) y el vigente Tratado Transpacífico (TPP 11). Según las traducciones del inglés al castellano, se le ha nombrado tanto “coherencia regulatoria” como “cooperación reguladora” (en inglés, *coherence* o *cooperation*), usados como sinónimos. De lo que se trata, como veremos, es de la tendencia hacia la coordinación global de todas las regulaciones estatales, y supone también la generación de mecanismos para su articulación a nivel nacional y subnacional (OCDE, 2012).

La coherencia regulatoria es uno de los capítulos que suele suscitar poco interés de los analistas del comercio internacional. Son escasos los trabajos sistemáticos que encontramos sobre este tema, mayoritariamente de abogados especialistas en derecho internacional público, internacionalistas y politólogos (Ghiotto y Guamán, 2018), e incluso académicos que forman parte de *think tanks* progresistas, especialmente canadienses y europeos preocupados por los impactos del TTIP y del acuerdo entre la Unión Europea y Canadá (CETA) (Trew, 2017 y 2021; Hilary, 2014).

La poca atención que se le ha prestado se debe probablemente a que sus capítulos no generan obligaciones en materia tarifaria o económica, no implica la obligación de apertura de los servicios públicos, ni el otorgamiento de concesiones en materia de reglas de origen ni implican cambios en las compras públicas. Tampoco incluye el problemático mecanismo de solución de controversias inversor-estado (ISDS por su sigla en inglés). Sin embargo, aunque es un tema que no genera efectos económicos ni comerciales de modo directo, ni otorga nuevos derechos a los inversores extranjeros, su presencia en las diversas instancias de negociación internacional lo vuelven absolutamente relevante.

En el siguiente trabajo desarrollaremos dos hipótesis.

La primera es que, a pesar de presentarse como un tema inocuo, la coherencia regulatoria -cristalizada en las buenas prácticas regulatorias- es una cuestión central para la acumulación de capital, ya que cristaliza la necesidad de acelerar sus tiempos de circulación, reduciendo el peso de la burocracia y los costos asociados a las transacciones. En ese sentido, la estandarización global de todas las regulaciones estatales reduciría significativamente los costos y los tiempos, a la vez que reduciría la incertidumbre asociada a la obtención de ganancias.

La segunda apunta a la coherencia regulatoria que, para nosotras, significa un gran proceso de modernización del aparato del estado, con una redefinición de las prerrogativas (soberanas) estatales y del régimen democrático de toma de decisiones. Esto tiene dos implicancias. Primero, modifica el proceso de elaboración de leyes a escala nacional generando un nivel regulatorio extraterritorial que

se impone sobre los estados. Esto no es nuevo, ya que la globalización con reglas neoliberales marcó un camino similar a través de tratados comerciales e instituciones globales como la OMC. Pero entonces, ¿qué es lo distintivo? Aquí planteamos que la coherencia regulatoria es un nuevo escalón en la cooperación entre los estados para (intentar) regular la dinámica de la lucha de clases a escala nacional. Estos nuevos mecanismos extraterritoriales resguardan el proceso de toma de decisiones de la democracia formal de los efectos que la dinámica de la lucha de clases tiene sobre el proceso de acumulación global de capital y, al mismo tiempo, resguarda los mecanismos de mercado del proceso de lucha de clases que se desarrolla en los territorios. En otras palabras, se trata de un nuevo escalón en el blindaje jurídico de los capitales mediados por los estados y sus organismos de cooperación para el manejo del antagonismo capital-trabajo al interior del propio territorio.

Para trabajar estas hipótesis definiremos qué es la coherencia regulatoria y qué se entiende por buenas prácticas regulatorias, tal y como se adoptaron en las discusiones globales, definiendo algunos de los principios que las cimentan. A través de un análisis de las formas en que la coherencia regulatoria se despliega en la OCDE y en el TPP 11 observaremos cómo se ha dado el pasaje de las lógicas privadas de homogeneización a las dinámicas de regulación del sector público, haciendo énfasis en sus aspectos más relevantes. Finalmente, problematizaremos el desarrollo de la estandarización y homogeneización adoptados por el sector privado a partir de las normas ISO, mostrando la necesidad de adecuación del estado como forma que favorezca estos procesos de aceleración de circulación de mercancías y capitales.

¿QUÉ ES LA COHERENCIA REGULATORIA?

La coherencia regulatoria es un proceso de estandarización de regulaciones a escala global que comenzó a hacerse visible en las negociaciones de los foros globales en torno al año 2012. Por un lado, con los debates sobre el acuerdo de facilitación de comercio de la OMC (que finalmente se cerró en la Ministerial de Nairobi de 2015); y por el otro, en las agendas de negociación de los llamados acuerdos mega-regionales: el TTIP y el TPP.

Si bien el concepto de coherencia regulatoria tiende a ser bastante vago, suele cristalizarse en una serie de principios cuyo objetivo es estandarizar las regulaciones estatales, las cuales van desde simples acuerdos de intercambio de información (incluido el intercambio de información comercial confidencial utilizada en el proceso regulatorio) hasta la aceptación mutua de procedimientos nacionales de evaluación de riesgos o la armonización total de las regulaciones comerciales. En definitiva, la armonización generalmente significa que un país acepta adoptar las normas, procedimientos y/o reglas de otro que afecten a una industria, sector o actividad económica (Trew, 2021). Lo que hay en esta propuesta es la búsqueda de la uniformidad de normas y reglas: la estandarización regulatoria.

La coherencia regulatoria incluye como uno de sus elementos a las “buenas prácticas regulatorias”, concepto que la OCDE ha convertido en su caballo de batalla. Se trata de una serie de reglas asociadas a la planificación, diseño, emisión, implementación y revisión de instituciones, reglas y prácticas a nivel estatal que favorecen la cooperación regulatoria con el fin de promover el comercio internacional y la inversión (OCDE, 2021). En definitiva, este concepto implica que las instituciones globales determinan cuáles prácticas regulatorias son correctas y cuáles no.

La OMC es también un ámbito donde se ha desplegado el concepto de coherencia regulatoria, especialmente a través de la presentación de “buenas prácticas” tanto en el acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) como en el acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Incluso ha sido incorporado en los acuerdos más recientes sobre Facilitación del Comercio (2015) y Facilitación de las Inversiones (aún en negociación). Estas se proponen como guía para la creación de nuevas regulaciones técnicas estandarizadas que eviten las barreras innecesarias que entorpezcan el comercio promoviendo la reducción de costos, permitiendo que un mismo producto sea aceptado en múltiples mercados. Es por esto que las buenas prácticas han sido el punto de partida para las negociaciones, actualmente vigentes, en diversos acuerdos para la facilitación del comercio y las inversiones.

Existen dos aspectos comunes que rigen la coherencia regulatoria en todas las instancias de negociación y que entendemos que requieren ser problematizadas. En primer lugar, la generación de estas normas estandarizadas, simples y claras, se vuelve una condición fundamental para favorecer el comercio y las inversiones. Aparecen aquí tres elementos:

- la reducción de los tiempos de circulación del capital, ya que se eliminan barreras burocráticas y se minimizan los procesos administrativos. La clave es la facilitación del comercio y las inversiones: todo debe ser más ágil, con ello se reducen los tiempos de circulación y realización de la mercancía;
- el punto anterior lleva a la reducción de los costos asociados a las transacciones comerciales y a la instalación de las inversiones, porque donde hay menos burocracia, todo el proceso se vuelve más barato;
- la creación de confianza de que las decisiones regulatorias se toman de manera “objetiva, imparcial y con una base consistente”, lo cual implica la preeminencia de una perspectiva técnica por sobre una mirada política de intereses contrapuestos cristalizados en una regulación.

En segundo lugar, se observa una interpelación fundamental a la forma de estado, a los mecanismos institucionales y regulatorios y las dinámicas de toma de decisiones de la democracia. La coherencia regulatoria supone la predisposición a la cooperación con otros estados, al tiempo que exige mecanismos transparentes y predecibles que incluyan a los *stakeholders* (las partes interesadas) en los debates y en el proceso de toma de decisiones sobre nuevas regulaciones.

Todos estos elementos intentan promover un proceso de modernización masiva del aparato estatal vía tratados comerciales o ingreso a la OCDE, buscando la creación de administraciones más eficientes y eficaces. Sin embargo, podemos observar que la coherencia regulatoria va más allá. Porque tras esta búsqueda de

eficiencia y de estandarización de procedimientos regulatorios, se observa el carácter contradictorio de la acumulación del capital que, aún siendo de carácter global, se encuentra fragmentada en espacios específicos, divididos en territorios nacionales. Si hasta ahora, las regulaciones en el ámbito territorial han sido una prerrogativa soberana de los estados nación, los mecanismos de estandarización regulatoria son un intento de saltar la instancia decisoria local, con el objetivo de anular la incertidumbre del proceso de acumulación a escala territorial. Se hace evidente, así, la búsqueda por saltar la mediación expresada en la ley interna, ya que las regulaciones nacionales cristalizan el modo en que se expresa el antagonismo social al interior de los territorios estatales.

Repasemos las formas en que aparece la coherencia regulatoria actualmente, para luego analizar en profundidad sus implicancias.

DOS FUENTES DEL DEBATE DE LA COHERENCIA REGULATORIA: OCDE Y TPP 11

1) LA OCDE Y LAS “BUENAS PRÁCTICAS REGULATORIAS”

La OCDE nació como un foro de países desarrollados y actualmente cuenta con 38 miembros. Su objetivo principal es “establecer estándares internacionales y apoyar su implementación, y ayudar a los países a forjar un camino hacia sociedades más fuertes, más justas y más limpias”.¹ Es un foro relevante en la gobernanza global porque sus miembros serían los países más desarrollados, donde el 70% son europeos. Sin embargo, otros países menos desarrollados han solicitado la entrada a este foro, como Perú o Rumania.

Cualquier país que quiera ser parte de la OCDE debe reformar sus regulaciones internas, atendiendo a los principios de la “Reforma Regulatoria” que este foro trabajó desde 1995. De esta manera, ser parte del club de países más desarrollados implica una adaptación de las normas internas a las normas aceptadas por los países exportadores de capital. La OCDE desarrolló así un repertorio

1 Página de la OCDE: <https://www.oecd.org/en/about.html>, revisado en octubre de 2024.

de políticas macroeconómicas y estructurales domésticas consideradas “correctas”, comúnmente denominadas “buenas prácticas”, que buscaban “asistir” a esos países para fortalecer su crecimiento económico (Woodward apud Amigo, 2021).

La OCDE es una de las instituciones que mejor interpreta el sentido y las formas de la gobernanza global contemporánea, en tanto que “contribuye a articular una densa constelación de redes, actores e intereses (que definen conjuntamente modelos regulatorios) y asigna el prestigio de seguir las mejores prácticas de gobierno, aquellas implementadas por las ‘economías líderes’” (Galvis Castro, 2021, p. 215). Actualmente, la OCDE vehiculiza debates globales sobre mecanismos regulatorios, y cuenta con cerca de 250 instrumentos jurídicos internacionales que incluyen decisiones, recomendaciones, declaraciones y acuerdos internacionales.

La OCDE es reconocida por ejercer una gobernanza blanda ya que su diseño y funcionamiento institucional carecen de mecanismos coercitivos y sancionatorios (González Parías et al., 2022). A pesar de ejercer esta forma de *soft power*, tiene un fuerte rol disciplinador: de acuerdo con los resultados de las evaluaciones que realiza, la OCDE es una “asignadora de prestigio” para los estados que siguen sus lineamientos, se someten a sus exámenes y se encuentran en lugares altos de sus rankings (Galvis Castro, 2021). La OCDE asume esta función dado su carácter *técnico y científico*, donde equipos de expertos realizan evaluaciones empíricas sobre las prácticas regulatorias de los estados (Amigo, 2021). A partir de estas evaluaciones, otorga un “sello de calidad” para quienes están mejor posicionados en la gobernanza global de acuerdo a las expectativas de los países miembros. Por otra parte, los estados que incumplan los compromisos asumidos pueden ser objeto de un alto costo a nivel internacional: efectos en su imagen externa, pérdida de credibilidad y experimentar un proceso informal de aislamiento (González Parías et al., 2022). Esta estima internacional puede incluso afectar el costo al que acceden los países del sur global al financiamiento privado para renegociación de las deudas externas.

El mecanismo de disciplinamiento a terceros países actúa a través de la “presión de pares”. Si bien la OCDE no cuenta con

un mecanismo formal para asegurar la implementación por parte de un país de sus instrumentos y estándares, la “presión de pares” constituye el medio característico a través del cual logra una extendida adopción de sus recomendaciones y principios (Amigo, 2021).

En 2012 la OCDE publicó sus *Recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, directamente orientado a las administraciones nacionales, constituyéndose en un decálogo de las buenas prácticas regulatorias. El Principio 12 instaba a los gobiernos a revisar todas las normativas existentes a nivel internacional sobre un asunto antes de avanzar con una regulación, y a evaluar los impactos (beneficios y costos) que dicha normativa tendría sobre terceros países. Esto se logra con la aplicación de las herramientas de gestión regulatoria, que incluyen: el análisis del impacto regulatorio, la participación de las partes interesadas (*stakeholders*) y la revisión ex post de las regulaciones. Este proceso genera “regulaciones mejor informadas”, lo cual evita divergencias regulatorias innecesarias, fomentando el conocimiento mutuo y la confianza necesarias a través de las jurisdicciones (OCDE, 2021). En este documento, la propia OCDE entiende que los principios de coherencia regulatoria son ambiciosos y que de hecho pocos países los cumplen; sin embargo, serían objetivos deseables y alcanzables con un trabajo adecuado.

La OCDE entiende que uno de los principales problemas en el establecimiento de reglas es que los estados siguen tomando decisiones en “un contexto de aislamiento” que puede llevar a la aplicación de normas que frenen la innovación, el comercio y las inversiones. La cooperación reguladora “ayuda a reducir estas barreras al promover una mayor compatibilidad y armonización de las reglamentaciones, respetando al mismo tiempo los objetivos y preferencias de las políticas nacionales” (OCDE, 2022, s/n) mediante diversos mecanismos, como la armonización, el reconocimiento mutuo o los acuerdos de equivalencia. La OCDE sostiene que “seguimos siendo testigos de cómo los marcos institucionales y los procesos regulatorios están demasiado limitados por los límites jurisdiccionales tradicionales y, por lo tanto, no logran reconocer el alcance global de las cuestiones que deben abordar. Por eso, los

gobiernos deben ajustar su enfoque en materia de elaboración de normas” (OCDE, 2021, s/n).

Esto muestra cómo la centralidad de la regulación tomada en el marco del territorio de los estados nacionales es vista como un problema para los países más industrializados del mundo. Estos países, en su mayoría, han tomado posición en los últimos treinta años como impulsores de las agendas de libre comercio y protección de las inversiones en las agendas de negociación internacional, en la Organización Mundial de Comercio y en la negociación de tratados de comercio e inversión.

2) EL CAPÍTULO MÁS AVANZADO DE COHERENCIA REGULATORIA EN UN TRATADO COMERCIAL: EL TPP 11

El Tratado Trans Pacífico (TPP) es uno de los llamados tratados mega-regionales impulsado por el gobierno de Barack Obama después de la crisis de 2008, aunque hoy está vigente sin EEUU. Se negoció a la par que la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP por su sigla en inglés) con lo cual EEUU desplegaba negociaciones de acuerdos comerciales a ambos lados de los océanos. Ninguno de los dos tratados llegaría a buen puerto para EEUU. El TTIP encontró fuerte resistencia por parte de algunos gobiernos europeos y de gran parte de la sociedad civil de ese continente, por lo cual se abandonó su negociación. En el caso del TPP original, Donald Trump sacó a EEUU del acuerdo apenas asumido el cargo de Presidente, y hoy existe para los otros 11 países que lo negociaron (y lo aprobaron) como TPP 11.

El TPP no es un simple acuerdo comercial. Fue presentado por el propio Obama como la oportunidad de EEUU de “escribir las reglas del siglo XXI” y por Hillary Clinton como el “nuevo standard de oro” de las negociaciones comerciales.² De hecho, es el primer tratado de libre comercio que incluyó la coherencia regulatoria con el objetivo de abordar las cuestiones “detrás de la frontera”, concebidas como “las principales barreras a las que se enfrentan las

2 Politifact, What Hillary Clinton really said about TPP and the 'gold standard', 14 de octubre de 2015, <https://www.politifact.com/factchecks/2015/oct/14/hillary-clinton/what-hillary-clinton-really-said-about-tpp-and-gol/>

empresas estadounidenses al intentar acceder a los mercados extranjeros” (USTR en Gluj, 2024: 168). Este tratado incluye en su capítulo 25 un largo compendio de lo que los estados parte del tratado deberán avanzar en términos de estandarización regulatoria, en el cual la base es el entendimiento de que estas cláusulas incrementarán el comercio de bienes y servicios, así como las inversiones entre las partes. Es interesante ver que, aunque algunos capítulos del tratado fueron modificados levemente después de la salida de EEUU, el capítulo de Coherencia Regulatoria no tuvo ningún cambio.

El objetivo del TPP original no era el comercio en sí mismo, porque EEUU ya contaba con tratados comerciales bilaterales con varios de los países firmantes (Canadá, México, Chile, Singapur, Australia y Perú). Lo central del TPP es la compatibilización de las reglas entre todos estos estados. Para ello se avanzó en poner reglas sobre todo aquello que no estaba regulado, por ejemplo, en Derechos de Propiedad Intelectual ya que avanza en generar la obligación de que los miembros del tratado adhieran a una serie de convenios internacionales sobre patentes y organismos vegetales como UPOV 91.

El TPP refiere a la coherencia regulatoria como el uso de las “buenas prácticas regulatorias en el proceso de planificación, diseño, emisión, implementación y revisión de medidas regulatorias” asociadas al comercio y la inversión (artículo 25.2). Este capítulo estipula una serie de acciones que las Partes deberían realizar (Ghiotto, 2023):

- a más tardar después de un año de entrada en vigencia, cada Parte “pondrá a disposición del público” sus medidas regulatorias cubiertas (artículo 25.3);
- cada estado “procurará asegurar que tiene procesos o mecanismos para facilitar una efectiva coordinación interinstitucional y revisión de propuestas de medidas regulatorias cubiertas”, para ello establece y mantiene un órgano de coordinación nacional (artículo 25.4.1);
- los estados alientan a las autoridades regulatorias a realizar evaluaciones de impacto regulatorio al proponer

nuevas medidas regulatorias “que superen un umbral de impacto económico u otro impacto regulatorio” (artículo 25.5);

- cada Parte “debería revisar” en intervalos que considere necesarios, sus medidas regulatorias cubiertas para determinar si medidas regulatorias específicas que haya tomado deberían ser modificadas, simplificadas, ampliadas o derogadas (artículo 25.5.6);
- los estados deberían “dar aviso público anual de cualquier medida regulatoria cubierta que prevea razonablemente que sus autoridades regulatorias emitan durante los 12 meses siguientes” (artículo 25.5.7; subrayado nuestro);
- Las Partes “cooperarán a fin de facilitar la implementación de este capítulo”, incluyendo intercambios de información, diálogos o reuniones con “personas interesadas” del sector privado o público de otra Parte (artículo 25.7.1.b). El comité mismo es el que “establecerá los mecanismos apropiados para ofrecer oportunidades continuas a personas interesadas de las Partes para brindar aportes en asuntos pertinentes para el mejoramiento de la coherencia regulatoria” (artículo 25.8).

Una vez puesto en vigencia el tratado, el artículo de Notificación de Implementación (artículo 25.9) estipula que “cada Parte presentará una notificación de implementación al comité (...) dentro de los dos años a partir de la fecha de entrada en vigencia de este tratado y por lo menos una vez cada cuatro años a partir de entonces”, en el que los estados notifiquen “*los pasos que prevé adoptar para la implementación de este capítulo*”, incluyendo “los que haya tomado desde la notificación anterior y *aquellos que prevé adoptar para implementar este capítulo y para mejorar su adhesión al mismo*” (cursiva nuestra). Esto incluye brindar información a los *stakeholders* en su aviso anual “sobre futuras medidas regulatorias cubiertas”.

El capítulo propone asimismo la creación de *un órgano de coordinación nacional o central* avanzar en la coordinación interinstitucional y revisión de propuestas de medidas regulatorias

cubiertas. Es decir, el TPP-11 está proponiendo crear nueva burocracia que controle los avances realizados en términos de coherencia regulatoria. Dicho órgano de coordinación debería informar públicamente sobre las medidas regulatorias revisadas, cualquier propuesta de mejora regulatoria sistémica y sobre cualquier actualización de cambios en los procesos y mecanismos del artículo citado.

LA ESTANDARIZACIÓN COMO PROBLEMA DE ACUMULACIÓN DEL CAPITAL Y LA BÚSQUDA DE ADECUACIÓN DEL ESTADO

¿Cuál es la relación entre los tiempos de circulación de las mercancías y la acumulación del capital? Responder esta pregunta nos permitirá sentar las premisas fundamentales para comprender cómo los cambios en la regulación estatal del comercio global se relacionan con el proceso de acumulación general del capital.

En los *Grundrisse*, Marx señala que el capital (valor) pasa por diferentes momentos antes de volver a su momento de origen (su forma de capital-dinero). Allí, el proceso de circulación comienza nuevamente: producción, consumo, distribución, reinversión e intercambio son momentos distintivos dentro de esa totalidad. Estos momentos no son autónomos e independientes, a pesar de que así lo considera la economía política clásica.

Marx señala, por el contrario, que se trata de partes que se presentan como independientes pero que están subsumidas dentro de una red de relaciones internas al interior de la totalidad (Harvey, 2023). El capitalismo funciona como un sistema orgánico, como un metabolismo social, donde todas las partes están internamente conectadas por el valor. Ninguno de estos momentos puede entenderse de modo separado, por sí mismos. Esa es la centralidad del concepto de totalidad: los momentos del capital son una *unidad-en-la-separación*, conforman un todo (Holloway, 2002). La producción de mercancías presume el momento del mercado, la realización de la mercancía. La producción no cumple su papel en la acumulación sin consumo; el consumo no se sostiene en el tiempo sin distribución; la distribución requiere de infraestructura adecuada a los fines de la circulación de

mercancías. En ese sentido, sostiene Marx, preguntarse qué es más importante es como intentar señalar si los pulmones o el cerebro son más importantes para un ser vivo: es una pregunta que carece de sentido (Marx, 1998). En definitiva, el comercio, la inversión, el mercado son momentos del proceso de acumulación del capital, momentos de la totalidad del capital.

Marx señala que cuando las mercancías son llevadas al mercado, ya tienen un precio establecido al menos idealmente. La circulación entonces requiere que las mercancías tengan un precio, y que el círculo de intercambio se desarrolle en toda la superficie de la sociedad como una totalidad en constante flujo. La cantidad de dinero requerido para el intercambio dependerá no solo de la suma total de los precios, sino de la *rapidez* con la que circule el dinero, es decir, por cuantas manos puede pasar un billete en un día (Harvey, 2023). La tendencia del capital es a entender cualquier freno a este proceso como una barrera a la autorrealización.

La competencia inter capitalista ha generado un empuje constante por reducir el tiempo que le toma al capital transitar desde su forma mercantil hasta el punto en que se realiza en su forma-dinero y retorna como ganancias a ser reinvertidas (Arboleda, 2022). Los medios de transporte, la infraestructura, la comunicación, han sido elementos clave en el sentido de la aceleración.

Pero no alcanza con la generación de estas condiciones materiales que agilicen el proceso de circulación. Para acelerar el proceso de acumulación del capital, es necesario revisar la forma en que se organizan esos procesos de circulación en términos normativos, observar la institucionalidad territorial y tender a reproducir esas normativas para reducir tiempos y costos de producción y circulación a partir de una “normalización” de procedimientos y reglas.

Es en este marco que la estandarización de criterios y procesos en la producción, tanto como la estandarización de normativas y regulaciones en torno al proceso de circulación se vuelven fundamentales en el periodo actual, en que se han fragmentado globalmente los procesos productivos, se ha acelerado la circulación del capital y aumenta la competencia capitalista que empuja la búsqueda de cada vez menores costos.

La promoción de la estandarización regulatoria requiere de la revisión de la forma de estado, dado que es a través de este que las dinámicas de acumulación consiguen establecer las condiciones de territorialización. Si bien el mercado mundial es la “presuposición, premisa y resultado de la explotación capitalista del trabajo” (Bonefeld, 2013, p. 51) esta dimensión global del capital no existe sin una espacialidad determinada por espacios de soberanía política definidos territorialmente a través del proceso histórico de creación de los estados nacionales. La existencia global del capital se constituye localmente, al tiempo que lo local se obtiene sólo dentro del contexto del mercado mundial. Esto responde a la existencia (histórica y contingente) de instituciones y regulaciones heterogéneas y territorialmente fragmentadas (cristalizadas en los estados-nación).

A pesar de que el estado ha sido una condición histórica fundamental para la acumulación del capital global, este lo percibe como un ‘obstáculo’ a su acumulación irrestricta, dado que ralentiza los procesos de producción y circulación. ¿A qué se debe esto? En primer lugar, el capital percibe como ineficiente su dinámica de funcionamiento. La extensión de trámites burocráticos, la configuración de numerosos entramados institucionales, y los múltiples vacíos que ralentizan el movimiento de mercancías y capitales supone, para el capital global, una “racionalidad acotada del estado”, producto de la “falta de conocimiento” por parte de las estructuras regulatorias; o bien de la “racionalidad subjetiva” de los agentes individuales involucrados en ese proceso (Simon, 1947); o bien resultado de un desacople entre la relación medios-fines como efecto de la imposibilidad de la definición de objetivos por parte de la estructura política (Lindblom, 2007). De esta manera, se le adjudica al estado la responsabilidad de actuar como una barrera, exigiendo su adecuación a través de múltiples transformaciones institucionales.

Sobre estas perspectivas parece descansar la búsqueda de la facilitación del comercio y la inversión, ya que estas miradas entienden que el problema de esas restricciones se debe a limitaciones en la racionalidad estatal.

Sin embargo, estas miradas suprimen el problema de que estos límites expresados en el estado no son más que la cristalización

de la propia irracionalidad objetiva del proceso de reproducción capitalista (Alvarez y Bonnet, 2018). Y esto es así porque la dinámica de funcionamiento en tanto “ensayo y error” por parte del estado no es más que la expresión del antagonismo de clase en su seno. El estado, como forma política de la relación del capital, asume la primacía del control territorial de la explotación del trabajo, que se realiza, luego, como capital en la escala global. Por esta razón, “la forma del método de ensayo y error es lo que constituye el modo de intervención del estado adecuado al capitalismo” (Wirth, 2017, p. 431), y no una circunstancia. El funcionamiento del estado, sus leyes y mecanismos regulatorios cristalizan el movimiento de la lucha de clases -completamente incierta para las relaciones del capital- y, en múltiples circunstancias, puede ser visto como barrera para las dinámicas de circulación del capital.

El proceso acelerado de internacionalización del capital tiende a la construcción de un entramado político que pretende cercenar las funciones del estado, con el objeto de “imposibilitar cambios en las relaciones de fuerza entre capital y trabajo a nivel nacional” (Pascual, 2024) y empujar las barreras estatales, garantizando la rapidez de la circulación de las mercancías a través de las fronteras. Este es el corazón del debate que presenciamos hoy en los foros internacionales.

Entre los años ochenta y noventa se constituyó una arquitectura jurídica internacional (*lex mercatoria*) que expresó jurídicamente la globalización capitalista. Esto implicó una reconfiguración de las funciones estatales, lanzando una parte de esas funciones (regulatorias) hacia el ámbito extraterritorial (Pascual, 2020) por ejemplo con la creación de los procesos de integración regional como la Unión Europea, el Mercosur o la Unasur. Lo mismo sucedió con la constitución de organismos internacionales (como la OMC), en el que los estados adecuaron voluntariamente sus aranceles y sus regulaciones comerciales a lo que se exigía “desde arriba”.

En la actualidad, la coherencia regulatoria (y sus objetivos de homogeneización de las reglas), supone la búsqueda de una adecuación del estado, sus instituciones, políticas y mecanismos a la necesidad de estandarización global del capital. El estado se debe

volver *más liviano*, como el capital; debe dejar de ser una barrera, un peso burocrático sobre los actores privados. Este proceso es presentado como una modernización, como una des-burocratización que proyecta características de la administración de las empresas hacia el estado. Des-burocratización que no significa, en cambio, la eliminación del estado. Porque una menor regulación en sectores de la vida social implica mayor intervención del estado para contener la lucha de clases en el nivel nacional que ante tal acción se despliega con mayor virulencia. Menor regulación, que implica menores costos para el capital, significa para el estado el ejercicio de un fuerte control disciplinario sobre la clase trabajadora (Bonefeld, 2013).

Estas nuevas formas, incluso, pretenden redefinir no sólo las estructuras de la propia democracia capitalista, generando nuevos mecanismos de toma de decisiones, sino también sus alcances.

Sin embargo, debemos resaltar que esta adecuación no puede considerarse como una cuestión racional, sino eminentemente como un problema, como algo imposible de garantizar dado la incertidumbre que define al antagonismo de clase. Si bien las propuestas tienden a generar nuevos modelos de planificación que mejoren la eficiencia (identificación de intereses y su compatibilización, eficiente selección de mecanismos, toma de decisiones racionales), la adecuación a los requerimientos de la acumulación del capital es siempre contradictoria y limitada.

LOS INICIOS DEL PROCESO DE ESTANDARIZACIÓN GLOBAL: LAS NORMAS ISO

La tendencia a la homogeneización de las reglas no es un proceso nuevo, sino que se observan tendencias en este sentido desde el inicio del capitalismo, especialmente al interior del proceso productivo. Es decir que la génesis de la estandarización normativa está en el sector privado. Allí se habla de *estandarización*, que es el proceso de acoplamiento de formas de producción entre las diferentes fábricas, no sólo dentro de un territorio nacional sino las que están ubicadas en diferentes países. La estandarización de procesos refiere al establecimiento de pautas, principios y procedimientos que rigen la manera en que se deben completar tareas (o secuencias de tareas)

para la creación de un bien o servicio. Los estándares aseguran que los bienes producidos se realicen de la misma manera cada vez, tengan una calidad constante y sean equivalentes a otros productos o servicios comparables. De este modo, la estandarización otorga un formato a la competencia. En el proceso productivo, los estándares de compatibilidad resuelven las diferencias.³

De forma más precisa, siguiendo a Benjamin Coriat (2003), se admite que la estandarización reviste tres aspectos:

- Especificación de las normas de calidad o definición de las características de un producto o materia con vistas a definir sus resultados mínimos en condiciones normales de empleo;
- Unificación de las dimensiones y las tolerancias a fin de garantizar la intercambiabilidad de las piezas y los productos (este aspecto es la condición de la producción en serie);
- Simplificación de la cantidad por eliminación de las variedades inútiles. La sustitución del «ajustado» por el «montaje» que se lleva a cabo —revolución «técnica» interna en el taller— tendrá como sanción una transformación de la norma correspondiente a la escala de la producción: la fabricación en serie de mercancías estandarizadas toma impulso y se impone como nueva regla de la ‘Economía Industrial’.

El proceso de estandarización de la producción se ha generado a partir de comités compuestos por ingenieros, empleados de agencias de gobiernos y agencias privadas, junto con representantes de las compañías productoras, empresas que compran esos productos y servicios, y agencias de consumidores, para llegar a un consenso sobre los estándares que los futuros productores pueden aceptar o

³ Por ejemplo, se puede pensar en el caso del sistema métrico de la Europa continental, y el sistema de pulgadas de los países del Commonwealth. Se calcula que en la Segunda Guerra Mundial, cuando ambos sistemas coexistían, las diferencias en la medición de las roscas de tornillos tuvo un impacto de un gasto extra de 25 millones de libras esterlinas (Murphy y Yates, 2009).

rechazar. Las soluciones adoptadas son consideradas “técnicas” y “científicas” antes que políticas, mecanismo que garantiza su éxito (Murphy y Yates, 2009). Este proceso de coordinación es importante, ya que se trata de una articulación entre los *stakeholders* privados y diversos estamentos de la burocracia estatal. Dicha articulación garantizaría que las decisiones que se tomen vayan de acuerdo con las necesidades del mercado, y que no respondan a decisiones de carácter político, es decir, como respuesta a demandas sociales.

En la industria, los organismos de estandarización surgieron durante la segunda mitad del siglo XIX. La estandarización sería luego un modo de adaptación de la industria de países como EEUU, Alemania, Inglaterra y Suecia a la producción en masa del siglo XX. En este sistema incipiente, las empresas adaptaban voluntariamente sus formas de producción y venta a unos estándares comunes.

En el siglo XX la estandarización se convirtió en un elemento clave para permitir el aumento del comercio en un mundo con procesos productivos cada vez más integrados. Los estándares de la ISO (*International Standard Organization*), organismo nacido en la segunda posguerra, permitieron la creación de normas comunes sobre la infraestructura básica para el comercio, generando un impulso inusitado de la circulación global de productos. Los estándares sobre el uso de containers en 1965 fueron clave en ese sentido, al igual que los estándares aplicados a los medios de transporte y la infraestructura (barcos, aviones, puertos y aeropuertos). La adopción de un sistema homogéneo para realizar el comercio abarató los costos de carga y descarga en los puertos en un 93%, a la vez que generó un crecimiento del tonelaje de los bienes que arriban al puerto de Rotterdam en diez veces (Poston, 2006). Esto determinó una nueva geografía económica (Baldwin, 2016) marcando una “revolución del transporte” (Murphy y Yates, 2009).

La adopción global de los estándares industriales estuvo imbricada en el proceso de competencia entre las potencias industrializadas: EEUU y los países europeos. En la década de 1960, los países europeos en su proceso de creación de un área de libre comercio europea reconocieron que la existencia de estándares industriales incompatibles podría convertirse en un obstáculo no arancelario al comercio. En ese

mismo proceso, hubo un reconocimiento desde EEUU que lo mismo podría suceder entre la nueva área económica europea y los estándares estadounidenses. Por ello EEUU insistió en incorporar la discusión sobre estándares en el GATT, en el Standards Code de 1979, a la vez que se fueron ampliando los temas incluidos en cada nueva ronda del GATT a temas no arancelarios (Estay Reyno, 2005).

Desde la década de 1970 muchos estados comenzaron a incluir los estándares de ISO al interior de sus legislaciones. Con ello, se garantizaba que los estados serían los entes de control sobre el sector privado para que se cumplieran los estándares. Se estima que hacia 1981 el 80% de los estándares en EEUU se habían convertido en obligatorios en algunas jurisdicciones (Murphy y Yates, 2009). Lo mismo ocurrió en la Comunidad Europea donde los organismos regulatorios nacionales pasaron a referir a los estándares internacionales en lugar de producir los propios. En EEUU se impulsó la misma práctica en la ley *National Partnership for Reinventing Government* que enarbolaron el vicepresidente Al Gore junto con la OCDE, para lograr un gobierno que “funcione mejor, cueste menos y llegue a resultados que sean importantes para todos los americanos”.⁴

En la década de 1990, se consolidó la incorporación de estos estándares al interior de los acuerdos comerciales. El proceso de homogeneización apareció en la creación de la OMC, donde EE UU temió su exclusión del mercado europeo frente a la consolidación del mismo. Los estándares entonces se convirtieron en obligatorios, ya que los estados miembros se comprometieron a asegurar que sus regulaciones y estándares internos no crearan obstáculos innecesarios al comercio. De hecho, los miembros de la OMC deben ser parte del “Code of Good Practice” que frena la adopción de estándares que pudieran ser una barrera al comercio. A través de estas prácticas, la OMC buscó sostener los principios de “trato nacional” y “nación más favorecida” eliminando la discriminación en el comercio, y favoreciendo la liberalización. Así se generó una imbricación entre

4 National Partnership for Reinventing Government, A Brief History. <https://govinfo.library.unt.edu/npr/whoware/history2.html>

las leyes comerciales internacionales y la obligatoriedad de los estándares (Murphy y Yates, 2009).

LA ESTANDARIZACIÓN PERMEA EL SECTOR PÚBLICO: EL PASAJE DE LA REGULACIÓN PRIVADA A LA NORMA PÚBLICA

Como vimos, en la década de 1990, un debate que se llevaba a cabo en el marco del sector privado permeó hacia el manejo de los aparatos estatales. Las implicancias de estos debates son fundamentales: bajo el mote de “buenas prácticas regulatorias” se observa una tendencia a la estandarización global de los criterios de gobierno. La lógica bajo la cual se desarrolla es la *tecnificación de la política*, promoviendo la homogeneización de las legislaciones nacionales que unifiquen criterios de tiempos y costos de circulación de las mercancías y los capitales. Esto obliga a la simplificación de mecanismos regulatorios y supone la obligatoriedad de clarificación de todas las normativas y procedimientos de los organigramas institucionales del estado, lo que en esta discusión se entiende como *transparencia*. Pero, además, estas normativas globales obligan a “abrir” el proceso de toma de decisiones al sector privado e, incluso, a otros estados.

Aquí, la figura del *multistakeholderismo* (MS) se consolida como una estrategia central. El MS hace referencia a aquellas “partes interesadas” en un proceso de toma de decisiones, sean partes privadas o públicas. Incluso, este modo ha sido entendido como el “estándar de oro” de la gobernanza privada, dada su inclusividad, es decir, porque no dejaría a ninguna parte interesada afuera de la mesa de discusión (Schleifer, 2018). Esto le otorgaría mayor legitimidad que a otros modelos de toma de decisiones.

El surgimiento del MS es resultado de las críticas a la forma burocratizada del estado moderno propia del periodo keynesiano, lo cual implicó una migración de las lógicas privadas al sector público, cristalizadas en el ámbito de las decisiones globales. Como señalamos, este mecanismo copia el funcionamiento del sector privado en el que técnicos empresariales desarrollan normativas industriales junto con las burocracias estatales especializadas. Pero este proceso del sector industrial ha sido resignificado en las últimas

tres décadas hacia todo el aparato decisor del estado. El efecto es la propuesta de reforma managerialista de los estados que buscaban mecanismos para hacer eficiente su funcionamiento, la génesis de lo que se conoce como *estado emprendedor* (*entrepreneurial State*).

Uno de los mecanismos del estado emprendedor es la descentralización de la toma de decisiones, pasando a una “gestión participativa” (*participatory management*). Esto implicó, entre otras cosas, *catalizar* a todos los sectores (públicos y privados) para ponerse en acción con el objeto de solucionar los problemas de la comunidad. Esto es entendido como gobernanza: “liderar la sociedad, convenciendo a sus varios grupos de interés de abrazar estrategias y objetivos comunes” (Osborne y Gaebler, 1992, p. 34).

El MS se propone articular el sector de las empresas, la sociedad civil y los gobiernos, poniendo en la discusión a actores de diversos ámbitos que exceden el aparato estatal: representantes de empresas, académicos, organizaciones no gubernamentales y círculos técnicos. Para esto, los mecanismos de MS requieren de las siguientes dinámicas de funcionamiento (Manahan y Kumar, 2021):

- Los problemas no pueden ser resueltos por un solo actor, sino que requieren una respuesta coordinada;
- Los sujetos que participan en el proceso deben tener claridad en los intereses que expresan, y un compromiso de buena fe en su participación;
- Las normas que regulan el proceso deben ser claras y consensuadas (como así también los tiempos y cronogramas de trabajo);
- La información debe ser transparente y se debe garantizar la igualdad de poder en la toma de decisiones de todos los participantes (transparencia), como así también la posibilidad de llevar adelante un control colectivo (*accountability*).

Este mecanismo se sostiene sobre el principio de “nadie está a cargo” (*nobody in charge*), en el que los actores negocian y llegan a

consensos.⁵ La inclusión de representantes de todos los *stakeholders* ayudaría a garantizar la *legitimidad* de los estándares y de este modo aseguran su adopción generalizada. Además, según sus defensores, este mecanismo sería más democrático ya que libera el proceso de “la imposición de los gobiernos o el ejercicio del poder de mercado de las firmas principales” (Murphy y Yates, 2009, p. 15). Si con este mecanismo el sector privado ha podido lograr “mejores” estándares, que mediante otros modos de toma de decisión, lo mismo podría entenderse para los estados.

Sin embargo, el mecanismo de MS iguala actores cuyo funcionamiento y capacidades son completamente desiguales. Parte del supuesto que las partes interesadas en, por ejemplo, una negociación de un tratado comercial, cuentan con igual información, conocimiento equivalente e igual capacidad de intervenir en dicha negociación. Este mecanismo ha recibido numerosas críticas en la academia, dada la tendencia a que dominen grupos anteriormente establecidos, asimetrías de poder entre los participantes y diferencias en sus niveles de inclusión (Schleifer, 2018). Se sostiene asimismo que la propia noción de “parte interesada” oculta las inmensas diferencias de intereses, roles, poder y legitimidad que existen entre los diversos actores invitados a sumarse a las iniciativas como si fueran partes interesadas en pie de igualdad (Manahan y Kumar, 2021).

De esta manera, bajo la idea de “transparencia” y de “procedimientos administrativos”, se tecnifican las definiciones políticas, contrayendo el espacio de la política y consolidando la capacidad de decisión de los *stakeholders* privados en el proceso. Esto influye en los mecanismos regulatorios domésticos

CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo del artículo, la coherencia regulatoria se ha vuelto un tema clave en las negociaciones internacionales. La

5 Es interesante que la idea de consenso también puede ser rastreada en el marco de las normas ISO con una perspectiva similar a la plasmada en estos mecanismos de MS: “el consentimiento de quienes se ocupan (de una decisión en particular) sostenido por la apatía de quienes no lo hacen” (Cleveland in Murphy and Yates, 2009: 30. Traducción propia).

OCDE ha tomado el tema de las buenas prácticas regulatorias como un eje central de su intervención global, evaluando a los estados para ver su grado de respeto y avance en la homogeneización de las propias regulaciones nacionales a las normativas globales. Sin tener poder de sanción directo, los países más desarrollados nucleados en este foro sí tienen la capacidad de usar sus mecanismos de sanción mediante el uso del *soft power*, por lo cual la homogeneización es un proceso lento, pero sin pausa. Por su parte, el ejemplo del TPP 11 muestra cómo esta cuestión se incorpora en los temas “asociados al comercio”, dentro de un capítulo de un tratado comercial. Este tema aparece como un estándar para las negociaciones comerciales de un país como EEUU, en el que es esperable que el tema sea también incorporado en próximas negociaciones comerciales.

Ambos ejemplos muestran que la coherencia regulatoria aparece como un nuevo momento del proceso histórico de adaptación de la forma estado a las necesidades actuales de acumulación del capital y, por esta razón, su surgimiento e implementación performa y adecua el aparato estatal/ institucional interno a la internacionalización del capital. En este sentido, genera nuevos mecanismos en la toma de decisiones a escala nacional, ampliando la participación en el proceso regulatorio a actores no estatales (*stakeholders*), reorganizando las reglas e impactando de manera directa en el ámbito nacional y local.

La acumulación del capital ha requerido la aceleración de los tiempos de circulación; y este proceso se ha configurado, en sus inicios, a partir de la generación de estrategias en el ámbito de lo productivo, como así también acuerdos globales construidos en el marco de lo privado (como vimos con las normas ISO). Con el aumento de la circulación del capital a nivel global a partir de la década de 1980, el peso de la burocracia y los costos asociados a las transacciones se volvieron un obstáculo notorio para dicha circulación. Esto implicó la redefinición del ámbito de lo público y la incorporación de múltiples nuevos sujetos a este proceso de aceleración.

La coherencia regulatoria que se presenta en las negociaciones de la OCDE y se incorpora en el TPP11 ha traducido al ámbito de las regulaciones globales aquellos mecanismos de la

estandarización del sector privado, homogeneizando normas y criterios, simplificando procedimientos y reduciendo tiempos con el objeto de imponer la lógica de aceleración del capital al proceso de toma de decisiones que ha estado reservada, en los países occidentales, a las democracias burguesas y los sistemas republicanos.

De esta manera, las buenas prácticas regulatorias, ancladas en el conjunto de criterios que le dan vida a la coherencia regulatoria, se cristalizan como normas técnicas que buscan universalizar dinámicas de funcionamiento, brindando seguridad para la acumulación del capital y la posibilidad de control de los mecanismos extra-económicos. Bajo estas reglas, se impone una racionalidad técnica que media las negociaciones buscando, por un lado, “eliminar” sesgos políticos (y conflictos de intereses) y, por el otro, promover una convivencia “pacífica” entre las partes, para el libre y veloz movimiento de capitales. De esta manera se intenta suspender el antagonismo capital-trabajo en el proceso de toma de decisiones a escala nacional, consolidando el interés último de su reproducción. Con la coherencia regulatoria a escala global, la libre circulación del capital parece tornarse inexorable. Las condiciones necesarias para la acumulación del capital se vuelven la regla general (a escala nacional y global).

Junto con la incorporación de la racionalidad técnica, el *multistakeholderismo* proveniente del sector privado responde también a estos criterios. Tras la aparente simetría entre las partes interesadas, la transparencia de las reglas y las decisiones consensuadas, se consolida un mecanismo que sujeta la toma de decisiones a las formas globales de reproducción del capital, reproduciendo, asimismo, las desigualdades reales.

Esta denominada “modernización del estado” que se plasma en los requerimientos de la coherencia regulatoria busca “ordenar” los procesos de creación de regulaciones estatales a través de la búsqueda de “suprimir” la lucha de clases cristalizada en sus normativas. Aun así, estas transformaciones son producto y regeneran una tensión intrínseca a la forma estado, ya que la tan buscada “racionalidad técnica” se impone como una externalidad a su lógica antagónica.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez, Laura Huwiler y Bonnet, Alberto (2018) Ensayo y error. Un análisis marxista de las políticas públicas. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 63(233). <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2018.233.59461>

Amigo, Ayelén (2021). El proceso de acercamiento entre Argentina y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) durante el gobierno de Cambiemos: análisis crítico de un vínculo complejo y dinámico en un contexto de transformación global [Tesis para optar por el título de Magíster en Economía Política]. FLACSO Argentina.

Arboleda, Martín (2022). Circuitos de extracción: sobre los recursos naturales y la circulación del capital. En Angelo Narváez León, Roberto Vargas Muñoz y Ivo Gasic Klett (eds.), *Capital y dominación social: hacia una crítica de la economía política del espacio*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado (UAH).

Baldwin, Richard (2016). *The great convergence; information technology and new globalization*. Massachusetts: Harvard University Press.

Bonefeld, Werner (2013). Más allá de las relaciones internacionales: acerca del mercado mundial y el estado-nación. Julián Kan y Rodrigo Pascual (comps.), *Integrados(?): debates sobre las relaciones internacionales y la integración regional latinoamericana y europea*. Buenos Aires: Ediciones Imago Mundi.

Coriat, Benjamin (2003). *El taller y el cronómetro: ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*. México: Siglo XXI.

Estay Reyno, Jaime (2005). América Latina en las negociaciones comerciales multilaterales y hemisféricas. En *La economía mundial y América Latina: tendencias, problemas y desafíos*. Buenos Aires: CLACSO. <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101013121047/estay.pdf>

Galvis Castro, Felipe (2021). La OCDE: un perfil crítico. *Razón Crítica*, 10, 211-235.

Ghiotto, Luciana (2023). Tratados de libre comercio y

crisis: apuntes para una crítica de los tratados de nueva generación. En: Marcela de Lourdes Orozco Contreras (coord.), *Del TLCAN al T-MEC: 26 años de libre comercio*. Buenos Aires: CLACSO. <https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2023/07/Del-TLCAN-al-TMEC.pdf>

Ghiotto, Luciana y Guamán, Adoración (2018). ¿Facilitación o protección para las inversiones extranjeras?: nuevos elementos del debate global. *Ciclos*, 25(51), 1-18. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/85949>

González Parías, Carlos Hernán et al. (2022). Estrategias de la OCDE para sumar influencia en la gobernanza económica internacional. *Revista Científica General José María Córdova*, 20(40), 833-851. <https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/1012>

Harvey, David (2023). *A companion to Marx's Grundrisse*. Londres: Verso.

Hilary, John (2014). *The Transatlantic Trade and Investment Partnership: a charter for deregulation, an attack on jobs, an end to democracy*. Brussels: Rosa Luxemburg Stiftung. https://rosalux.nyc/wp-content/uploads/2021/08/ttip_web.pdf

Holloway, John (2002). *Cambiar el mundo sin tomar el poder*. Buenos Aires: Herramienta/BUAP.

Lindblom, Charles (2007). La Ciencia de 'salir del paso'. En Luis F. Aguilar Villanueva (ed.), *La hechura de las políticas públicas*. México: Porrúa.

Manahan, Mary Ann y Kumar, Maduresh (2021). *The great Takeover: Mapping of Multistakeholderism in Global Governance*. Amsterdam: People's Working Group on Multistakeholderism.

Marx, Karl (1998). *Grundrisse: Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*. México: Siglo XXI.

Murphy, Craig y Yates, Joanne (2009). *The International Organization for Standardization (ISO): global governance through voluntary consensus*. Londres: Routledge.

OCDE (2021). *Principios de buenas prácticas de cooperación regulatoria internacional*. Cooperación Regulatoria Internacional. <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/>

cooperacion-regulatoria-internacional_fff708d5-es

OCDE (2022). Recommendation of the Council on international regulatory co-operation to tackle global challenges. OECD/LEGAL/0475. 10 de junio de 2022. <https://www.oecd.org/en/topics/international-regulatory-co-operation>

Osborne, David y Gaebler, Ted (1992). *Reinventing Government: how the entrepreneurial spirit is reshaping the public sector*. New York: Addyson-Wesley Publishing Company.

Pascual, Rodrigo F. (2020) Conflicto/cooperación, intergubernamentalidad/supranacionalidad: antagonismo social de clase y relaciones interestatales. En Juliá Kan, Alejandro M. Jaquenod y Rodrigo F. Pascual (comps.), *Entre lo global y lo internacional: perspectivas críticas sobre el estado, el mercado global y las relaciones internacionales*. Buenos Aires: ICSE/IESAC.

Pascual, Rodrigo (2024). Tratados de protección de la inversión extranjera y lucha de clases. En Ana García, Rodrigo Pascual, Carla Poth (coords.), *Poder corporativo, Estado y luchas sociales: apuntes desde el derecho y la economía política internacional* (Boletín Lex Mercatoria, poder corporativo y derechos humanos n° 2). Buenos Aires: CLACSO. https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2024/04/V1_Poder-corporativo-Estado-y-luchas-sociales_N2.pdf

Poston, Toby (25 de abril de 2006). Thinking inside the box. *BBC News*. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4943382.stm>

Rojas Vega, Oscar (2012). *Estudio de caso: coherencia regulatoria, buenas prácticas para regular* [Tesis]. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile. <https://iei.uchile.cl/dam/jcr:8eb73bf0-6dc8-47a8-98ca-e6a8d3f0b911/rojas-vega-oscar.pdf>

Sassen, Saskia (2006). Hacia una proliferación de ensamblajes especializados de territorio, autoridad y derechos. *Cuadernos del Cendes*, (23)62, 95-112.

Schleifer, Philip (2018). Varieties of multi-stakeholderism governance: selecting legitimation strategies in transnational sustainability politics. *Globalizations*, 16(1), 50-66. <https://doi.org/10.1080/14747480.2018.1483333>

org/10.1080/14747731.2018.1518863

Simon, Herbert (1947). *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*. New York: MacMillan.

Trew, Stuart (2017). *From NAFTA to CETA: corporate lobbying through the back door*. Brussels: Corporate Europe Observatory. https://corporateeurope.org/sites/default/files/en_from-nafta-to-ceta_k2-1_final.pdf

Trew, Stuart (2021). International regulatory cooperation and the making of “good” regulators. A case study of Canada–U.S. Regulatory Cooperation Council [Tesis de maestría]. Carleton University, Canadá. <https://repository.library.carleton.ca/concern/etds/zs25x9484>

Wirth, Margareth (2017). Acerca de la crítica de la teoría del capitalismo monopolista de Estado. En Alberto Bonnet y Adrián Piva (comps.), *Estado y capital: el debate alemán sobre la derivación del Estado*. Buenos Aires: Herramienta.

COMENTARIO A “CUANDO LA LIBERTAD DEL CAPITAL SE VUELVE REGLA: UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA ESTANDARIZACIÓN REGULATORIA Y LAS CAPACIDADES ESTATALES EN EL CAPITALISMO GLOBALIZADO” DE CARLA POTH Y LUCIANA GHIOTTO

Dario Clemente

Aparentemente, en Argentina hay una sola marca de colchones y somniers que tenga certificación ISO-9001. O al menos eso es lo que me repitió 2 o 3 veces la vendedora mientras analizaba texturas y densidades, buscando el colchón más rígido que hubiese en el negocio. Calidad del producto y sistema de stockeo, mecanismo de encargo, elaboración a medida y protocolo de entrega, modalidades de financiamiento: para mis orejas entrenadas en la Economía Política Internacional, toda su enumeración se traducía en un proceso de venta aceitado, fluido y eficiente para la empresa.

No sé si fue por eso, porque de repente recordé haber escuchado varias veces la publicidad de esa marca en mi radio favorita, o por otra insondable razón, pero salí ese día del negocio habiendo comprado un colchón con certificación ISO-9001.

Luciana Ghiotto y Carla Poth escribieron un capítulo que nos permite al mismo tiempo hacer inventario de algunos debates clásicos acerca de la relación Estado-mercado y actualizar lo que sabemos sobre ella en una época de capitalismo globalizado. Lo primero, a través de la recuperación de la cuestión de la tecnificación de la política y la racionalidad técnica, la forma del Estado

y su internacionalización, la lucha de clase mediada por un sinfín de estructuras y nunca conflicto abierto. Lo segundo, trayendo al presente un tema clásico de la Economía Política Internacional, es decir la estandarización como paspartú del capital itinerante, abordando el costado regulatorio de este y los desarrollos recientes en la OCDE y el TPP-11.

No queda duda, después de haber leído el capítulo, que “lo regulatorio” ocupa de hecho un rol clave en el funcionamiento del capitalismo globalizado. Que el capital sigue escribiendo sus propias reglas y las instituciones internacionales y los Estados son, demasiado a menudo, simples amanuenses de este código internacional del poder corporativo, o moderna *lex mercatoria*. Sospechas en ese sentido ya había antes de leer el texto, en verdad, pero tienen razón las autoras en identificar en la ausencia de obligaciones en materia tarifaria o económica la razón por la cual quienes nos (pre) ocupamos acerca del libre comercio no solemos conceder al aspecto regulatorio la misma atención que sí se presta a la baja de aranceles o al funcionamiento del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado. Por otro lado, como señalan las autoras a lo largo de todo el texto, la cuestión regulatoria es camaleónica hasta por el lenguaje con el cual se difunde e impone: coherencia regulatoria, cooperación reguladora, hasta las “buenas prácticas” regulatorias que, impulsadas por la adopción empresarial, han penetrado ya el sentido común de “comunidades epistémicas” pertenecientes a niveles sociales y ámbitos muy variados.

Sin embargo, y a pesar de conocerse bajos varios nombres, el capítulo nos sirve para recordar que se trata en todos los casos de algo que se conoce ya desde dos siglos: la estandarización regulatoria, es decir, la necesidad estructural del capital y de sus detentores de hacer del mundo un mercado único donde las mercancías, los servicios y los flujos dinerarios viajen sin fricción, rebotando lo más rápido posible entre los puntos neurálgicos de la cadena de la acumulación: producción, consumo, distribución, reinversión e intercambio. Corriendo el año 2024, esto que algunos han nombrado “operaciones del capital” (Mezzadra & Neilson, 2019), se traduce en la confluencia de la logística, infraestructura y finanzas

para impulsar la aceleración de la circulación del capital a escala global ya en otro nivel. Para América Latina, significa una nueva etapa de integración al mercado mundial basada en lograr un tránsito más rápido que nunca entre los lugares de extracción de los productos y las góndolas de los supermercados europeos, chinos, estadounidenses y demás países consumidores.

La inexorabilidad aparente, como dicen las autoras, de este diseño, se debe empero también al rol del Estado, de los Estados y de su proyección a nivel internacional: las instituciones y organismos de la gobernanza mundial. Entre la vigencia del concepto de "Estado nacional de competencia" que se cierne por el texto y la propuesta explícita de revisar una vez más cuál es la "forma Estado" dominante de nuestros tiempos, las autoras ponen correctamente el foco en la dinámica política. No nos es posible, en efecto, pensar cómo el proceso de reducción del "peso de la burocracia y los costos asociados a las transacciones", la homogeneización de las regulaciones estatales y la eliminación de la incertidumbre asociada a la obtención de ganancias -objetivos, quizás, compartidos por una clase transnacional capitalista cuya existencia es tanto argumento de debate cuanto cruda realidad- sin el aval del leviatán. Aquí es donde las autoras, por suerte, nos ofrecen una herramienta, ya afilada, para cavar más allá de las dicotomías "Estado fuerte/Estado débil", "Retirada/avanzada del Estado" o de los cucos de la "captura del Estado" y buscar alguna respuesta más sólida, aunque probablemente embarrada, escondida bajo una verdad inamovible, maciza, voluminosa y tal vez molesta: el Estado es una relación de clase.

Con esta lupa en la mano, a la cual sabemos las autoras tienen mucho apego, y su texto se encarga de demostrarlo, es entonces posible vislumbrar cómo la burocracia no desaparece, sino que *se traslada al ámbito internacional*, se hace letra en las recomendaciones de la OCDE y de los nuevos Tratados de Libre Comercio, en los pilares de la OMC: los principios de "trato nacional" y "nación más favorecida". El objetivo no es, entonces, eliminar las reglas, sino erigir un código universal, fundado en la racionalidad técnica, que suspenda, saltee la mediación expresada en la ley interna, permeada por el antagonismo de clase inscripto en el proceso de

toma de decisiones a escala nacional. Y, declinado en un entramado de planificación, diseño, emisión, implementación y revisión de normas, instituciones, reglas y prácticas, aparente representar una voluntad general que cristaliza la reproducción del capital como exigencia social y las condiciones necesarias para eso como las reglas fundamentales del juego.

Incluso en los procesos frustrados, como el TTP que, huérfano de Donald Trump, se redescubrió TTP-11, las autoras hallan elementos que confirman el avance, aparentemente irrefrenable, de este proceso: “El objetivo del TPP original -dicen- no era el comercio en sí mismo, porque EEUU ya contaba con tratados comerciales bilaterales con varios de los países firmantes (Canadá, México, Chile, Singapur, Australia y Perú). Lo central del TPP es la compatibilización de las reglas entre todos estos Estados”. He aquí tal vez, aprovechando esta, dentro de todo reciente, ranura en la tesitura de la telaraña global del capital, la posibilidad no tanto de disentir con las autoras, sino de pedir permiso para agarrar la lupa y mirar lo mismo que ellas, pero dándole vuelta a la lente para ver qué pasa.

Si es cierto que “(...) la centralidad de la regulación tomada en el marco del territorio de los estados nacionales es vista como un problema para los países más industrializados del mundo” y que “Estos países, en su mayoría, han tomado posición en los últimos treinta años como impulsores de las agendas de libre comercio y protección de las inversiones (...)”, también es cierto que EE.UU. se ha retirado de uno de los proyectos más avanzados en esa dirección. De hecho, como remarcan las mismas autoras: “(...) el TPP-11 está proponiendo crear nueva burocracia que controle los avances realizados en términos de coherencia regulatoria. Dicho órgano de coordinación debería informar públicamente sobre las medidas regulatorias revisadas, cualquier propuesta de mejora regulatoria sistémica y sobre cualquier actualización de cambios en los procesos y mecanismos del artículo citado”. Agreguemos al hecho de que EE.UU., bajo el mando de Obama, había estado entre los principales promotores del TPP, otros ingredientes: China, autopercebido nuevo gran campeón del libre comercio en tiempos de guerra

comercial, ventila la posibilidad de sumarse al TPP *minus* EE.UU.; Trump renegocia el NAFTA, y el NAFTA 2 es tanto una pieza inimpugnable de la lógica del capital cuanto una muestra tangible de la lógica del imperialismo.

Mientras que avanza el traslado de la burocracia capitalista al ámbito internacional, también se intensifica la dinámica de competencia capitalista, una maraña donde las reglas escritas del capital no siempre coinciden con las reglas, escritas o solo enunciadas, del más fuerte. Sabemos que las autoras tienen su propia visión sobre el asunto: en este sentido, no se trata de ninguna *carencia* del capítulo. También sabemos que el avance del proceso global de estandarización reguladora no tiene que derivar necesariamente en un cortocircuito de alto voltaje entre Estados. Sin embargo, no podemos no compartir la sensación que es oportuno mechar el análisis del proceso de producción de las reglas cambiantes del capitalismo global, y la lucha contra de ellas, con el análisis de la dinámica (inter)imperialista, es decir el factor principal, todavía, en la delimitación de la cancha de juego. Por cierto, se trata nuevamente de proyectar la tensión constitutiva de la relación Estado-mercado a escala global: "A pesar de que el Estado ha sido una condición histórica fundamental para la acumulación del capital global, este lo percibe como un 'obstáculo' a su acumulación irrestricta, dado que ralentiza los procesos de producción y circulación."

El Estado, los Estados y las instituciones internacionales constituyen un obstáculo a la expansión irrestricta del capital y son *al mismo tiempo* su irremplazable condición de posibilidad. Como estos juegan -dentro, contra y más allá del capital- en la reglamentación de lo que ha dado en llamarse gobernanza global y no es otra cosa el funcionamiento concreto del capitalismo mundializado, es la pregunta mayor.

REFERENCIAS:

Mezzadra, Sandro y Neilson, Brett (2019) *The Politics of Operations: Excavating Contemporary Capitalism*. Durham: Duke University Press.

LA ESTRATEGIA DE CHINA EN LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

UN ANÁLISIS DE LAS INVERSIONES EN LA MINERÍA DE COBALTO EN LA RD CONGO

Mariano Treacy

INTRODUCCIÓN

La transición energética es uno de los campos en los que se está desplegando en la actualidad la disputa entre los Estados Unidos y China. Comprender la estrategia de ambos países para garantizar el abastecimiento de minerales críticos y la resiliencia de sus cadenas de suministro y los efectos que estas estrategias generan en su articulación con los países productores resulta de vital interés para entender el desenvolvimiento del capitalismo en la etapa actual y las desigualdades que engendra en su diferenciación geográfica según el rol que los distintos países ocupan en la cadena de valor.

Desde el año 2008 asistimos a una nueva etapa del capitalismo caracterizada por la crisis de la globalización y del proyecto hegemónico de los Estados Unidos, que ha traído como consecuencia la parálisis de los organismos multilaterales y una creciente confrontación con China, que emerge como una potencia en ascenso que le disputa el rol de liderazgo productivo, tecnológico, comercial y financiero y exige un lugar más protagónico en las principales mesas de negociación.

El sistema mundial está atravesando en la actualidad un escenario de “fragmentación geoeconómica” (Actis, 2024) que hubiera resultado imposible de pensar hace quince años, cuando, previo a la crisis del 2008, todavía se encontraba en auge el proyecto occidental neoliberal de integración económica, que privilegiaba la internacionalización de la producción en busca de ventajas competitivas estáticas vinculadas a menores salarios, mejores escalas y ventajas de localización. Hoy estamos en las vísperas del surgimiento de un “mundo postoccidental” y un “orden no hegemónico” caracterizado por otros intereses, instituciones, reglas y preferencias donde los países de oriente van a cumplir un rol protagónico (Pomeraniec, 2024)

A diferencia del pasado reciente, en la actualidad las principales potencias de occidente han reorientado su política exterior dando mayor prioridad a las cuestiones de seguridad nacional, que en el extremo tensionan las estrategias competitivas de las firmas. En este escenario global, ha resurgido una forma de economía que algunos autores llaman “capitalismo estratégico”,¹ donde los gobiernos intervienen regularmente en diversos sectores económicos para asegurar su competitividad a nivel mundial (Torjesen, 2024). Este cambio marca el fin de una era y el inicio de una nueva etapa, en la que la competencia entre países, particularmente entre Estados Unidos y China, se va a seguir intensificando (Treacy, 2021).

Según Dani Rodrik (2023), esta nueva etapa está caracterizada por un drástico cambio en la narrativa de Washington para la economía global, donde el criterio predominante ya no es la eficiencia sino la prosperidad, la seguridad nacional y el bienestar. Como consecuencia de este cambio de narrativa, las principales firmas han readaptado sus estrategias de inversión incorporando criterios geopolíticos, dando lugar a una estrategia

1 El concepto de capitalismo estratégico fue acuñado por Richard D'Aveni en 2012 en su libro “Strategic Capitalism: The New Economic Strategy for Winning the Capitalist Cold War” para describir la hiper-competencia entre China y Estados Unidos y para ofrecer a los funcionarios del país de occidente una prescripción de políticas para mantener el liderazgo geopolítico mediante la salvaguarda de activos estratégicos

conocida como “*de-risking*”, que incluye la reubicación de las inversiones desde China hacia mercados cercanos (*nearshoring*) o geopolíticamente afines (*friendshoring*). Del lado chino, las empresas elaboran estrategias para operar bajo otra bandera mediante la acción de subsidiarias radicadas en otros países o mediante inversiones en países con acuerdos atractivos con la Unión Europea o los Estados Unidos para facilitar el acceso a esos mercados (Actis, 2024).

El *de-risking* o el desacople, sin embargo, no es una cuestión generalizada sino que está limitada a segmentos de alta tecnología y materiales críticos para la defensa y la seguridad nacional. Como potencia ascendente, China busca “anticiparse a un eventual mayor desacoplamiento de occidente” (Pomeraniec, 2024) acercándose más al sur global ofreciendo finanzas, comercio, inversiones y asistencia.

Como decíamos previamente, la transición energética es uno de los principales terrenos en los que se está desarrollando la disputa entre las principales potencias debido a que el acceso a los minerales críticos es considerado una cuestión de seguridad nacional. Tanto Estados Unidos como los países de la Unión Europea como China han desarrollado estrategias nacionales para garantizar la resiliencia de las cadenas de suministro de estos minerales.

En el contexto de esta disputa, el acceso al cobalto resulta de particular interés ya que está dentro de la lista de minerales críticos tanto de los Estados Unidos como de China y los yacimientos se encuentran concentrados en un país del sur global como la República Democrática del Congo (RDC). En este capítulo exploramos cómo China ha desarrollado su estrategia para dominar la cadena de baterías de ion-litio, especialmente a través de sus relaciones con la República Democrática del Congo, su principal proveedor de cobalto. El análisis combina datos sobre comercio, inversiones y préstamos, así como entrevistas y análisis de documentos oficiales y reportes de la industria.

LA ESTRATEGIA NACIONAL DE CHINA DETRÁS DEL LIDERAZGO EN LAS CADENAS DE VALOR ASOCIADAS A LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

En las últimas décadas, China ha consolidado su liderazgo en la producción de tecnologías limpias y la extracción de minerales esenciales para esas tecnologías. Controlar estos minerales es crucial para que China mantenga su posición dominante en el mercado, especialmente en un contexto de incertidumbre global.

China lidera la producción de baterías de ion-litio, que son clave para vehículos eléctricos y otras tecnologías limpias. Actualmente, el 83% de la capacidad de producción de estas baterías está en China, y se espera que mantengan este liderazgo durante los próximos años (Bhutada, 2023).² Sin embargo, la participación de China va disminuyendo aguas arriba ya que depende de fuentes externas en la etapa extractiva de los minerales: solo produce el 4,4% del Níquel, el 6% del Cobalto y el 7% del litio (Statista, s.f.). A pesar de su dominio en la fabricación, China depende en gran medida de otros países en la etapa extractiva, lo que genera una mayor exposición y vulnerabilidad.

La fragilidad en la cadena de suministro de los minerales críticos responde no solo a que no posee los minerales en su territorio y solo controla parcialmente el proceso de refinación y producción sino también a la creciente inestabilidad política internacional, que puede desatar nuevas guerras comerciales que generen una mayor volatilidad en los precios y en la oferta (Sun et al., 2022). A pesar de la manifiesta vulnerabilidad, China ha implementado durante años una estrategia consistente para garantizar la resiliencia de las cadenas de suministro.

Desde hace años, el país asiático ha seguido una estrategia bien planificada, impulsada por programas como *Made in China 2025*, que designó a las baterías de los automóviles eléctricos como una prioridad nacional. Además, China ha firmado una serie de tratados y acuerdos con otros países, y ha invertido en proyectos

2 Según algunas proyecciones, para 2030 la participación de China se reducirá al 69% pero su dominación se mantendrá relativamente constante ya que será el origen del 74% de las importaciones de celdas de batería de Europa y del 78% de los Estados Unidos (Quiggin & King, 2023).

mineros en lugares como Argentina, Chile, la República Democrática del Congo e Indonesia para asegurarse el acceso a los minerales necesarios para mantener su dominio en la cadena de valor de las baterías (Horvath, 2017).

Además de los planes estratégicos que ha desarrollado en su propio territorio nacional, China ha establecido una estrategia internacional mediante la acción de actores que dependen directa o indirectamente del Estado. Por un lado, las acciones directas incluyen al Estado chino en negociaciones bilaterales como la firma de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), acuerdos comerciales o memorándums de entendimiento y mediante la adhesión de los distintos países a la Iniciativa de la Franja y la Ruta (BRI) (Treacy, 2022). Gracias a esta iniciativa, el país asiático ha logrado construir ventajas comparativas en sus inversiones aguas arriba, controlando indirectamente partes significativas de la cadena de valor de las baterías eléctricas (Bian et al., 2024).

Las acciones indirectas incluyen los préstamos de la banca estatal china o de firmas estatales o privadas chinas con un fuerte control del estado. También incluyen inversiones directas en proyectos mineros por parte de firmas chinas o contratos directos de abastecimiento de largo plazo con proveedores no chinos por parte de empresas chinas. Los préstamos y las inversiones directas pueden catalogarse como parte de la estrategia enmarcada en la BRI. A través de estos mecanismos el país ha aumentado su influencia en muchas de las regiones donde se encuentran estos recursos, consolidando su posición en la transición energética global.

Además de estas iniciativas bilaterales, las empresas chinas se han asegurado el acceso a los minerales críticos como el cobalto, el níquel y el litio mediante contratos con proveedores en Argentina, Chile, RD Congo e Indonesia (Horvath, 2017). Estas firmas se encuentran desplegando una estrategia de integración vertical a través de la cual controlan la extracción de minerales mediante contratos de asociación o a través de fusiones y adquisiciones de empresas mineras.

Los proyectos mineros de empresas chinas, los préstamos de la banca estatal china y los tratados y acuerdos firmados en la última

década han permitido un fuerte incremento de la influencia china en países exportadores de minerales críticos como Australia, Indonesia, Filipinas, Argentina, Bolivia y Chile y la República Democrática del Congo, caso que exploraremos en la próxima sección.

EN BÚSQUEDA DE UNA MAYOR RESILIENCIA EN EL ABASTECIMIENTO DE COBALTO: LA ESTRATEGIA DE CHINA EN LA RD CONGO

En el marco de la desfosilización y la transición hacia fuentes de energía más limpias, el principal desafío radica en el desarrollo de mecanismos de almacenamiento energético y las baterías de ion-litio son, en la actualidad, las que poseen mejores cualidades ya que proporcionan fuentes de energía livianas y de alta densidad y pueden ser utilizadas para almacenar energía (Gil y Prieto, 2013).

Las baterías de ion-litio, fundamentales para la transición energética, requieren una gran variedad de recursos, muchos de los cuales se consideran “críticos” debido a los riesgos relacionados con su limitada oferta y su alta demanda (Lebedeva, Di Persio y Boon-Brett, 2016). El suministro de estos minerales refleja los riesgos geopolíticos y las tensiones entre las principales potencias por el control de la cadena de valor.

El cobalto es uno de los metales fundamentales en la fabricación de las baterías de ion-litio ya que forma parte del cátodo, uno de sus principales componentes. El cobalto le aporta a la batería mayor capacidad para mejorar el rendimiento y la estabilidad ya que ofrece alta densidad de energía y una vida útil prolongada (López, 2024). Este metal es uno de los denominados “minerales críticos” para la transición energética, debido a su alta concentración territorial y a los riesgos que conlleva su abastecimiento.

China es el mayor consumidor de cobalto en el mundo, abarcando el 80% de la demanda global, y también es el principal proveedor de este mineral para Estados Unidos (Kalantzakos, 2020). El 87% del cobalto que consume China se destina a la producción de baterías de ion-litio (Pistilli, 2024), fundamentales para dispositivos como teléfonos móviles, computadoras y autos eléctricos.

La República Democrática del Congo (RDC) posee alrededor del 49% de las reservas mundiales de cobalto, con cerca de

3,6 millones de toneladas recuperables (Sovacool et al., 2020). Las principales minas de cobalto del mundo, como Tenke Fungurume, Kamoto y Mutanda, están en el sureste del país, en una zona conocida como el “escándalo geológico” por su riqueza en recursos (Sovacool et al., 2020; Pistilli, 2024).

Hoy, la RDC produce el 74% del cobalto mundial, que luego es utilizado por empresas como Tesla, Volkswagen, Ford y Geely para fabricar autos eléctricos (Deberdt, 2024). En 2023, el Congo produjo 170.000 toneladas métricas de cobalto, diez veces más que Indonesia, el segundo productor. China controla directa o indirectamente cerca del 70% del cobalto del Congo. Entre 2000 y 2022, las exportaciones de cobalto del Congo crecieron de 48,4 millones a 5.800 millones de dólares, y casi todo fue exportado a China (98%), con Corea del Sur recibiendo el 2%. Las exportaciones de cobalto (junto con el cobre) representan alrededor del 80% de las exportaciones totales del Congo (CHRTD, 2024).

Sin embargo, según Cheng et al. (2024), la cadena de suministro del cobalto en la RDC es frágil debido a la dependencia global en su oferta y a la falta de transparencia en la información disponible. Para asegurarse un suministro estable de cobalto, China ha desarrollado una fuerte presencia en el país africano. La estrategia del país asiático incluye aspectos formales, vinculados a la *lex mercatoria*, y otros informales, vinculados a negociaciones de las firmas que operan directamente en el territorio con las autoridades locales.

Entre todo, la estrategia se puede considerar como multidimensional ya que contempla tanto la firma de acuerdos bilaterales (como el TBI y la adhesión de la RDC a la Iniciativa de la Franja y la Ruta) como la inversión en proyectos de infraestructura financiados mediante préstamos respaldados por materias primas, la realización de inversiones directas en minería y la firma de contratos de suministro a largo plazo. Así, China controla la cadena de suministro del cobalto combinando control directo sobre las minas, contratos de compra a largo plazo y un marco normativo beneficioso establecido en el tratado bilateral firmado en 2011, vigente desde 2016.

Según el dataset de Custer et al. (2023) y Dreher et al. (2022) entre el 2000 y el 2021 China presentó 298 proyectos de inversión

en la República Democrática del Congo de los cuales terminó financiando 180 por un total de \$11.129 millones de dólares. Del total de proyectos financiados, 14 se destinaron al sector minero por un total de \$5.878 millones de dólares. Es decir que los proyectos mineros financiados por préstamos de China, que representan solamente el 7,8% del total, se llevaron el 53% del financiamiento total. En este marco es que se da la adhesión de la República Democrática del Congo a la Iniciativa de la Franja y la Ruta (BRI) luego de la firma del Memorándum de Entendimiento el 6 de enero de 2021 (Green Finance & Development Center, s.f.).³

De los catorce proyectos destinados a la minería, cuatro estuvieron orientados a la construcción de infraestructura, por un total de \$3120,6 millones de dólares. Todos estos proyectos fueron financiados por agencias estatales chinas como el China Development Bank (CDB), la China National Overseas Engineering Corporation (COVEC), la China Railway Engineering Corporation (CRECG) & SinoHydro (cofinanciado por el China Eximbank y Zhejiang Huayou Cobalt Co),⁴ y el China Eximbank (cofinanciado por CRECG, SinoHydro y Zhejiang Huayou Cobalt Co). La infraestructura de la RDC, históricamente diseñada para exportar materias primas, refleja la orientación extractiva de las exportaciones y el lugar que el país ocupa en la cadena de suministros global (Deberdt, 2024).

LAS CONSECUENCIAS DE LA EXPLOTACIÓN DEL COBALTO EN LA RD CONGO Y LAS ASIMETRÍAS REGULATORIAS DE LA LEX MERCATORIA

La minería de cobalto en la RDC es realizada mediante dos métodos distintos. El primero consiste en una minería industrial a gran escala (LSM), llevada a cabo por grandes empresas transnacionales, y la segunda consiste en la minería artesanal de pequeña escala (ASM), llevada a cabo por las comunidades locales. Si bien mediante la LSM se producen cerca del 80% de los minerales que

3 Al día siguiente de la firma del memorándum el gobierno chino anunció que cancelarían 28 millones de dólares correspondientes a obligaciones de deuda por parte del país africano con el propósito de ayudarlo a desarrollar infraestructura en un contexto de fuertes restricciones presupuestarias por la crisis del COVID-19 (Aid Data).

4 Se puede consultar una tabla con el detalle de los proyectos aquí

se extraen a nivel nacional, es mediante la ASM que se genera cerca del 98% del empleo.

Existen muchas denuncias y muy pocos mecanismos de control y de regulación para conocer las condiciones de producción del Cobalto, que abastece a grandes firmas multinacionales líderes en cadenas de electrónicos. Los trabajadores de la minería de pequeña escala ASM sufren las condiciones de un empleo de baja tecnología y altamente peligroso, en jornadas que se extienden muchas veces por más de 14 horas (Deberdt y Le Billon, 2024) e incluyen trabajo infantil y muy malas condiciones de seguridad (Kalantzakos, 2020). Además, la minería de cobalto genera polución ambiental y contamina las fuentes de agua con metales pesados, generando pérdida de biodiversidad y deforestación (Sovacool et al., 2020).⁵

La producción de cobalto en la RDC se concentra en las provincias de Lualaba y Katanga, en donde están radicados los cinco proyectos más grandes del mundo. En cuatro de ellos participan las dos firmas más importantes del sector: la china CMOC (con el 80% de Tenke Fugurume y el 75% de Kisanfu Mining) y la suiza Glencore (con el 75% de Kamoto Mining y el 95% de Mutanda Mining). Además, tiene mucha relevancia la firma estatal congoleña Gécamines, con participación en Tenke Fugurume (20%) y Kamoto (20%), el Eurasian Resources Group (ERG) (una firma de Kazajistán registrada en Luxemburgo), que opera el proyecto Metalkor RTR y el gobierno de la RDC que controla el 5% de las acciones de Kisanfu Mining y Mutanda Mining (Pistilli, 2024).

Actualmente 15 de las 19 minas de cobalto son propiedad o están controladas por intereses chinos (Searcey, Forsythe y Lipton, 2021). De estos proyectos de minería de cobalto y cobre de empresas chinas en la RDC se destacan Sicominés (Gécamines, Sinohydro y CREC), Tenke Fungurume (CMOC), Zhejiang Huayou y Deziwa (Gécamines y China Nonferrous Metal Mining Company) (Byamungu, 2022). CMOC, un grupo chino con sede en la provincia de Luoyang, se ha convertido recientemente en la principal minera de cobalto del mundo, desplazando

5 Amnistía Internacional (2016) publicó un reporte en el que presentó documentación que cuestionó las prácticas éticas de la minería de cobalto en la RDM. Miles de mineros artesanales, que incluyen también trabajadores infantiles, sin mecanismos de seguridad, introduciéndose en las minas para extraer el mineral.

a la suiza Glencore, mediante el control de los proyectos en Tenke Fungurume (donde produce cátodos de cobre e hidróxido de cobalto) y Kisanfu⁶. El segundo principal accionista de Kisanfu es la empresa de baterías china CATL (Contemporary Amperex Technology Co.) (Bloomberg, 2024). Desde 2021 CMOC forma parte de la Fair Cobalt Alliance (FCA).

En los últimos años, las relaciones entre China y la RDC se han fortalecido. Uno de los acuerdos clave es el Tratado Bilateral de Inversión (TBI), que entró en vigor el 17 de noviembre de 2016, aunque fue firmado en 2011.⁷ Este tratado protege las inversiones de ambos países y permite resolver conflictos mediante arbitraje internacional si alguna empresa tiene problemas con el gobierno.

Los TBI son una de las principales columnas de la *lex mercatoria*, que consiste en un entramado de normas internacionales que protegen los intereses de las grandes corporaciones internacionales creando lo que se conoce como “arquitectura jurídica de la impunidad” (Hernández Zubizarreta, González y Ramiro, 2019). Este orden legal, que privilegia al capital transnacional, reproduce las asimetrías jurídicas que existen entre las corporaciones y los estados nacionales, que no cuentan con tratados con la lógica inversa en los que las firmas deban rendir cuentas de su accionar ante tribunales extranjeros neutrales (Nciko, 2022). Existe una fuerte asimetría entre la protección que la *lex mercatoria*, emancipada de los poderes normativos estatales, ofrece a los intereses corporativos y la protección que ofrece la legislación nacional de los derechos humanos y de la naturaleza (Guamán y Proner, 2021).

Hasta ahora, de las 12 demandas que ha recibido la RDC en el tribunal internacional (CIADI), ninguna ha sido de empresas chinas, aunque sí de compañías estadounidenses, y la mayoría de

6 China ha sido acusada por el Subsecretario de Crecimiento Económico, Energía y Ambiente de los Estados Unidos, José Fernández, por llevar a cabo prácticas predatorias para deprimir los precios del Cobalto mediante una estrategia implementada por el grupo CMOC de mantener un exceso de oferta (Bloomberg, 2024). Según Reuters, en 2024 existen cerca de 20.000 TM de superávit de cobalto.

7 La RDC también tiene tratados similares con otros países, como Estados Unidos (desde 1989), Canadá y varias naciones europeas (PrivacyShield). En los TBI que firmó con los Estados Unidos y Canadá la RDC logró la particularidad para los sectores extractivos de poder mantener los requisitos de desempeño a los inversores extranjeros para obtener ciertos objetivos de desarrollo (Cosbey & Mann, 2014)

ellas relacionadas con el sector minero. Las empresas chinas, en lugar de recurrir a tribunales internacionales, han preferido resolver sus problemas mediante negociaciones directas informales, con la espalda que les da la existencia de un tratado internacional para negociar mejores condiciones.

En el marco de la explotación de cobalto por parte de mineras chinas se han incumplido contratos y se han generado consecuencias sociales y ambientales que no han podido ser judicializadas. Si bien el código minero establece que las empresas deben compensar y rehabilitar el medio ambiente, el sistema judicial nacional de la RDC no ha avanzado en la causa y no existen tribunales internacionales para llevar a juicio a las firmas por este tipo de incumplimientos.

En 2008 el presidente congolés Joseph Kabila firmó un acuerdo conocido como el “Pacto de Sicominés” a través del cual el país africano ofreció a las empresas chinas firmantes derechos en yacimientos mineros de cobre y cobalto a cambio del compromiso de que inviertan en proyectos de infraestructura en el país, principalmente en la construcción de carreteras, hospitales y universidades. Con este acuerdo, las empresas chinas Sinohydro Corp y China Railway Group Limited consiguieron una participación del 68% en la empresa Sicominés y un contrato con CMOC para explotar la mina de cobre y cobalto de Tenke Fugurume. Este acuerdo tomaba como referencia el “Modelo de Angola” que básicamente promovía préstamos para el desarrollo de proyectos de infraestructura a cambio de recursos naturales (Byamungu, 2022).

En 2023 se encargó una auditoría para verificar el cumplimiento del acuerdo y el documento encontró que Sicominés solamente había gastado 822 millones de dólares en inversiones en infraestructura entre 2008 y 2022. Como consecuencia de este informe, la Auditoría Financiera del Estado de República Democrática del Congo (RDC) demandó a China por 17.000 millones de dólares apelando al acuerdo de infraestructura por minerales en 2008. El monto demandado surge de la diferencia entre el compromiso inicial de inversiones de 3.000 millones de dólares y la cifra de 20.000 millones que se supone se correspondería al valor de los depósitos de minerales extraídos en las concesiones mineras de Gecamines (Reuters, 2023). En 2024 se renegoció un acuerdo “optimizado” entre Sicominés y el gobierno de la RDC sobre

los derechos de explotación de los minerales a cambio de alrededor de 7.000 millones de dólares que Beijing aportaría para la construcción de proyectos de infraestructura. Además de este aporte, el acuerdo estipula el pago a Gecamines (la minera estatal) del 1,2% de royalties y el derecho a comercializar el 32% de su producción (Infobae, 2024).

Por otro lado, un estudio del Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO) reveló que las actividades de China Nonferrous Metal Mining Company (CNMC)⁸ en la aldea Mabende provocaron deforestación y la destrucción de fuentes de sustento locales. Además, se verificaron violaciones a derechos humanos y contaminación de los cursos de agua potable de las comunidades (SOMO, 2018). En la misma línea, una investigación publicada en el sitio de Mongabay (Shaw, 2024) destaca los impactos sociales y ambientales en cinco minas que abastecen a grandes fabricantes de vehículos eléctricos como Tesla, Volkswagen y General Motors, que involucran a las empresas chinas CMOC y Zijin Mining (además de otras grandes mineras como Glencore y el Eurasian Resources Group). En este reporte se documentan impactos como contaminación del agua, efectos sobre la salud, violaciones de derechos humanos y pérdidas económicas para las comunidades locales.

LA PARADOJA DE LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA VERDE, EL CAPITALISMO ESTRATÉGICO Y EL SUR GLOBAL

El capitalismo estratégico se reproduce mediante una paradoja ya que, en la medida en la que se avanza hacia una mayor política industrial, un mayor control del estado y una securitización de las cadenas de suministro en el marco de la transición hacia energías limpias, se promueven prácticas extractivistas que reproducen y agudizan las desigualdades globales. En la búsqueda de promover el desarrollo de energías renovables, desde el punto de vista de la acumulación, el capital ha logrado expandir su frontera productiva mediante un proceso de acaparamiento de tierras que autores como Baka (2017) denominan “mecanismos de desposesión energética”.⁹

8 Según Nciko (2022), las firmas Glencore plc y Tiger Resources ltd también cometieron violaciones de derechos humanos y ambientales similares en Mutanda.

9 Es clave para comprender la implicancia de este proceso el hecho de que la mayoría de los yacimientos de minerales para la transición energética que tiene el mundo

La consecuencia de este proceso es el avance sobre bienes públicos y colectivos que genera, entre otros problemas, la “erosión de regímenes de tenencia colectiva, cambios en los usos de la tierra y la cobertura vegetal, así como en los patrones de consumo de agua a favor de la industria privada” (Avila, 2023, p. 25).

Otros autores se refieren a este proceso como “imperialismo verde” (Radley, 2023) ya que las potencias industriales buscan construir un discurso de transición limpia basada en energías renovables cuando en realidad la base de este proceso incluye la extracción de materias primas baratas ubicadas en yacimientos del Sur Global mediante prácticas que en muchos casos incluyen violaciones de derechos humanos y tienen graves consecuencias sociales y ambientales. Según Radley (2023), la RDC fue presionada por organismos multilaterales como el FMI o el BM para aplicar reformas neoliberales que mediante la adopción de la *lex mercatoria* faciliten la explotación de sus recursos por corporaciones transnacionales.

La minería de cobalto en la República Democrática del Congo es un claro ejemplo de este problema. Las condiciones de trabajo en las minas son precarias, y hay denuncias de violaciones a los derechos humanos, incluida la explotación infantil (Deberdt, 2024). Esta situación evidencia las desigualdades en la transición hacia una energía más sustentable, donde los beneficios y costos no se distribuyen de manera equitativa (Sovacool et al., 2020; Baka, 2017; Avila, 2023).

Como consecuencia de los reportes que documentan la violación de derechos humanos en la minería de cobalto en el Congo se han tomado una serie de medidas como la creación de la empresa estatal *Entreprise Générale du Cobalt* en 2020 con el objetivo de centralizar la compra a nivel nacional. También se ha firmado la *Responsible Minerals Initiative* en cooperación con la *Global Battery Alliance*. Por otro lado, en el marco de una creciente intervención del estado de la RDC en los asuntos de los minerales estratégicos,

se encuentran en tierras indígenas. Según IRENA (2023), alrededor del 54% de los minerales para la transición energética, que comprenden más del 80% de los proyectos de litio, más del 50% de los de níquel, cobre y zinc, se encuentran en tierras cuyo dominio ancestral corresponde a las comunidades originarias. En estas tierras existe un comprobado riesgo hídrico y de seguridad alimentaria.

en 2018 se reformó el Código Minero de 2002.¹⁰ El Código Revisado refleja una tendencia hacia un mayor nacionalismo de recursos y un reequilibrio de los regímenes mineros en favor del Estado, alineándose con tendencias regionales existentes en África. La estrategia del gobierno ha sido caracterizada por algunos expertos como “nacionalista” y ha generado una serie de respuestas de las firmas del sector (Deberdt, 2024; Njini 2023).¹¹

Otro de los principales problemas que tiene la RDC en la actualidad es que su avance en la cadena productiva se encuentra obstaculizado, y sus exportaciones de cobalto se concentran en el segmento de menor valor agregado ya que se vende prácticamente sin procesar. Los jefes de estado de la RDC y Zambia vienen manifestando la intención de agregar más valor local al procesamiento de las materias primas para lo cual han promovido la creación de zonas económicas especiales y empresas estatales (Gerding, 2023). En el marco del desarrollo de esta nueva estrategia, los primeros mandatarios de la RDC y Zambia plantearon la necesidad de una colaboración para producir precursores de baterías eléctricas dada la amplia disponibilidad de níquel, manganeso y cobalto (Olan’g y Scurfield, 2023). En 2018 el presidente Joseph Kabila anunció la creación de una Zona Económica Especial para usuarios de Cobalto con el objetivo de agregar valor manufacturero a los minerales extraídos en el país (Clowes, 2018).

Las posibilidades de éxito de estas medidas, en el marco de la vigencia de la *lex mercatoria* y la predominancia del poder

10 Los principales puntos de la reforma incluyen el incremento de la participación estatal obligatoria en todas las empresas mineras con licencia del 5% al 10%, el derecho del Estado de recibir el 1% del valor del depósito minero como pago de un impuesto no reembolsable, el aumento de las tasas de regalías para minerales (en el caso de estratégicos del 10%), el impuesto especial del 50% sobre “super beneficios”, la introducción de requisitos para la concesión de licencias que incluyen la capacidad de procesar minerales dentro del país y un 0,3% de contribuciones a proyectos de desarrollo en las comunidades afectadas por la minería (Leon et

11 Como respuesta al aumento de las regalías, la suiza Glencore anunció el cierre de su mina en Mutanda y luego firmó un acuerdo de cinco años con la firma china GEM Co. para garantizar la venta de un mínimo de 61.200 tn de cobalto entre 2020 y 2024 (Kalantzakos, 2020).

corporativo son, sin embargo, muy reducidas. La transición energética sigue mostrando las injusticias del desarrollo global. Para los países del sur global, el reto es promover la industrialización local y agregar valor a la exportación de sus recursos, en medio de una competencia geopolítica cada vez más feroz.

PALABRAS FINALES

A lo largo del capítulo realizamos un análisis de la estrategia de China en la transición energética, y su relación con la minería de cobalto en la República Democrática del Congo (RDC). En la investigación se evidencian varios desafíos que no solo afectan la dinámica económica entre ambos países, sino que también tocan aspectos ambientales y sociales de gran relevancia. Las inversiones chinas en la RDC han sido claves para el desarrollo de la infraestructura y el crecimiento de la industria minera, particularmente en la minería de cobalto. Sin embargo, estas inversiones también han generado una serie de cuestionamientos sobre las condiciones laborales, la violación de derechos humanos, y los impactos ambientales que estas operaciones han ocasionado en las comunidades locales.

El hecho de que China controle una parte significativa de la producción de cobalto en la RDC a través de empresas como CMOC y Zijin Mining pone de manifiesto la importancia de este mineral en la cadena de producción de baterías de ion-litio de China. No obstante, las denuncias de incumplimientos contractuales y la falta de mecanismos efectivos de regulación y rendición de cuentas por parte de las empresas mineras chinas, resaltan la necesidad de un marco legal internacional que no sólo proteja a los inversores, sino también a los países receptores, sus ciudadanos y su ambiente.

La reforma del Código Minero de 2018 en la RDC y los acuerdos bilaterales como el “Pacto de Sicominés” muestran un intento por parte del gobierno congolés de recuperar el control sobre sus recursos estratégicos y mejorar los beneficios nacionales. Aun así, el retraso en la construcción de infraestructura prometida por empresas chinas y las negociaciones para optimizar los términos de los acuerdos, subrayan las dificultades que enfrenta la RDC para equilibrar los intereses extranjeros con sus propios objetivos de desarrollo.

El rol del cobalto en la transición hacia una economía verde es indiscutible, pero la manera en que este mineral es extraído y comercializado plantea preguntas éticas sobre la sostenibilidad y la justicia en las cadenas de suministro globales y la hipocresía de los países industrializados al hablar de transición verde. Es necesario promover un enfoque más inclusivo y justo que integre no solo las necesidades industriales y económicas, sino también el bienestar de las comunidades locales y el respeto por el medio ambiente. El caso de las inversiones chinas en la minería de cobalto en la RDC revela las tensiones inherentes entre el avance tecnológico global y los impactos locales. La transición energética, que busca reducir la dependencia de los combustibles fósiles, no puede lograrse a costa de generar nuevas formas de explotación y desigualdad.

BIBLIOGRAFÍA

Actis, Esteban (2024). Estados “conectores”: oportunidad en una economía global fragmentada. *Diario Clarín*. Recuperado de https://www.clarin.com/opinion/estados-conectores-oportunidad-economia-global-fragmentada_0_iYQ2St4gKX.html?srsltid=AfmBOooQGVJMWHFqDO6Iy8wO8HrEg6msOxYKLh64x3BJqpMYliMBzrrY

AidData (2023). Global Chinese Development Finance Dataset, Version 3.0. <https://www.aiddata.org/data/aiddatas-global-chinese-development-finance-dataset-version-3-0>

Alami, Illias; Copley, Jack y Moraitis, Alexis (2024). The ‘wicked trinity’ of late capitalism: Governing in an era of stagnation, surplus humanity, and environmental breakdown. *Geoforum*, 153, 103691. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0016718523000179>

Amnesty International (2016). This is what we die for: human rights abuses in the Democratic Republic of the Congo power the global trade in cobalt. <https://www.amnesty.org/en/documents/af62/3183/2016/en/>

Automotive Manufacturing Solutions [AMS] (2024). EV databases. <https://www.automotivemanufacturingsolutions.com/ev-databases/15214.more?navcode=268>

Ávila, Sofía (2023). Seis ejes ecológico-políticos en torno a la transición energética. *Ecología política*, (65), 21-30.

Baka, Jennifer (2017). Making space for energy: wasteland development, enclosures, and energy dispossessions. *Antipode*, 49(4), 977-996. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/anti.12219>

Bhutada, Gary (2023). Visualizing China's Dominance in Battery Manufacturing (2022-2027) (visualcapitalist.com).

Bian, Lei, Dikau, Simon, Miller, Hugh, Pierfederici, Roberta, Stern, Nicholas, & Ward, Bob (2024). China's role in accelerating the global energy transition through green supply chains and trade. *Policy Insight*. February 2024

Bloomberg (2024). US blames China 's CMOC for predatory tactics behind cobalt glut. Recuperado de <https://www.miningweekly.com/article/us-blames-chinas-cmoc-for-predatory-tactics-behind-cobalt-glut-2024-05-15>

Bridge, Gavin y Faigen, Erica (2022). Towards the lithium-ion battery production network: thinking beyond mineral supply chains. *Energy Research & Social Science*, 89, 102659. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2214629622001633>

Byamungu, Christian (2022). Blue Metal Blues: Cobalt, the Democratic Republic of Congo, and China (Policy Insights 129). Johannesburg: South African Institute of International Affairs (SAIIA). <https://saiia.org.za/research/blue-metal-blues-cobalt-the-democratic-republic-of-congo-and-china/>

Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO) (2018). Human rights violations by Chinese mining companies in the Democratic Republic of Congo: The case of China Nonferrous Metal Mining Co. In Mabende. https://docs.wixstatic.com/ugd/81d92e_c1cc8faa519a4a2f827e083534249e07.pdf

Chatham House Resource Trade Database. (2024). Resource Trade Database. Resource Trade. Recuperado 17 de diciembre de 2024, de <https://resourcetrade.earth/>

Cheng, Anthony, Fuchs, Erica, Karplus, Valery & Michalek, Jeremy (2024). Electric vehicle battery chemistry affects supply chain disruption vulnerabilities. *Nature Communications*, 15(1), 2143.

China Global South Project (s2024). <https://chinaglobal-south.com/cobalt/>

Clowes, William (2018). Congo plans to build special economic zone for cobalt users. Bloomberg. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-09-12/congo-plans-to-build-special-economic-zone-for-cobalt-users>

Congo, Democratic Republic (2024). Congo (Democratic Republic of the) Country Commercial Guide. <https://www.privacyshield.gov/ps/article?id=Congo-Democratic-Republic-Bilateral-Investment-Agreements>

Cosbey, Aaron y Mann, Howard (2014). Bilateral investment treaties, mining and national champions: making it work. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development (IISD). <https://www.iisd.org/publications/report/bilateral-investment-treaties-mining-and-national-champions-making-it-work>

Custer, Samantha et al. (2023). Tracking Chinese Development Finance: An Application of AidData's TUFF 3.0 Methodology. Williamsburg: AidData. https://docs.aiddata.org/ad4/pdfs/AidData_TUFF_methodology_3_0.pdf

Deberdt, Raphael (2024). Will Congo move up the battery supply chain? Strategic capitalism, friendshoring, and localized manufacturing in the time of the green transition. *The Extractive Industries and Society*, 19, 101495.

Deberdt, Raphael y Le Billon, Philippe (2024). Green transition's necropolitics: inequalities, climate extractivism, and carbon classes. *Antipode*, 56(4), 1264-1288. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/anti.13032>

Deese, Brian y Bordoff, Jason (2023). How to break China's hold on batteries and critical minerals. *Foreign Policy*. <https://foreignpolicy.com/2023/10/04/ev-electric-china-us-batteries-critical-minerals-energy-oil-renewable/>

Dreher, Axel et al. (2022). *Banking on Beijing: The aims and impacts of China's overseas development program*. Cambridge: Cambridge University Press.

Evenett, Simon et al. (2024). *The return of industrial policy in data (IMF Working Paper 2024/ 001)*. Washington: International

Monetary Fund (IMF). <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2023/12/23/The-Return-of-Industrial-Policy-in-Data-542828>

Gerding, Jonas (2023). DR Congo wants to move up the battery supply chain. *dw.com*. <https://www.dw.com/en/dr-congo-wants-to-move-up-the-battery-supply-chain/a-66957922>

Gil, Salvador y Prieto, Roberto (2013). Los autos eléctricos: ¿hacia un transporte más sustentable? *Petrotecnica*, junio, 42-59. <https://www.petrotecnica.com.ar/junio13/notas/AutorElectricos.pdf>

Green Finance & Development Center (2024). Countries of the Belt and Road Initiative (BRI). <https://greenfdc.org/countries-of-the-belt-and-road-initiative-bri/>

Guamán, Adoración y Proner, Carol (2021). "Introducción". En Adoración Guamán, Carol Proner y Gisele Ricobom (dir.), *Lex mercatoria, derechos humanos y democracia*. Buenos Aires: CLACSO. <https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2022/01/Lex-Mercatoria.pdf>

Horvath, Laurent (2017). China Is In Driver's Seat When It Comes To Powering Electric Cars – *Worldcrunch*

Hernández Zubizarreta, Juan; González, Erica y Ramiro, Pedro (2019). Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad: responsabilidad social corporativa, *lex mercatoria* y derechos humanos. *Revista de Economía Crítica*, 2(28), 41-54. <https://revistaeconomicacritica.org/index.php/rec/article/view/234>

Infobae (2023). China enfrenta una demanda por más de USD 17.000 millones por no cumplir acuerdos de infraestructura en África. <https://t.co/5pFTSWqzhk>

Infobae (2024). RDC y la compañía china Sicominer anuncian su nuevo gran acuerdo mineral y de inversión en infraestructuras. <https://www.infobae.com/america/agencias/2024/01/27/rdc-y-la-compania-china-sicomines-anuncian-su-nuevo-gran-acuerdo-mineral-y-de-inversion-en-infraestructuras/>

Kalantzakos, Sophia (2020). The race for critical minerals in an era of geopolitical realignments. *The International Spectator*, 55(3), 1-16. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03932729.2020.1786926>

Lebedeva, Natalia; Di Persio, Franco y Boon-Brett, Lois

(2016). Lithium ion battery value chain and related opportunities for Europe. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://data.europa.eu/doi/10.2760/6060>

López, Juan Carlos (2024). El cobalto es uno de los metales más codiciados. Y lo es porque es imprescindible en las baterías de litio. Xataka. <https://www.xataka.com/materiales/cobalto-uno-metales-codiciados-porque-imprescindible-baterias-litio>

Marchetti, Agustina (2020). Las inversiones de China en Angola en el área de infraestructuras en el siglo XXI: Una relación (in)cómoda - el caso de la reconstrucción del “Caminho de ferro de Moçamedes”. En Gladys Lechini y Carla Morasso (comps.), Auge y ocaso de los emergentes en el siglo XXI: ¿Cambios sistémicos, domésticos o cosméticos?. Rosario: Editorial de la Universidad Nacional de Rosario. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/197856>

National Investment Promotion Agency (2024). What exemptions are granted to investors under the Investment Code, the Mining Code and the Agricultural Law? Invest in DRC. Recuperado 17 de diciembre de 2024, de <https://www.investindrc.cd/en/Comment-investir-en-RD-Congo?lang=en>

Nciko, Arnold (2022). Under BITs and through class actions: subjecting transnational mining corporations to environmental rights in the DRC. *Kabarak Law Review*, 1, 75-105. <https://journals.kabarak.ac.ke/index.php/klr/article/view/241>

Njini, Felix (2023). Exclusive: Congo’s Gecamines to push for copper, cobalt trading share. Reuters. <https://www.reuters.com/markets/commodities/congos-gecamines-push-copper-cobalt-trading-share-2023-12-01/>

Olan’g, Silas y Scurfield, Thomas (2023). The DRC-Zambia battery plant: key considerations for governments in 2024. Natural Resource Governance Institute. <https://resourcegovernance.org/publications/drc-zambia-battery-plant-key-considerations-governments-2024>

Pistilli, Melissa (2024). 5 Largest Cobalt Mines in the World (Updated 2024). Investing News Network.

Pomeraniec, Hinde (2024). Vivir en un mundo peligroso: entrevista a Juan Gabriel Tokatlian. *Nueva Sociedad*, 313, 57-73. <https://>

nuso.org/articulo/313-vivir-en-un-mundo-peligroso-tokatlian/

Quiggin, Daniel y King, Richard (2023). Cobalt refining power gives China an advantage in the race for EV battery dominance. *resourcetrade.earth*. <https://resourcetrade.earth/publications/critical-metals-ev-batteries>

Radley, Ben (2023). Green imperialism, sovereignty, and the quest for national development in the Congo. *Review of African Political Economy*, 50(177-178), 322-339. <https://doi.org/10.1080/03056244.2023.2277616>

Reuters (2023). Congo Demands \$17 Bln More in Infrastructure Investments from China Deal. <https://www.reuters.com/markets/commodities/congo-demands-17-bln-more-infrast-structure-investments-china-deal-2023-02-16/>

Riofrancos, Thea (2023). The security–sustainability nexus: Lithium onshoring in the Global North. *Global Environmental Politics*, 23(1), 20-41. <https://direct.mit.edu/glep/article/23/1/20/111308/The-Security-Sustainability-Nexus-Lithium>

Rodrik, Dani (2023). Washington's New Narrative for the Global Economy. Project Syndicate. <https://www.project-syndicate.org/commentary/biden-administration-international-economic-agenda-must-not-undermine-global-economy-by-dani-rodrik-2023-05>

Searcey, Dionne, Forsythe, Michael, Lipton, Eric (2021). A Power Struggle Over Cobalt Rattles the Clean Energy Revolution. *New York Times*.

Shaw, Alex (2024). Global cobalt rush drives toxic toll near DRC mines. *Mongabay Environmental News*. Recuperado de: <https://news.mongabay.com/2024/03/global-cobalt-rush-drives-toxic-toll-near-drc-mines/>

Sovacool, Benjamin et al. (2020). The decarbonisation divide: contextualizing landscapes of low-carbon exploitation and toxicity in Africa. *Global Environmental Change*, 60, 102028. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959378019305886>

Statista (2024). Industry Overview. <https://www.statista.com/statistics>

Sun, Xin, Ouyang, Minggao, & Hao, Han (2022). Surging

lithium price will not impede the electric vehicle boom. *Joule*, 6(8), 1738-1742.

Torjesen, Stina (2024). A battery bonanza for the global South? Prospects for economic upgrading in lithium-ion battery value chains in the context of strategic capitalism. *The Extractive Industries and Society*, 17, 101375.

Treacy, Mariano (2021). Great chaos under heaven: Strategies and challenges for consolidating China's global hegemony in the 21st Century. In *The Routledge handbook of Chinese studies* (pp. 9-23). Routledge.

Treacy, Mariano (2022). Cooperación y dependencia en la relación bilateral de China y Argentina: un análisis de los préstamos y las inversiones chinas en el contexto de la adhesión a la Iniciativa de la Franja y la Ruta. *Perspectivas: revista de ciencias sociales*, 7(14), 414-437.

United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD] (2024). Investment Policy Hub: International Investment Agreements Navigator. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD] (2024). UNCTADstat Data centre. <https://unctadstat.unctad.org/datacentre/>

United States Geological Survey [USGS] (2024). <https://www.usgs.gov/>

Vallica, Tomás (2024). La disputa geopolítica en torno a los minerales críticos y sus impactos en la Argentina del litio: conflictos en la apropiación del metal en los humedales de la puna catamarqueña [Tesina de grado]. Universidad Nacional de General Sarmiento.

World Bank (2022). Africa Mining Legislation Atlas (AMLA): toolkit for state equity participation in mining companies. Washington: World Bank Group. <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/099022924122030658/p1752051f69e1201c180d419ec562b98e93>

**COMENTARIO AL ARTÍCULO “LA
ESTRATEGIA DE CHINA EN LA TRANSICIÓN
ENERGÉTICA: UN ANÁLISIS DE LA
INTEGRACIÓN PRODUCTIVA DE LA
CADENA DE LAS BATERÍAS DE ION-LITIO
A TRAVÉS DEL CASO DE LAS INVERSIONES
EN LA MINERÍA DE COBALTO EN LA RD
CONGO” DE MARIANO TREACY**

Luciana Ghiotto

El artículo presentado por Mariano Treacy en este libro nos trae una discusión clave del capitalismo contemporáneo, que es la extracción de recursos minerales críticos para la transición energética. El autor explica de manera clara y concisa una situación que viene tensando las relaciones interestatales que es la competencia entre las potencias industriales por encabezar este proceso, especialmente los Estados Unidos, China y la Unión Europea.

El proceso de transición energética y electromovilidad es hoy una realidad. Más allá de si se la caracteriza como transición o expansión energética, o si se entiende que el sistema energético siempre está cambiando, estamos hoy en los albores de un salto tecnológico gigantesco que puede catapultar la tasa de ganancia de las empresas líderes. Las primeras preguntas que surgen de esta situación son, ¿cuáles empresas serán las que ganen la competencia y logren un nivel de innovación que les permita este salto? Y, ¿cuánto de esta innovación empresarial está siendo en realidad catapultada por los Estados donde están ubicadas las empresas?

El texto de Treacy explica que China ha consolidado su liderazgo de producción de tecnologías limpias y de extracción de minerales esenciales para esas tecnologías. Se puede afirmar que las políticas del primer gobierno de Donald Trump fueron una respuesta a ese liderazgo, así como un intento descomunal desde el aparato estatal de EEUU por reimpulsar a las empresas asentadas en su territorio en esta competencia. El Partido Comunista chino tampoco se ha quedado atrás. El texto nos muestra que China ha llevado adelante una estrategia internacional con acciones directas e indirectas, desde la firma de memorándum de entendimiento y tratados de comercio e inversión con países proveedores de materias primas críticas, hasta contratos directos de abastecimiento. La competencia entre los gigantes de la electromovilidad como Tesla y BYD es lo que empuja a “sus” Estados a enormes paquetes de ayuda vía subsidios, o directamente aumentando los aranceles, o incluso implementando políticas de “*Made in*” (China, EEUU, UE, India, Australia, etc.) lo cual hace pensar en un fuerte proceso de reindustrialización especialmente en el norte global, donde vuelve a habilitarse “el retorno de la política que no debe ser nombrada”.

Tras el desplome de la institucionalidad liberal de los noventa, el objetivo de los Estados vuelve a hacerse claro: impulsar los capitales asentados en su territorio mediante ayudas directas para aumentar su capacidad de competencia, atraer parte del valor global creado y aumentar la productividad del trabajo para mejorar las condiciones de competencia del capital. *Para muestra sólo falta un botón*. El caso presentado de la extracción del cobalto en el Congo señala los efectos ambientales de este proceso, pero principalmente los límites humanos: cuánta degradación está el ser humano obligado a aceptar para obtener un salario para la supervivencia, prácticamente en condiciones de trabajo infrahumanas. A su vez, los Estados del sur global vuelven a quedar en la trampa de ser economías de enclave o simplemente proveedores de materias primas críticas para la industrialización de las economías capital intensivas.

Quedan pocas dudas de la necesidad de una nueva matriz energética en un contexto de crisis ambiental que se profundiza. Sin

embargo, desde la teoría crítica podemos abrir otras preguntas: ¿es necesaria solamente una transición *energética*? ¿O debería ésta acompañar una *transición productiva poscapitalista*? Parece que hemos llegado tarde a la resolución de los efectos del calentamiento global, y que estamos ahora en la "era de las consecuencias". En ese contexto, puede resultar tentador realizar acciones políticas "por el clima", centradas en el no aumento de la temperatura global más allá de 1,5° (mandatorio en la sociedad civil de países como los europeos) y "olvidar" en estas acciones que este proceso de transición es netamente capitalista. *Business as usual*: son las empresas las que están guiando el proceso, no "los pueblos" ni las propuestas de transiciones eco-sociales o postcapitalistas, a pesar de que a escala local muchas de estas iniciativas resultan enriquecedoras.

La acción contra el calentamiento global no puede opacar las condiciones materiales sobre las que se erige este proceso. Vivimos aún en una sociedad productora de valor, porque el capitalismo lo es. Las palabras de Karl Marx siguen resonando. No importa cuántos nuevos conceptos acuñen las ciencias sociales y las relaciones internacionales. Ninguno de los siguientes términos da en el corazón del problema: "geoeconomía", "retorno de la geopolítica", "fin de la institucionalidad liberal" o un "nuevo colonialismo verde". Lo que estamos viendo hoy es un salto tecnológico gigantesco en el que se requerirán masivas sumas de dinero en modo de inversión, a la vez que un aumento en la intensificación de los procesos de innovación y de uso de las tecnologías. Pero, aunque esto se manifieste como *imperialismo* o *colonialismo*, el proceso de conversión en "economías verdes" sigue siendo una búsqueda implacable por aumentar la tasa de ganancia del capital. Para garantizar la ganancia, hacer realidad la promesa de ganancia futura con el capital que se ha adelantado, sigue siendo *inherentemente* esencial la explotación del trabajo. Todos los mecanismos de *de-risking* apuntan a ese objetivo: marcos jurídicos para la seguridad de la propiedad del capital, en conjunto con aparatos policiales represivos que hagan realidad esa seguridad en los proyectos de inversión y mantengan la disciplina social en los territorios.

Esto implica un enorme salto productivo, en el que todas las empresas compiten para valorizar cada vez más el valor, y para ello buscan ampliar los mercados y derrotar a la competencia. Este salto productivo implica también la búsqueda de fuentes de los materiales necesarios para este proceso (materias primas críticas) a la vez que la creación de mercados para los nuevos productos terminados, la creación de la demanda. Esto conlleva nuevos modos de disciplinamiento del trabajo, algunos vinculados con la automatización, robotización y el uso masivo de la inteligencia artificial y el “internet de las cosas”, que venimos observando en los últimos años; otras formas aún no podemos imaginarlas.

**LAS FORMAS DE LA *LEX MERCATORIA* EN
AMÉRICA LATINA**

**ANÁLISIS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE
SUS IMPACTOS**

PRÓSPERA V. HONDURAS

ENTRE LA DESREGULACIÓN Y LA SOBERANÍA REGULATORIA

Magdalena Bas Vilizzio

PUNTO DE PARTIDA: HONDURAS Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

El 24 de febrero de 2024, Honduras notifica al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) su intención de denunciar el Convenio de Washington constitutivo de este, al que había adherido en 1989. Conforme al artículo 71, la denuncia se hace efectiva a los seis meses de su notificación, hasta tanto, Honduras sigue vinculada a dicho centro que forma parte del Grupo Banco Mundial y se encarga de administrar arbitrajes entre inversores y Estados receptores de la inversión.

Pero el inicio de esta historia data de 1989. A fines de la década de los ochenta y durante toda la década de los noventa, los Estados Latinoamericanos cambian su tradicional postura respecto al régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado. Abandonan su rol periférico, basado en la doctrina Calvo, y se unen a las propuestas del consenso de Washington vinculadas a la adhesión al Convenio de Washington y celebración de acuerdos internacionales de inversiones (especialmente tratados bilaterales

de inversiones y tratados de libre comercio con capítulos de inversiones). Honduras es parte de esta tendencia, por tanto ingresa tardíamente al CIADI y comienza lentamente a celebrar acuerdos internacionales de inversiones.

Honduras acumula un importante número de demandas entre 2023 y 2024, años en los que se registraron catorce de diecinueve disputas, tanto en base a acuerdos internacionales de inversiones, contratos y la Ley de Inversiones. Dada la reciente fecha de inicio, dieciséis disputas se encuentran en curso, y por tanto están pendientes de resolución. Como puede verse en la tabla 1, si bien en número destaca el sector eléctrico, la controversia más emblemática es el caso Honduras Próspera Inc., St. John’s Bay Development Company LLC, y Próspera Arbitration Center LLC v. República de Honduras (Caso CIADI No. ARB/23/2). Esta pone en tensión el rol de las zonas de empleo de desarrollo económico (ZEDE) *vis à vis* la soberanía hondureña, siendo el preludio de la denuncia del Convenio de Washington.

Tabla 1: Controversias contra Honduras

Año	Demandante	Nacionalidad	Sector	Foro	Estatus
2024	X-Elio Energy	España	Eléctrico	CIADI	Pendiente
2024	Víctor Miguel Silhy Zacarías	El Salvador	Eléctrico	CIADI	Pendiente
2024	Eléctricas de Medellín Ingeniería y Servicios	Colombia	Eléctrico	CIADI	Pendiente
2024	Operadora Portuaria Centroamericana	Honduras	Transporte	CIADI	Pendiente
2024	International Container Terminal Services	Filipinas	Transporte	CIADI	Pendiente
2023	Palmerola International Airport	Honduras	Transporte	CIADI	Pendiente

Año	Demandante	Nacionalidad	Sector	Foro	Estatus
2023	Norfund, KLP Norfund Investments AS	Noruega	Eléctrico	CIADI	Pendiente
2023	Scatec ASA	Noruega	Eléctrico	CIADI	Pendiente
2023	Autopistas del Atlántico, JP Morgan Chase Bank, Corporación Interamericana para el Financiamiento de Infraestructura, Moneda Alturas II Fondo de Inversión, Moneda Deuda Latinoamericana Fondo de Inversión, Global Opportunities Offshore, Global Opportunities	Estados Unidos, Chile, Islas Caymán, Panamá, Honduras	Transporte	CIADI	Pendiente
2023	Arguello	Estados Unidos	Construcción	CIADI	Pendiente
2023	Inversiones y Negocios Energéticos	Panamá	Eléctrico	CIADI	Pendiente
2023	JLL Capital	México	Financiero	CIADI	Pendiente
2023	Paiz Andrade y Schloesser de León de Paiz	Guatemala	Eléctrico	CIADI	Pendiente
2023	Próspera y otros	Estados Unidos	Actividades inmobiliarias	CIADI	Pendiente
2018	Inversiones Continental	Panamá	Finanzas y seguros	CIADI	Pendiente
2017	Gabourel Family Trust	Estados Unidos	Transporte	Sin información	Acuerdo de partes

Año	Demandante	Nacionalidad	Sector	Foro	Estatus
2009	Elsamex	España	Transporte	CIADI	Laudo a favor del inversor
2007	Astaldi	Italia	Transporte	CIADI	Discontinuado
1999	Astaldi y Columbus Latinoamericana de Construcciones	Italia, Panamá	Transporte	CIADI	Laudo a favor del inversor

Fuente: Elaboración propia en base a datos del *Investment Policy Hub* de la UNCTAD y el CIADI, consultados el 12 de septiembre de 2024.

Como en otros ejemplos en Latinoamérica, Bolivia (2007), Ecuador (2009-2021), Venezuela (2012), Honduras está a un paso de modificar su posición de miembro del régimen de solución de controversias inversor-Estado, e ingresar al grupo de los disidentes (Bas Vilizzio, 2019). No obstante, no se conocen movimientos políticos o jurídicos tendientes a la terminación de los ocho tratados bilaterales de inversión o catorce tratados con disposiciones relativas a inversiones¹ que actualmente tiene en vigor. Estas acciones caracterizaron las políticas de Bolivia y Ecuador, en el último caso hasta el año 2021 cuando decide dar marcha atrás a los cambios, reingresando al Convenio de Washington y retomando la celebración de acuerdos internacionales de inversiones.

Sin embargo, la situación de Honduras tiene sus particularidades. Su postura se sustenta tanto en el Derecho Internacional como en la política del Derecho Internacional, en palabras de Martti Koskeniemi (2020). En vista de lo anterior, esta pieza busca responder a las siguientes preguntas: ¿Qué lleva a Honduras a tomar la decisión de denunciar el Convenio de Washington? ¿Cómo se expresa la soberanía regulatoria (Bas Vilizzio, 2023) de Honduras en el caso Próspera contra Honduras? ¿Cuáles son las implicancias jurídicas y políticas de la disputa?

1 Conforme a datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD, consultado el 17 de junio de 2024.

Independientemente de sus particularidades, ¿Honduras es un caso aislado frente al régimen de solución de controversias inversor-Estado?

ZONAS DE EMPLEO Y DESARROLLO ECONÓMICO VIS À VIS SOBERANÍA REGULATORIA

En 2022, la Administración de Xiomara Castro decide poner fin al régimen de las zonas de empleo de desarrollo económico creado en la reforma constitucional de 2013 (artículos 303 y 329). El cambio normativo tiene lugar durante la Administración de Porfirio Lobo, *a posteriori* del golpe de Estado del 2009, bajo la promesa de convertir a Honduras en Hong Kong y sacar al país de la pobreza, como explica un artículo de la revista *The Economist* (2011). La cuestionada innovación normativa tiene raíces en la coyuntura política en que se encontraba el país. La política explica las decisiones jurídicas de los Estados de cara a su inserción internacional, en este caso da sustento al cambio legislativo nacional para atraer inversiones extranjeras, mediante una promesa de cuasi desregulación estatal.

La Ley Orgánica de las ZEDE (Decreto 120/2013), en su preámbulo, indica que la creación de dichos espacios territoriales especiales tiene como fin “generar fuentes de empleo que garanticen oportunidades de desarrollo en sectores de la salud, educación, infraestructura, seguridad pública, entre otros, para mejorar las condiciones de vida de la población hondureña”, y en su articulado indica con claridad que la soberanía es hondureña aunque se trate de ciudades bajo estatuto -regulación propia o incluso aplicación del Derecho Positivo de otros ordenamientos jurídicos-. Sin perjuicio de lo anterior, es relevante analizar con más detalle la normativa y sus impactos.

Las ZEDE son administradas por privados y la desregulación y autonomía respecto al Estado es la regla: están autorizadas a establecer su normativa y política (artículo 1); cuentan con autonomía funcional y administrativa, incluyendo tribunales propios e independientes (artículo 3); establecen su presupuesto, lo cual incluye su derecho a recaudar y administrar tributos y establecer las tasas de sus servicios (artículo 4); celebrar contratos y convenios (artículo 4); pueden contraer obligaciones dentro y fuera del país sin la autorización el Estado de Honduras (artículo 4). Cabe señalar que

está permitida la aplicación del Derecho Positivo de otros Estados, y aclara que la normativa debe ser publicada pero las ZEDE están autorizadas a crear sus propios medios de comunicación.

Sin perjuicio de que la Ley Orgánica indica que la soberanía es hondureña y se aplica su constitución y las normas de derechos humanos (artículos 1 y 8), las ZEDE constituyen una especie de “mini Estados” -tienen gobierno, territorio y población, además de regulación propia- y cuentan con amplio margen de maniobra. La figura toma como referencia el concepto de “ciudades modelo” o “ciudades bajo estatuto” (*charter cities*) que el economista Paul Romer (2009) introduce en una polémica TED Global Talk. En una segunda conferencia TED en 2011, Romer narra los hechos que tuvieron lugar luego que se reuniera con Octavio Sánchez, Jefe de Gabinete del Gobierno de Porfirio Lobo, para discutir sobre las ciudades bajo estatuto, y explica cómo en Honduras estaba creando el marco regulatorio necesario para que en su territorio se desarrolle la primera experiencia.

Las ciudades bajo estatuto tienen cuatro elementos en común: un territorio sin desarrollar, un estatuto o regulación propia (chárter), el compromiso de elección o libertad de ingreso y salida, e igualdad de trato (Fuller y Romer, 2012). En la actualidad, son ejemplos ilustrativos las regiones administrativas especiales de Hong Kong, Shenzhen o Macao en China, así como el caso de Songdo en Corea del Sur. Con el régimen de las ZEDE en pleno funcionamiento hasta 2022, en Honduras operaban tres ciudades modelo: Ciudad Morazán² (Choloma, Cortés) que es residencial, Orquídea (San Marcos de Colón, Choluteca)³ que se dedica a la agricultura y Próspera (Roatán, Islas de la Bahía)⁴ vinculada a las criptomonedas, negocios, turismo y medicina. En el reportaje de Rachel Corbett (2024) para *The New York Times Magazine*, se indica que “Próspera se ha hecho especialmente conocida por las instalaciones médicas experimentales de la zona, que realizan ensayos clínicos sin tener

2 Información disponible en: <https://www.morazan.city/es/inicio/>

3 Sin información sobre el sitio web.

4 Información disponible en: <https://es.prospera.co/>

que cumplir las normas de la FDA”, justamente porque se cumplen las normas de la ZEDE Próspera y cualquier disputa es dirimida en su Centro de Arbitraje.

Las características de las ZEDE han generado polémica a nivel nacional y global, el propio creador de la idea de las ciudades bajo estatuto, Paul Romer, después de involucrarse directamente en la creación del proyecto hondureño, se alejó de este. En la investigación periodística realizada por el periódico *El Faro* (Costa Rica), el periodista Carlos Dada (2017) menciona un intercambio de correos electrónicos que tuvo con Romer, en el cual el último indica que el proyecto “estaba yendo hacia una dirección que yo no apoyaba”. Puntualmente hace foco en su temor a que el régimen se emplee de manera contraria a lo que planteara en 2009, “como una vía para que un pequeño grupo de personas con acceso al poder en Honduras puedan distorsionar la voz democrática de manera indefinida” (Dada, 2017).

Las críticas también vinieron del sistema internacional. Desde la Organización de las Naciones Unidas se solicitó a Honduras que “revise la compatibilidad del marco constitucional y legal de las ZEDE con sus obligaciones internacionales de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos, incluyendo el derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas y afrodescendientes y el derecho al desarrollo equitativo y sostenible” (ONU, 2021). Aunque la Ley Orgánica indique que las ZEDE no pueden vulnerar los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y afrodescendientes sobre las tierras y se ratifica la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, en los hechos las comunidades alegan no haber sido consultadas. El artículo 6 del mencionado convenio señala textualmente que “los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

A modo de ejemplo, en el caso bajo estudio sobre la ZEDE Próspera, la comunidad local de Crawfish Rock (Roatán) se ha

opuesto y se resiste al avance de la urbanización de zonas naturales y la gentrificación que puede dejarlos de lado. Si bien el caso ya es objeto de arbitraje de inversiones, como es habitual en este mecanismo, las comunidades locales no tienen voz durante el proceso, muchas veces quedando relegadas a caminos políticos para ser escuchadas (Perrone, 2019). En el caso de la ZEDE Orquídea, los habitantes de Las Tapias, junto a la organización de la sociedad civil Movimiento Ambientalista Social del Sur por la Vida, han manifestado sufrir presiones por parte de la empresa para que vendieran sus tierras o serían objeto de expropiación conforme al artículo 27 de la Ley Orgánica (El Libertador, 2021). Además, en 2021 se creó el Movimiento Nacional Contra las ZEDE y por la Soberanía (Peace Brigades International [PBI] Honduras, 2021).

Las empresas también están obligadas a respetar los derechos humanos, ya que, considerando el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ninguna entidad puede “desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”. En este sentido, desde el ámbito político, García Rodríguez (2023) afirma que las ZEDE vulneran los derechos humanos de acceso a la justicia (al establecer una privatización de la justicia), acceso a la información pública (dado el empleo de canales propios de comunicación), derecho a un trabajo en igualdad de condiciones (ya que tienen su propia legislación laboral), derechos de los pueblos indígenas (al desconocer que ciertas tierras indígenas ancestrales son patrimonio de la humanidad). Para García Rodríguez, las ZEDE también usurpan las atribuciones del Estado, al determinar el sistema de tributación sobre la tierra de propiedad privada.

Asimismo, un reciente informe publicado por organizaciones de la sociedad civil -el Institute for Policy Studies, la Honduras Solidarity Network, el Transnational Institute y Terra Justa- (TNI et al., 2024, p. 79) sobre las demandas de inversores contra Honduras indica que tampoco se cumplieron una serie de requisitos legales para la instalación de la ZEDE Próspera. Puntualmente señalan la falta de mayoría calificada en el Congreso a la hora de aprobar el proyecto de creación de la ZEDE, la ausencia de una consulta pública a la población ante la

instalación -salvo en caso de una zona de baja densidad población-. En tercer y último lugar, tanto el dictamen que determine la baja densidad poblacional y el decreto de creación de la ZEDE en cuestión deben ser publicados en el diario oficial, extremo que no sucedió.

Ahora bien, frente a los crecientes cuestionamientos, al inicio de la administración de Xiomara Castro (en 2022), el Poder Ejecutivo tomó la decisión de poner fin al andamiaje normativo que da cabida a las ZEDE, sosteniendo que este régimen avasalla la soberanía y pone en jaque las obligaciones ambientales y laborales del Estado. En este sentido, se confirma la idea de que, en particular en los Estados en desarrollo, el desafío es encontrar un balance entre la liberalización económica y las políticas de desarrollo sostenible (Ghiotto, 2017, pp. 65-69), volviendo a fojas cero aquellas políticas que tienden al desequilibrio.

El Estado busca recobrar aquellas parcelas de poder que tradicionalmente le pertenecían y abandonó mediante la regulación en cuestión, como sostiene Strange en “La retirada del Estado” (2001, p. 101). La posición de Honduras es un claro proceso de recuperación de la soberanía regulatoria (Bas Vilizzio, 2023), esto es, de defensa del espacio de política pública (*policy space*). Se trata del conjunto de medidas tomadas en las áreas susceptibles de decisión pública, más específicamente su corazón: el derecho de regular. Este representa aquellas áreas de interés público en las que la acción del Estado se expresa de manera excepcional como un freno a la acción privada, incluso sin deber de compensación (Titi, 2014).

La soberanía regulatoria cuenta con notas de legitimidad y autoridad, al igual que la soberanía interna en términos de Krasner, sin embargo, no tiene notas de control. En este punto es pertinente distinguir este concepto de la capacidad del Estado de seleccionar los medios para ejercer la soberanía y desarrollarse de la manera que entienda más adecuada, los cuales refieren a la autonomía estatal y no a la soberanía. Si bien el concepto de soberanía regulatoria aún se encuentra en proceso de cristalización, acciones como la de Honduras demuestran el avance en las manifestaciones fácticas.

Ahora bien, la derogación del régimen de las ZEDE no ha estado carente de dificultades. Mediante el decreto 32/2022

el Congreso busca derogar la reforma constitucional de 2013 y mediante el decreto 33/2022 hace lo propio con la Ley Orgánica de las ZEDE y modificatorias. El Congreso Nacional no logra ratificar la reforma constitucional durante la legislatura 2023, como prevé el Derecho Hondureño. Sin embargo, la Ley Orgánica de las ZEDE sí fue derogada, ya que no se trata de una reforma de la constitución.

En este contexto jurídico y fáctico, Próspera -empresa de capitales estadounidenses- inicia un arbitraje ante el CIADI, por 10,7 billones de dólares, con base al capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR). Si bien la demanda no es pública, en la nota de intención Próspera aduce el incumplimiento de los artículos 10.4 (cláusula de la nación más favorecida), 10.5 (estándar de tratamiento mínimo), 10.7 (expropiación y compensación) y 10.8 (transferencias). Asimismo, indica que Honduras incumple el Acuerdo de Estabilidad y Protección de Inversiones que celebrara con la empresa, vigente desde el 9 de marzo de 2021 hasta el 15 de enero de 2064, o bien durante o diez años después de la última modificación, reforma, interpretación o derogación de la Ley Orgánica de las ZEDE.⁵

La cifra de 10,7 billones de dólares se calcula haciendo proyecciones de pérdidas a cincuenta años, ya que conforme al artículo 16.4 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Honduras y Kuwait (2014), para el caso de las ZEDE la protección es de un período mínimo de 50 años. En función del trato de nación más favorecida del artículo 10.4 del CAFTA-DR y del artículo 32 de la Ley Orgánica de las ZEDE, la empresa interpreta que dicho beneficio -período mínimo de 50 años- le es aplicable a su inversión.

Cabe señalar que las otras dos ZEDE instaladas en el país -Ciudad Morazán y Orquídea- han decidido iniciar un cambio de figura jurídica a zona libre residencial o zona libre, respectivamente (Pousset, 2023), y por el momento no han registrado disputas contra el Estado. Asimismo, el proyecto Ciudad Mariposa, vinculado a servicios de salud y nacimientos, finalmente decidió no instalarse en

5 Dicho documento y demás información pública se encuentra disponible en: <https://www.italaw.com/cases/9971>

Honduras (Burgos, 2022).

RETIRO DEL CIADI: LA POSICIÓN DE HONDURAS ENTRE DISIDENTES Y CONFRONTADORES

Honduras no es un caso aislado frente al régimen de solución de controversias inversor-Estado. Como se indicara anteriormente, el 24 de febrero de 2024, Honduras notifica la denuncia del Convenio de Washington, la cual se hace efectiva seis meses después. Siguiendo la tipología de Estados desarrollada en trabajos anteriores, los Estados presentan cuatro posiciones conforme a si mantienen o cambian su posición y si se encuentran dentro o fuera del régimen (Bas Vilizzio, 2017, 2019). Así, los miembros se encuentran dentro del régimen y no presentan movimientos; los disidentes eran antiguos miembros pero que deciden abandonarlo; los confrontadores han modificado su posición y realizan propuestas alternativas pero su conducta no implica una salida del régimen; y finalmente los externos son aquellos Estados que han decidido no formar parte del régimen y se han mantenido en su postura inicial (véase ilustración 1).

Ilustración 1: Tipología de Estados ante el régimen de solución de controversias inversor-Estado



Fuente: Bas Vilizzio, M. (2019, p. 4)

Honduras se ha convertido en un disidente incipiente, puesto que sus avances son puntuales: retiro del Convenio de Washington sin denunciar los acuerdos internacionales de inversiones vigentes de los que es parte (ocho tratados bilaterales de inversión y catorce acuerdos con disposiciones en materia de inversiones, destacándose el CAFTA-DR).⁶ Es pertinente hacer un repaso del escenario internacional en el que se enmarca esta situación. Si bien la mayoría de los Estados son miembros, a excepción de un tradicional externo en el régimen -Brasil-, el escenario internacional también se compone por otros disidentes con diferentes nivel de avance: Bolivia, Venezuela, Ecuador hasta 2021, y Sudáfrica, así como confrontadores como India con su modelo de tratado bilateral de inversiones de 2016 y la Unión Europea.

Como disidente, el caso de Bolivia puede ser ilustrativo, ya que se trata del primer Estado del mundo en retirarse del CIADI en 2007 e iniciar un proceso de terminación de gran parte de los tratados bilaterales de inversión que estaban vigentes. El detonante fue el caso Aguas del Tunari (CIADI caso número ARB/02/3), que tiene origen luego de la privatización del servicio de aguas y alcantarillado sanitario de Cochabamba a manos de la empresa Bechtel. El aumento de las tarifas a más del 50% desencadenó un gran número de protestas, y en consecuencia Bolivia decide rescindir el contrato con Bechtel y esta presenta la demanda ante el CIADI. Producto de la presión internacional y la movilización popular, la empresa decide discontinuar el caso y retirarse de territorio boliviano.

Dentro de los confrontadores, es particularmente interesante la posición de la Unión Europea dado que sus miembros han sido tradicionales impulsores del régimen de solución de controversias inversor-Estado, hasta que las instituciones comunitarias han planteado que dicho sistema es incompatible con el principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea si el arbitraje tiene lugar entre un inversor nacional de un Estado miembro y otro Estado miembro -Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia-. Dos acciones se derivan de este cambio: la celebración del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los miembros de la Unión Europea (2021) y la

⁶ Datos conforme al Investment Policy Hub de la UNCTAD, al 30 de agosto de 2024.

retirada coordinada de la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) del Tratado de la Carta de la Energía (notificada el 27 de junio de 2024).⁷

En el caso C-741/19 (República de Moldavia contra Komstroy), siguiendo los argumentos del Dictamen 1/17, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que las cláusulas de resolución de disputas entre inversores y Estados contenidas en el Tratado de la Carta de la Energía son incompatibles con el principio de autonomía. No obstante, este no es el único motivo por el cual la Unión Europea decidió retirarse del tratado. A pesar de varias rondas de negociación, el acuerdo en principio de modernización del tratado sigue protegiendo a los combustibles fósiles y no se alinea con el Pacto Verde Europeo, el plan “REPowerEU”, la iniciativa “Fit for 55” ni el Acuerdo de París. De seguir vinculada al acuerdo, la Unión Europea no sería capaz de alcanzar sus metas climáticas, como ser el primer continente climáticamente neutro en 2050 o reducir un 55% sus emisiones de gases de efecto invernadero en 2030.

Es en este marco de cuestionamientos tanto desde el Sur como el Norte Global, que la denuncia de Honduras al Convenio de Washington tiene lugar. El caso Próspera como desencadenante vuelve a traer al debate las críticas hacia el régimen de solución de controversias inversor-Estado. En particular, pone de manifiesto que este condiciona la soberanía estatal, ya sea en materia de transición energética como ilustra la Unión Europea, como de capacidad del Estado de regular en su territorio, como deja en evidencia la situación hondureña.

REFLEXIONES FINALES

La demanda de Próspera expresa la tensión entre el andamiaje legal y constitucional de las ZEDE -basado en la cuasi desregulación- y la soberanía regulatoria de Honduras. Su derogación -aunque incompleta- junto al retiro del Convenio de Washington es un claro proceso de recuperación de la soberanía regulatoria, buscando retomar las áreas de regulación que fueron retiradas de la esfera estatal mediante la reforma constitucional y la Ley Orgánica de las

⁷ La denuncia tiene efecto un año después de la notificación al depositario, conforme al artículo 47 del tratado.

ZEDE. Si bien la disputa se encuentra pendiente de resolución, es pertinente considerar que la interpretación que los árbitros den al CAFTA-DR en conjunción con el Derecho doméstico hondureño también es una forma de establecer los límites del derecho de regular, como sostiene Perrone (2019, pp. 16-17). La soberanía regulatoria, en suma, puede perder relevancia frente a las decisiones de tribunales creados para entender casos concretos.

Pero la disputa no sólo tiene implicancias jurídicas, sino también políticas como es de esperarse en casos de este calibre. Así, la Presidenta Xiomara Castro deja claro en su discurso ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas que Honduras no volverá a cargar con “el estereotipo de República Bananera” (ONU, 2022). Además el caso ha despertado la atención de congresistas estadounidenses -Estado de nacionalidad de Próspera- encabezados por la Senadora Elizabeth Warren (Warren, 2023), así como de la sociedad civil organizada a nivel doméstico y global.

Si bien la soberanía regulatoria puede perderse paulatinamente o de un momento para otro, su recuperación se construye peldaño a peldaño. El análisis académico, la difusión social y la discusión política amplia de disputas como Próspera contra Honduras también son pasos fundamentales para comprender las falencias y dilemas del régimen de solución de controversias inversor-Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Bas Vilizzio, Magdalena (2017). *América del Sur ante los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?*. Montevideo: Comisión Sectorial de Investigación Científica, Universidad de la República.

Bas Vilizzio, Magdalena (2019). *Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado* (Documentos de Trabajo 21/2019 [2ª época]). Madrid: Fundación Carolina. https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf

Bas Vilizzio, Magdalena (2023). *Hacia la soberanía regulatoria. Protección del espacio de política pública y solución de controversias inversor-Estado*. Montevideo: Comisión Sectorial de Investigación

Científica, Universidad de la República.

Burgos, Jorge (30 de mayo de 2022). Proyecto ZEDE Mariposa migra de Honduras. *Criterio*. <https://criterio.hn/proyecto-zede-mariposa-migra-de-honduras/>

Corbett, Rachel (30 de agosto de 2024). En Honduras, una ciudad con fines de lucro podría fracasar. *The New York Times Magazine*. <https://www.nytimes.com/es/2024/08/30/magazine/honduras-prospera-ciudad.html>

Dada, Carlos (20 de abril de 2017). Honduras y su experimento libertario en el golfo de Fonseca. *El Faro*. <https://elfaro.net/es/201704/centroamerica/20283/Honduras-y-su-experimento-libertario-en-el-golfo-de-Fonseca.htm>

El Libertador (30 de julio de 2021). Pobladores de Choluteca denuncian expropiación por ZEDE Orquídea. <https://ellibertador.hn/2021/07/30/honduras-pobladores-de-choluteca-denuncian-expropiacion-por-zede-orquidea/>

Fuller, Brandon y Romer, Paul (2012). *Success and the city: how charter cities could transform the developing world*. Ottawa: Macdonald-Laurier Institute. www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/How-charter-cities-could-transform-the-developing-world-April-2012.pdf

García Rodríguez, Fernando (2023). *Las ZEDE en Honduras. Implicaciones para el Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Tegucigalpa: Fundación Frederich Ebert. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/fesamcentral/20739.pdf>

Ghiotto, Luciana (2017). ¿UNCTAD pro-desarrollo o pro-liberalización? Un estudio de los cambios en el organismo a la luz de las políticas sobre inversiones. En Javier Echaide (dir.), *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas: problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*. Buenos Aires: BdeF.

Koskeniemi, Martti (2020). *La política del Derecho Internacional*. Madrid: Trotta.

ONU (8 de junio de 2021). Las ZEDE podrían suponer serios riesgos para la garantía de los derechos humanos por parte del Estado de Honduras (Comunicado de prensa). <https://honduras.un.org/es/130598-las-zede-podr%C3%ADan-suponer-serios-riesgos-para-la-garant%C3%ADa-de-los-derechos-humanos-por-parte>

ONU (20 de septiembre de 2022). La presidenta de Honduras asegura que las naciones pobres del mundo ya no soportan golpes de Estado. <https://news.un.org/es/story/2022/09/1514871>

Peace Brigades International [PBI] Honduras (28 de julio de 2021). Honduras no se ZEDE. <https://pbi-honduras.org/es/noticias/honduras-no-se-zede>

Perrone, Nicolás (2019). The 'invisible' local communities: foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime. *AJIL Unbound*, 113, 16-21. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.92>

Pousset, Célia (3 de mayo de 2023). ¿Cómo operan las ZEDE en Honduras a un año de la derogación de la Ley? *Contracorriente Honduras*. <https://contracorriente.red/2023/05/03/como-operan-las-zede-en-honduras-a-un-ano-de-la-derogacion-de-la-ley/>

Romer, Paul (julio de 2009). Why the world needs charter cities [Video]. TED Global. https://www.ted.com/talks/paul_romer_why_the_world_needs_charter_cities

Romer, Paul (marzo de 2011). The world's first charter city? [Video]. TED. https://www.ted.com/talks/paul_romer_the_world_s_first_charter_city

Strange, Susan (2001). *La retirada del Estado: la difusión del poder en la economía mundial*. Barcelona: Encuentro/Icaria Editorial/Intermón Oxfam.

The Economist (10 de diciembre de 2011). Hong Kong in Honduras. <https://www.economist.com/international/2011/12/10/hong-kong-in-honduras>

Titi, Aikaterini (2014) *The right to regulate in International Investment Law*. Baden-Baden: Nomos.

Transnational Institute [TNI] et al. (2024). *Inversiones mafiosas contra Honduras: demandas de empresas transnacionales y la lucha por la democracia y la dignidad del pueblo hondureño*. <https://isds-america-latina.org/honduras/>

Warren, Elizabeth (2 de mayo de 2023). *Letter to Ambassador Katherine Tai and Secretary Antony Blinken*. Washington: Congreso de Estados Unidos. <https://www.warren.senate.gov/imo/media/doc/2023.05.02%20Letter%20to%20Tai,%20Blinken%20re%20elimination%20of%20ISDS.pdf>

COMENTARIO AL ARTÍCULO “PRÓSPERA V. HONDURAS: ENTRE LA DESREGULACIÓN Y LA SOBERANÍA REGULATORIA” DE MAGDALENA BAS VILIZZIO

Javier Echaide

Magdalena Bas Vilizzio nos entrega un avance conciso sobre uno de los últimos focos de las demandas internacionales en materia de inversiones. Su artículo aporta al debate acerca de las demandas inversor-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) y del régimen internacional de protección de inversiones al traer una actualización sobre posibles tendencias a evidenciar dentro de este régimen. Y lo hace mediante un estudio de caso. Analizar el régimen de protección de inversiones es abordar una de las áreas más dinámicas del derecho internacional, pues refleja la puja de intereses existente entre los Estados y los sectores corporativos de capital más concentrado a nivel internacional y que desatan una tormenta de demandas año a año contra los Estados. Pero el ojo de dicha tormenta va variando de acuerdo a esos intereses y, por supuesto, a sus resistencias, que también se encuentran presentes en la defensa de las políticas públicas por parte de algunos gobiernos y, sobre todo, en las luchas de las comunidades por la defensa de sus derechos.

Lo que actualmente se conoce como *lex mercatoria* es la regulación existente a nivel internacional en materia comercial y de inversiones, mediante tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI) que permiten a las empresas transnacionales ser partes interesadas que puedan presentar demandas legales contra Estados soberanos actuando a la par de estos en el escenario internacional. Realizar el seguimiento de esa *lex mercatoria* (como fuente jurídica formal), así como la dinámica de estos procesos de arbitraje y las tendencias político-económicas (que hacen también a la fuente material de derecho), reviste de importancia para los países latinoamericanos, siempre a la búsqueda de atraer inversiones extranjeras bajo el discurso de la posibilidad de desarrollo y la apertura de mercados.

A treinta años desde que el neoliberalismo penetró en las agendas políticas y económicas, hoy estos discursos tienen poca evidencia empírica que mostrar: habiendo abierto nuestros mercados y privatizando casi todo, seguimos siendo países que continúan a la espera de ese desarrollo prometido por el neoliberalismo desde los años '90. En cambio sí hay algo que tiene prueba pura y dura: el grado de exposición al cual han quedado sometidos nuestros Estados, el encorsetamiento al que se encuentran nuestras políticas públicas y la amenaza bajo la que se encuentran los recursos públicos a las demandas que las transnacionales presentan ante foros de arbitraje evadiendo los tribunales domésticos. Así es, ya que como resultado de los laudos emitidos por esos arbitrajes, las empresas cobran millonarias sumas que se financian con el pago de impuestos por parte de toda la población. Pues, los países latinoamericanos nos encontramos altamente expuestos ante estas demandas por parte de las empresas transnacionales, y eso ocurre gracias a la *lex mercatoria*.

Un ejemplo de cómo las políticas públicas se encuentran bajo la amenaza de este régimen legal es el caso de Honduras, país que se retiró del CIADI recientemente por decisión de un gobierno que ha asumido una postura crítica ("disidente", según los términos de la propia autora) al régimen de protección de inversiones y del cual el CIADI es su principal foro de solución de disputas elegido

por las empresas transnacionales para hacer valer sus intereses. Honduras está en el centro de los ataques internacionales en este momento: sólo 5 de las demandas que se han planteado contra este país han sido presentadas en coyunturas previas, mientras que las 14 demandas restantes fueron presentadas en los últimos dos años. Honduras y México son en este momento los Estados más castigados por las empresas transnacionales mediante demandas de ISDS, y es América Latina una de las regiones más afectadas dentro de este régimen en donde cerca de la mitad de las disputas tienen que ver directamente con recursos naturales, dato no menor en una región rica en ellos.

El caso que presenta Magdalena Bas Vilizzio explica, quizás como ningún otro, el porqué de este ataque. Se trata del caso "Próspera v. Honduras". El abordaje de la autora rápidamente nos demuestra que se trata de una decisión del nuevo gobierno por recuperar parte de su soberanía regulatoria, entregada por gobiernos previos mucho más afines a los intereses transnacionales y a las necesidades de internacionalización del capital a escala global. En aquel momento Honduras ensayó ser un engranaje modelo, una experimentación con sus "ciudades bajo estatuto" (*charter cities*) conocidas como "ZEDE" y que eran toda una novedad: se trata de una especie de "fideicomisos de soberanía", un Estado dentro del Estado. Para poder hacerlo, Honduras debió realizar una reforma constitucional (2013), impulsada además luego de un golpe de Estado (2009). Estas ZEDE son como "mini Estados" dentro de Honduras, que otorgan enormes beneficios a los capitales extranjeros para que se establezcan allí, incluyendo la cesión de la jurisdicción nacional soberana y que los capitales extranjeros pudieran demandar al Estado ante tribunales internacionales directamente por cualquier posible afectación.

¿Es posible recuperar la soberanía una vez que ésta se entregó? Coincidimos con la autora que, en trabajos previos, ha sostenido que "soberanía siempre hay", en sentido de que resulta imposible la entrega plena de soberanía en los TLC y TBI. ¿Pero es posible retrotraer esa entrega por decisión –también soberana– del pueblo? El régimen de protección de inversiones y el arbitraje

internacional en esta materia elevan los costos (económicos y políticos) de decisiones como esta. El caso “Próspera v. Honduras” trata precisamente sobre esta cuestión y de cómo la *lex mercatoria* y el mecanismo ISDS operan como un dispositivo de “no retroceso” frente a las reformas neoliberales aplicadas en nuestros países desde hace tres décadas. La disputa por la soberanía de nuestros países y de nuestros pueblos es algo que se observa hoy en nuevos escenarios, incluso en los estrados del arbitraje internacional como los del CIADI, que tan alejados se encuentran del conocimiento e incidencia de la ciudadanía pero que tanto afectan a las políticas públicas y a las decisiones democráticas.

MICRO-ESTATALIDAD

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO HONDUREÑO EN LAS GARANTÍAS DE LAS ZONAS DE EMPLEO Y DESARROLLO ECONÓMICO (ZEDE)

Fiorella Ricagno y Paloma Milá

PRÓSPERA VS. HONDURAS

El 20 de abril del 2022, a 84 días de la asunción de Xiomara Castro, el Congreso hondureño deroga la Ley Orgánica de las ZEDE (Zonas de Empleo y Desarrollo Económico) y todas aquellas leyes, normas jurídicas, disposiciones o preceptos legales públicos o declarados en reserva que tuvieran relación con la Ley Orgánica de las ZEDE. Menos de un año después, el 3 de febrero del 2023, Próspera Inc., St. John's Bay Development Company LLC y Próspera Arbitration Center LLC (Próspera Inc. y otros), capitales estadounidenses, presentaron ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) una demanda de 10.775 millones de dólares por daños y perjuicios ante la eliminación de las ZEDE. La misma se enmarca en un aluvión de demandas de arbitraje internacional contra Honduras: entre 2023 y 2024 el país recibió 14 demandas, convirtiéndose en el segundo país más demandado de América Latina en el mismo periodo después de México (Transnational Institute [TNI] et al., 2024). Inmediatamente después, el 24 de febrero del 2024 la presidenta anunció la salida de la

República de Honduras del CIADI. Según el Artículo 71 del Convenio CIADI, la denuncia se hizo efectiva seis meses después de recibir la notificación, es decir, el 25 de agosto de 2024 (CIADI, 2024).

En la demanda, Próspera Inc. y otros contra Honduras (Caso CIADI No. ARB/23/2), se invoca, por un lado, un Acuerdo de Estabilidad Legal y Protección del Inversor (*Agreement for Legal Stability and Investor Protection*), y por otro, el CAFTA-DR (*Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement*). Respecto del primero, al no ser un documento público, no fue posible acceder a las condiciones que establece. En relación al CAFTA-DR, el mismo fue una iniciativa de George W. Bush y, a pesar de la gran oposición de la población, fue firmado y ratificado por Honduras y otros países centroamericanos en 2005 (TNI et al., 2024, p. 47). Contempla en su capítulo 10 el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS por su sigla en inglés), el cual permite a las empresas estadounidenses demandar a los Estados parte mediante centros de arbitraje internacional. Cabe resaltar que Estados Unidos impuso en el CAFTA-DR las “leyes de implementación” las cuales obligan a los países firmantes a adecuar su legislación interna en áreas de servicios, telecomunicaciones y propiedad intelectual para eliminar toda posibilidad de contradicción e *inseguridad jurídica* para los inversores (TNI et al., 2024).

Entendemos que existe un entrelazamiento entre la sanción y derogación de leyes de protección de inversiones, el cambio de régimen político y las consiguientes demandas que enfrenta Honduras. A partir del golpe de estado en el año 2009, se promovieron tres leyes con el objetivo de atraer inversiones: la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada (2010); un paquete de leyes para la privatización de la generación y distribución de la energía eléctrica (2010-2014); y la Ley Orgánica de las Zonas de Empleo y Desarrollo Económico (2013). La lógica jurídica de garantías a la inversión no se aplicó sólo a nivel doméstico: desde los años 90s Honduras comienza a firmar Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y, entrando al nuevo milenio, una serie de Tratados de Libre Comercio (TLC).¹

1 Entre ellos el CAFTA-DR, invocado en cuatro de las demandas: Fernando Andrade y Anabella de León de Paiz v. Honduras, Juan Carlos Arguello y Ernesto Arguello v. Honduras, Próspera v. Honduras, y Víctor Silhy v. Honduras

Luego del cambio de gobierno en enero del 2022, el oficialismo lanzó una cruzada contra las ZEDE, no sólo con la derogación de la ley, sino también a nivel discursivo. El reclamo por parte del gobierno se ha centrado en la noción de “micro-estatalidad”. Sin embargo, hay quienes consideran a las ZEDE en Honduras como “enclaves”. Para Palma Herrera (2019, p. 96), existe un “renacer de los enclaves” entendiéndose como zonas específicas dentro de un país que tienen un régimen jurídico y económico distinto al del resto del territorio. Según el autor, aunque las ZEDE son una novedad, sus características no son realmente innovadoras, ya que se asemejan a las acciones de políticos hondureños que ceden sus territorios a inversionistas extranjeros con la finalidad de generar *desarrollo económico* para la población local (Palma Herrera, 2019, p. 112). Por otra parte, Roux y Gaglia (2019, p. 22) entienden que, al profundizar la lógica de privatización, se codifica en la construcción de nuevas territorializaciones del capital, transformándose en *nuevos enclaves* como territorios enmarcados de excepción al Estado-nación, con privilegios tributarios y exenciones a las protecciones laborales y ambientales. Adicionalmente, son territorios en donde se experimentan esquemas de gobernanza y formas de ciudadanía novedosas.

En este capítulo nos interesa enfocarnos en la postura de *micro-estatalidad*. Al revisar la información existente sobre el carácter *micro-estatal* con el que se suele referir a las ZEDE, descubrimos que, por un lado, esta postura es principalmente impulsada por el gobierno en su enfrentamiento contra las ZEDE y, por otro, que existe cierta limitación en la profundidad de las dimensiones que este análisis propone. En este sentido, Fernando García Rodríguez (2018), comisionado presidencial contra las ZEDE designado por Xiomara Castro, postula que las Ciudades Modelo o *Charter City* “son consideradas verdaderos microestados dentro del Estado Nación” (García Rodríguez, 2018, p. 4). Cuando se refiere a la Ley ZEDE nombra que en tanto a la integridad territorial “se fracciona el territorio en microestados que tendrán entre otros su propia legislación, sistema fiscal, aduanas, policía y tribunales de justicia” (García Rodríguez, 2018, p. 4). Respecto a la normativa y

promoción de las *ciudades modelo* entiende que se cede soberanía y que “el imperio de la ley se fragmenta en una especie de microestado dentro del Estado-nación” (García Rodríguez, 2018, p. 8). Por último, considera que el Poder Ejecutivo es “disminuido y desmembrado con las burbujas o microestados que significan las ZEDE” (García Rodríguez, 2018, p. 35).

A partir del discurso oficial del gobierno hondureño, nos preguntamos: ¿pueden las ZEDE entenderse como microestados? Analizando el caso puntual de Próspera ZEDE, argumentamos que, si bien las ZEDE funcionan como territorios determinados manejados por sectores privados y con atributos de estatidad, es el Estado hondureño el que garantiza la ganancia de este capital en su territorio. Este trabajo tiene como objetivo discutir que las ZEDE puedan ser comprendidas como microestados a partir de, por un lado, (1) identificar los atributos de estatidad planteados por Oszlak (1997) que se evidencian en Próspera ZEDE, y por otro, (2) demostrar que a pesar de las atribuciones de Estado que goza esta empresa, las mismas sólo pueden existir gracias a las garantías que otorga el Estado hondureño en materia jurídica.

Respecto a esto último, partiremos desde la premisa de que el Estado y el mercado son parte de la misma relación social, demostrando la relación simbiótica que existe entre ambas esferas, para llegar al rol del Estado hondureño dentro del andamiaje jurídico internacional que otorga el respaldo legal que el capital necesita para su reproducción y supervivencia. Este punto de partida aclara por qué, si inicialmente el Estado hondureño ofrece leyes, contratos y garantías al capital, luego, tras un cambio en los tomadores de decisiones y la restricción de ciertas leyes de protección al capital, este último puede demandar internacionalmente al Estado hondureño. El Estado actúa como el garante último de las ganancias de las empresas, tanto en el ámbito de la explotación como en los casos en que el negocio no tiene éxito: el Estado termina protegiendo esas ganancias. De esta manera, es el Estado quien actúa como garante del proceso de acumulación y como sostenedor ante las pérdidas. Finalmente, la intención del trabajo es demostrar que, a pesar de que Próspera ZEDE tenga elementos de comportamiento estatal, no

se traduce en un repliegue completo del Estado hondureño sobre este territorio, sino que se reproduce una lógica de mercado en la que el Estado garantiza el proceso de la acumulación de capital desde la creación del marco jurídico que le da seguridad al capital, hasta el momento en que esa seguridad se quiebra por el propio accionar del Estado. Este, entonces, termina asegurando la ganancia del capital frente al proceso político que tiene lugar al interior del territorio hondureño.

CONTEXTO GLOBAL DEL SURGIMIENTO DE LAS ZEDE

A partir de la crisis de los Estados de bienestar en los años 70 se pudieron observar dos tendencias: la internacionalización del Estado y la internacionalización de la producción. Ambas comienzan a formar la idea de globalización (Bieler y Morton, 2006). El proceso productivo se fragmenta y surgen las cadenas globales de valor. Las empresas transnacionales comienzan a ganar peso político a nivel internacional y el Estado sufre una profunda reestructuración.

Se suele presentar a la globalización como un avance del mercado por sobre el Estado, un juego de suma cero en donde el Estado se encuentra a merced de las dinámicas del mercado (Bonnet, 2011). Sin embargo, argumentamos que lejos de tener un rol pasivo, el Estado funciona como garante del capital. En primer lugar, legisla para atraer inversiones -a través de leyes nacionales y tratados internacionales- y desmantela marcos normativos de protección, transfiere activos públicos -recursos naturales- a privados (Harvey, 2004) y, por último, por tener el monopolio de la violencia, se encarga de contener el descontento social (Bonnet, 2011). El Estado y el mercado son -erróneamente- presentados de forma antagónica debido a sus características intrínsecas: mientras el Estado está contenido dentro de sus límites geográficos, el mercado logra sortear esa contención. Justamente respecto a éste último, lo que se da en el neoliberalismo es un nuevo patrón de acumulación: el comando del capital-dinero basado en la liquidez de dinero y su libre flujo (Bonnet, 2011). En este contexto, los Estados se inscriben en el mercado internacional a través del capital-dinero, compitiendo entre sí para atraer inversiones.

Con el fin de garantizar el movimiento de dinero, en los años 90s comienza a operar masivamente un andamiaje jurídico internacional que establece esquemas diseñados para asegurar su circulación (Ghiotto, 2013). Intentando atraer inversiones, los Estados ofrecen prerrogativas jurídicas a los inversionistas que garantizan la libre circulación de los capitales. Los Estados promulgan leyes nacionales de promoción de inversiones, a la vez que firman Tratados de Libre Comercio (TLC) y Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). De esta forma, los derechos de las empresas transnacionales se ven contemplados en un conjunto de contratos, normas de comercio e inversiones de carácter estatal, multilateral, regional y bilateral y de decisiones de los tribunales arbitrales que, en el caso que no se cumplan los laudos dictados por los mismos, los Estados recibirán en consecuencia severas sanciones (Zubizarreta, 2016).

En este escenario de competencia entre Estados y garantías legales, emergen las Zonas Francas, las Zonas de Desarrollo Económico, Zonas Especiales de Desarrollo y Zonas de Exportación-Procesamiento como estrategia de atracción de inversiones. Estas zonas son fracciones de los territorios de países, por lo general del sur global, en donde los Estados ofrecen mayores garantías jurídicas y tributarias. Estas zonas son parte de una nueva “geografía de poder” (Sassen, 1996, p. 10) característica de la globalización.

Para entender el funcionamiento de estas zonas, vale la pena ver las palabras de sus promotores. Paul Romer,² pionero de las *ciudades charter*, ciudades modelos o ciudades privadas, es un economista estadounidense conocido por desarrollar la *teoría del crecimiento endógeno*, que explica cómo el conocimiento y la innovación impulsan el crecimiento económico. Romer entiende a las ZEDE como “ciudades con legislación, justicia y tributos propios, con una lógica volcada al libre mercado y reglas de inmigración que permiten la afluencia masiva de trabajadores, siempre que

2 Paul Romer fue galardonado con el Premio Nobel de Economía en 2018 por sus contribuciones al estudio del crecimiento a largo plazo y la importancia del capital humano y tecnológico. Además de su trabajo académico, Romer ha tenido una destacada carrera en el ámbito de la política económica, siendo director del Banco Mundial para el Grupo de Investigación en Crecimiento Global y Desarrollo.

sigan unas estrictas normas de disciplina social y laboral” (Ortega, 2020, p. 99). Estas nuevas ciudades se ubican en territorios supuestamente deshabitados y con estatutos que garantizan una serie de normas que son ejecutadas por un gobierno existente o conjunto de gobiernos (Ortega, 2020). El único aporte de Romer de acceso público es una charla TED que realiza en 2009 en la cual habla sobre la idea de *ciudades charter*.³ En esta, parte de la idea de que la responsabilidad de las economías pobres recae sobre el conjunto de normas que son impartidas desde el Estado. La solución que propone es la delegación de las responsabilidades, “una entrega de control de un país a otro para que asuma ciertas responsabilidades administrativas” (Romer, 2009, 10:49). Respecto a esto último, argumenta que esta delegación no se enmarcaría en el colonialismo porque no habría aspectos de “coerción y condescendencia”, sino de un modelo sobre opciones tanto para quienes lo dirigen como para las personas que viven allí.

PRÓSPERA MÁS ALLÁ DE LAS NORMATIVAS

Desde el inicio, el proyecto de Próspera ZEDE representó una búsqueda mutua entre el Estado y el mercado. Honduras ofrecía garantías legales para la inversión, un territorio disponible para la explotación —como la privatización de la Isla de Roatán— y el respaldo del uso de la fuerza para manejar posibles reacciones sociales. Por su parte, Próspera ZEDE no solo eligió a Honduras por estas garantías, sino también por las condiciones institucionales que caracterizaban al país.

Luego del golpe de estado a Manuel Zelaya Rosales en 2009, el país comienza una época de alta conflictividad social y debilidad institucional. A modo de referencia: según Global Witness (2018), entre 2010 y 2012 Honduras se convirtió en el país más peligroso para los activistas ambientales. Para paliar la crisis política y económica del país, tanto el gobierno de Porfirio Lobo (2010-2014), como el de Juan Orlando Hernández Alvarado (2014–2022) intentaron

3 Para mayor información, véase: Why the world needs charter cities. Paul Romer. 2009. https://www.ted.com/talks/paul_romer_why_the_world_needs_charter_cities/transcript?subtitle=en&language=en&lng=es&geo=es

fomentar un clima proempresarial durante un período catalogado como “narco-estado” debido a los estrechos vínculos entre el gobierno, grupos criminales y redes de corrupción (TNI et al., 2024).

En este contexto se aprueba la Ley ZEDE en 2013, con antecedentes de políticas neoliberales que comienzan con la configuración de Zonas Libres (ZOLI) impulsada a fines de 1976 y la posterior Ley de Zonas Industriales de Procesamiento (ZIP) de 1987. Como en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, en los noventa se profundiza esta tendencia con la creación de leyes de incentivos a la inversión extranjera directa (IED) como, por ejemplo, la Ley de Zonas Libres Turísticas y la Ley de Zonas Agrícolas de Exportación (Ortega, 2020). En diciembre del 2017, se constituyen las ZEDE de Próspera en Roatán, Islas de la Bahía; Ciudad Morazán, en Choloma, Cortés, en el 2018 y Orquídea, en San Marcos de Colón, Choluteca, en junio de 2021. Las ZEDE instaladas en Roatán y en Choloma siguen operando, mientras que la de San Marcos, Choluteca, aceptó incorporarse al régimen de Zonas Libre (ZOLI) (Escobar, 2023).

Existió un amplio consenso respecto al carácter anticonstitucional de la ley ZEDE. Esto se debe a que el Decreto No. 123-2011 publicado el 23 de agosto del 2011 en La Gaceta aprueba la reforma constitucional con el objetivo de impulsar la primera versión de las ciudades modelos, conocida como Regiones Especiales de Desarrollo (RED) (Estatuto Constitucional de las Regiones Especiales de Desarrollo, 2011). Posteriormente, en 2012, la sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucionales a las RED debido a que el decreto les delegaba facultades exclusivas del Congreso Nacional, permitiéndoles emitir su propia normativa legal (Ortega, 2020). Sin embargo, luego del convencimiento de que Honduras necesitaba una zona libre de *viejas leyes y normas*, el Congreso Nacional aprobó en enero del 2013 la nueva ley ZEDE.

La aprobación de la ley resultó en la transferencia de diversas atribuciones estatales del Congreso hondureño a las ZEDE. Entre estas atribuciones se incluyen “legislar, establecer convenios internacionales, diseñar sus propias políticas de salud, educación, trabajo, moneda, finanzas, hacienda pública, presupuesto, recaudación de impuestos, inclusión de otras tradiciones y derechos

distintos al nacional, generar su propia jurisdicción y estructura para impartir justicia, seguridad interior, etc.” (García Rodríguez, 2018, p. 13). Estas facultades se transfirieron al Secretario Técnico, que reúne bajo su mandato los tres poderes y un consejo superior de 28 personas incluyendo extranjeros en el Consejo de Adopción de Mejores Prácticas (CAMP).

No obstante, la derogación de la ley no bastó para frenar el avance de las transnacionales sobre el territorio hondureño. De hecho, gobiernos posteriores al golpe de estado del 2009 han firmado una serie de acuerdos y tratados que obedecían a una lógica de libre mercado y que, por tal motivo, la República de Honduras fue demandada ante tribunales arbitrales.

La serie de demandas ante tribunales arbitrales son legítimas ya que Honduras cuenta con cuatro vías jurídicas que son parte de la arquitectura jurídica internacional que permiten a los inversores extranjeros demandar al Estado hondureño: ocho TBI, doce TLC –incluyendo el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR)–, la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones de 2011 y los contratos celebrados por el Estado con inversionistas extranjeros y nacionales (TNI et al., 2024).

Como mencionamos con anterioridad, además de las leyes nacionales de promoción de inversiones, el Estado hondureño ha firmado estos instrumentos internacionales jurídicos vinculantes, garantizando derechos extraordinarios a las empresas transnacionales. Por ende, mientras la Ley ZEDE se debatía y se ratificaba, ya existía un blindaje jurídico con normas a nivel internacional que proporcionaba a los inversores extranjeros la posibilidad de demandar al Estado hondureño si éste deroga o modifica dicha ley.

ATRIBUTOS DE ESTATIDAD DE ZEDE PRÓSPERA

En este apartado retomamos los atributos de estatidad propuestos por Oszlak (1997) que respaldan o no la idea de que las ZEDE son efectivamente un *micro-estado*. Según Oszlak (1997), la estatidad supone la adquisición de una serie de propiedades por parte de una entidad en formación, particularmente de un Estado-nación. Estas

son: la externalización del poder, la institucionalización de la autoridad, capacidad de diferenciar su control y la capacidad de reforzar una identidad nacional.

En primer lugar, la externalización del poder implica la capacidad de un Estado de ejercer el control y la autoridad sobre un territorio y su población. Se refiere a la monopolización legítima de la violencia y la capacidad de hacer cumplir las leyes y el orden. La dominación incluye la capacidad de imponer decisiones vinculantes y sancionar a quienes las infringen. En este punto las ZEDE tienen sus propias autoridades, regulaciones y hasta sistemas de seguridad y justicia independientes. Esto implica que el Estado hondureño no ejerce un control directo sobre estas áreas, lo que podría verse como una reducción de su capacidad de dominación, ya que delega funciones soberanas tradicionales hacia actores privados o semiprivados mediante la Ley ZEDE y el Acuerdo de Estabilidad Legal y Protección del Inversor.

En segundo lugar, la institucionalización de la autoridad hace referencia al monopolio del uso de la coerción dentro del territorio. Este atributo destaca la necesidad de que el poder del Estado se institucionalice, es decir, que esté regulado por normas, leyes y procedimientos establecidos. La institucionalización implica la creación de una estructura burocrática formal que funcione de manera predecible y que no dependa de voluntades personales o situaciones *ad hoc*. Aunque las ZEDE operan bajo un marco legal aprobado por el Estado hondureño, sus propias reglas y regulaciones pueden divergir significativamente. Esto puede generar una fragmentación institucional, donde existen diferentes normas, procedimientos y estructuras dentro del mismo país. En lugar de fortalecer las instituciones estatales, las ZEDE tienden a crear una institucionalización paralela, lo cual puede debilitar la cohesión institucional nacional y generar tensiones en la aplicación de normas a nivel del Estado. En el caso de Próspera, existe una construcción de lo *burocrático* y de instituciones del Estado como atribuciones negativas, ofreciendo a futuros inversores una “reciprocidad normativa universal”, en donde las regulaciones son aplicadas por *aseguradoras privadas*

competitivas.⁴ Además, se diferencian de estas instituciones y de la *burocracia* mediante una normativa *óptima* para que las empresas propongan mejoras al Consejo Rector de Próspera y, si el consejo lo aprueba, el nuevo marco regulador formará parte del “menú de opciones” para cualquier otra empresa que opere en el mismo sector. Asimismo, cuenta con el Centro de Arbitraje Próspera (PAC, según sus siglas en inglés) el cual, según su portal web, busca fortalecer el Estado de Derecho en América Latina y a nivel mundial mediante la Resolución Alternativa de Disputas, realizando esfuerzos educativos para evidenciar sus innumerables beneficios.⁵ En su misión retoman la idea de que la Resolución Alternativa de Disputas estimula el “desarrollo socioeconómico en Honduras en particular y en América Latina en general”. No solo se dirigen hacia empresas, sino a posibles socios políticos “comprometidos con liberar el potencial de su pueblo”. Destacan que la “Plataforma Próspera” – así se refieren al proyecto en la Isla Roatán– impulsa el desarrollo de nuevas ciudades dentro de Zonas Económicas Especiales *bien* gobernadas, ancladas en principios del libre mercado. De esta forma, no cumpliría explícitamente con una institucionalización ya que el Centro de Arbitraje Próspera corresponde a un tribunal *ad hoc*, no permanente, que se rige con las mismas iniciativas que un centro de arbitraje internacional.

En tercer lugar, la diferenciación del control, extraer recursos fiscales de la sociedad y desarrollar empleados públicos se refiere a la capacidad del Estado para llegar a todo el territorio que gobierna y a todas las capas de la sociedad. Un Estado funcional, según Oszlak (1997), debe poder imponer su presencia y asegurar la implementación de sus políticas en todas las regiones, incluyendo aquellas más alejadas o marginadas. En el caso hondureño, se puede traducir en una reducción de la capacidad del Estado para hacer cumplir leyes y políticas nacionales en estos territorios, lo que pone en duda su capacidad de penetración territorial en las ZEDE, produciendo una

4. Para mayor información véase: Una plataforma de gobierno. Dos tipos de residencia. <https://ePróspera.hn/es/residency>

5 Para mayor información, véase: Próspera Arbitration Center. About Us. <https://pac.hn/about-us-2/>

fragmentación no solo institucional sino también territorial (Roux y Geglia, 2019). En relación a ZEDE Próspera, su objetivo final no sería desarrollar empleados públicos ni llegar a todo el territorio que *gobierna* y a todas las capas de la sociedad. Como mencionamos con anterioridad, el interés del capital es expandirse y poder acumular la mayor ganancia posible mediante la posesión de territorio, que no tendría lugar sin la administración estatal (Bonnet, 2011).

Finalmente, en cuarto lugar, la capacidad de reforzar una identidad nacional para ser reconocido como legítimo por la población que gobierna. Este atributo implica que el poder del Estado sea percibido como justo y aceptado por sus ciudadanos, lo cual se obtiene a través de procesos democráticos, la satisfacción de las necesidades sociales y la protección de los derechos fundamentales. La legitimidad de las ZEDE ha sido objeto de debate tanto en Honduras como a nivel internacional. Por un lado, los promotores de las ZEDE argumentan que estas zonas pueden atraer inversiones y generar empleo, lo que podría mejorar la percepción de legitimidad en términos económicos. Sin embargo, muchas comunidades locales y sectores políticos han cuestionado la legitimidad de estas zonas,⁶ ya que perciben que se entregan aspectos fundamentales de la soberanía a intereses extranjeros o privados, sin que haya habido un consenso popular claro. En cuanto a Próspera, en su página web figuran testimonios de personas que viven o, más bien, trabajan en ZEDE Próspera, en donde el sentido de pertenencia no se relaciona a una identidad *nacional*, más bien es una identidad orientada a los beneficios económicos de vivir allí como la generación de empleos, las posibilidades de inversión, de desarrollo y de innovación.⁷

EL ESTADO HONDUREÑO COMO GARANTE ÚLTIMO DE PRÓSPERA

A pesar de tener ciertos atributos de estatidad, nombrados en el apartado anterior, consideramos que la demanda de Próspera en el CIADI

6 Para mayor información véase: Jorge Burgos (2021). Honduras: Movilizaciones contra las ZEDES en Roatán y Tegucigalpa, Criterio <https://criterio.hn/honduras-movilizaciones-contra-las-zedes-en-roatan-y-tegucigalpa/>

7 Para mayor información, véase: Próspera testimonials. <https://es.Próspera.co/en/testimonials>

demuestra el carácter garantista del Estado hondureño en defensa del capital extranjero. Históricamente, los inversores extranjeros reclaman *seguridad jurídica* con el fin de garantizar su inversión y, por ende, su ganancia. Lo novedoso en esta interacción es que, explica Ghiotto (2013), el neoliberalismo cristalizó un nuevo momento en donde el comando capital-dinero se expresa en una legalidad modificada, a favor del capital. Esta nueva legislación tomó cuerpo en un nuevo andamiaje jurídico internacional, que comenzó a operar masivamente a escala global a partir de los años 90s.

En este contexto, comienza a surgir la *nueva lex mercatoria*. Particularmente en América Latina y el Caribe, la protección a las inversiones comienza a partir del entendimiento de que la llegada de capitales extranjeros provocaría el desarrollo y el crecimiento económico (Ghiotto, 2013). La lógica que está detrás es que la llegada de capitales puede compensar el déficit en el ahorro nacional, permitiendo el financiamiento de la actividad económica y aportando divisas, generando crecimiento económica, además de que el libre flujo de estos capitales ayudaría a modernizar las economías mediante el uso de nuevas tecnologías, aumentando la competitividad y la eficiencia (Ghiotto, 2013). Quizás resulte familiar esta lógica detrás del mensaje que intenta establecer ZEDE Próspera como “semilla” de la prosperidad, del desarrollo económico y de la generación de empleos.

Como señalamos anteriormente, Próspera demanda a la República de Honduras ante el CIADI invocando el CAFTA-DR. Este TLC contempla el capítulo 10 que incorpora el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado mediante tribunales arbitrales, como el CIADI. Lo particular de este centro de arbitraje es que opera dentro de la esfera del Grupo del Banco Mundial, aunque se trata de una organización autónoma. Además, a partir de la entrada en vigencia del CIADI, las empresas transnacionales se vuelven sujeto de derecho internacional, teniendo la posibilidad de demandar a los Estados a nivel internacional, cristalizando jurídicamente la búsqueda de *seguridad* por parte del capital (Ghiotto, 2013).

Este andamiaje jurídico internacional representa un gran condicionamiento a la capacidad soberana del Estado hondureño, el cual se ve reforzado con las legislaciones nacionales que también

él mismo garantizó. Independientemente del éxito o fracaso de las inversiones, el Estado interviene para asegurar que los intereses de capital sean protegidos más allá de los cambios políticos. De esta manera, el Estado ajusta sus estrategias para favorecer condiciones que benefician a los inversores. Es así como las ZEDE, a pesar de tener ciertos atributos de estatidad, fueron diseñadas para operar bajo lógicas de mercado en donde se garantiza la acumulación de capital. Aunque parezca que hay un “repliegue completo” del Estado, el mismo tiene un papel central y activo en la desregulación del mercado y la protección de las inversiones.

REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este capítulo, aportamos al debate alrededor de las ZEDE y sus atributos de estatidad retomando el caso de ZEDE Próspera. Argumentamos que, por un lado, las ZEDE funcionan como mercados con atributos de estatidad pero, por otro lado, es el propio Estado hondureño el que garantiza la permanencia y propagación del capital en su territorio.

De esta forma, existe una compleja interacción entre el Estado y el mercado, donde el primero no actúa simplemente como un espectador, sino que se configura como un garante del capital. A través de la legislación y el desmantelamiento de normativas de protección, los Estados buscan atraer inversiones en un contexto de competencia internacional. Esta dinámica se refleja en la creación de Zonas Económicas Especiales, que ilustran una nueva geografía del poder, donde la soberanía estatal se ve reconfigurada por las exigencias del capital global. Las propuestas como las de Paul Romer, que sugieren delegar responsabilidades estatales a entornos más flexibles y orientados al mercado, enfatizan una visión donde el Estado es percibido como un obstáculo. En este marco, surge una tensión entre la soberanía y las exigencias del capital, planteando interrogantes sobre la naturaleza del poder estatal en un mundo globalizado.

Al entenderse a las ZEDE como un *micro-estado*, particularmente desde el oficialismo hondureño, se desplaza la responsabilidad del Estado hacia el capital extranjero, sin reconocer que es el

propio Estado quien legitimó e impartió leyes nacionales y la firma de acuerdos internacionales, anteriores al golpe de Estado del 2009. No obstante, existió una aceleración luego del 2009 que facilitó la idea de “ciudades modelo” como viable y legítima. Dentro de esta legitimidad, también se reforzaron las ideas de *crecimiento*, *desarrollo* y *generación de empleo* en donde las inversiones extranjeras, históricamente, han ocupado un rol central como *salvadores* de las economías *subdesarrolladas*.

En este punto, las terminologías para referirse a las ZEDE aún no han sido lo suficientemente analizadas desde diferentes campos de estudio con el fin de entender las implicancias e impactos de las ZEDE no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional. Adicionalmente, identificamos que, hasta el momento, no se abordaron los impactos socioambientales de las ZEDE desde un análisis interseccional, particularmente, explorando la dinámica de acumulación por desposesión (Harvey, 2004) en relación a la privatización de territorios y, por ende, de bienes comunes para la generación y acumulación del capital. En relación a este análisis, resultaría interesante incorporar otras líneas de investigación que partan desde los aportes de la ecología política latinoamericana para comprender mediante una perspectiva decolonial está lógica *neo-colonial* de apropiación y explotación de bienes comunes.

BIBLIOGRAFÍA

Bieler, Andreas y Morton, Adam D. (2006). A critical theory route to hegemony, world order and historical change: neo-Gramscian perspectives in International Relations. *Capital & Class*, 28(1), 85-113 <https://doi.org/10.1177/030981680408200106>

Bonnet, Alberto (2011). Las relaciones entre estado y mercado: ¿un juego de suma cero?. En Alberto Bonnet (comp.), *El país invisible: debates sobre la Argentina reciente*. Buenos Aires: Peña Lillo-Ediciones Continente.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (29 de febrero 2024). Honduras denuncia el Convenio del CIADI. Comunicados CIADI. <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/>

[honduras-denuncia-el-convenio-del-ciadi](#)

Escobar, Rubén (10 de marzo de 2023). ¿Qué ha pasado con las ZEDE en Honduras y cuál es su estatus? *Cespad*. <https://cespad.org/hn/que-ha-pasado-con-las-zede-en-honduras-y-cual-es-su-estatus/>

Estatuto Constitucional de las Regiones Especiales de Desarrollo (RED). (2011). Tribunal Superior de Cuentas. [https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Estatuto%20Constitucional%20de%20las%20Regiones%20Especiales%20de%20Desarrollo%20\(RED\).pdf](https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Estatuto%20Constitucional%20de%20las%20Regiones%20Especiales%20de%20Desarrollo%20(RED).pdf)

García Rodríguez, Fernando (2018). Ciudades burbuja: Análisis Político-Jurídico de la Legislación de las Zonas de Empleo y Desarrollo Económico (ZEDE) en Honduras. *ANÁLISIS*, (9). <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/fesamcentral/16510.pdf>

Ghiotto, Luciana (2013). Los tratados bilaterales de inversión y la protección a las inversiones: un análisis del caso argentino. En Julián Kan y Rodrigo Pascual (comps.), *Integrados(?): debates sobre las relaciones internacionales y la integración regional latinoamericana y europea*. Buenos Aires: Ediciones Imago Mundi.

Global Witness (2018). *¿A qué precio?: negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente en 2017*. <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/a-qu%C3%A9-precio/>

Harvey, David (2004). La acumulación por desposesión. En *El nuevo imperialismo*. Madrid: Ediciones Akal.

Ortega, Ana (2020). Honduras: ¿Fin o reconfiguración del Estado nacional? Un análisis de las Zonas de Empleo y Desarrollo (ZEDE). En Clara Arenas et al. (eds.), *Políticas encadenantes: sobre cuerpos y violencias en Centroamérica*. Buenos Aires: CLACSO. <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20200423052807/Políticas-encadenantes.pdf>

Oszlak, Oscar (1997). Lineamientos conceptuales e históricos. En *La formación del Estado argentino: orden, progreso y organización nacional*. Barcelona: Editorial Planeta.

Palma Herrera, José Luis (2019). El regreso de los enclaves a honduras en el siglo XXI: las zonas de empleo y desarrollo económico (ZEDE); la versión de las ciudades chárter rechazada por su creador Paul Romer (2010-2019). *Anuario de Estudios Centroamericanos*, 45,

133–149. <http://dx.doi.org/10.15517/aeca.v45i0.40696>

Prospera (s.f.). Testimonials. <https://es.prospera.co/en/testimonials>

Roux, Hélène y Geglia, Beth (2019). ¿Excepción o continuidad? Nuevos enclaves: poder e infraestructura en Honduras. *Iztapalapa*, 87, 17-43. <http://dx.doi.org/10.28928/ri/872019/atc1/rouxh/gegliae>

Sassen, Saskia (1996). *Losing control?: sovereignty in an age of globalization*. New York: Columbia University Press.

TED Global. 2009. Paul Romer: Why the world needs charter cities. https://www.ted.com/talks/paul_romer_why_the_world_needs_charter_cities/transcript?subtitle=en&lng=es&geo=es&language=es

Transnational Institute (TNI) et al. (2024). Inversiones mafiosas contra Honduras: demandas de empresas transnacionales y la lucha por la democracia y la dignidad del pueblo hondureño. <https://isds-americalatina.org/honduras/>

Zubizarreta, Juan Hernández (2016). El tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales. *Dossieres*, (22), 30-33. <https://ekoizpen-zientifikoa.ehu.eus/documentos/5eccf6d129995207b7dc0146>

COMENTARIOS AL ARTÍCULO “MICRO-ESTATALIDAD: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO HONDUREÑO EN LAS GARANTÍAS DE LAS ZONAS DE EMPLEO Y DESARROLLO ECONÓMICO” DE FIORELLA RICAGNO Y PALOMA MILÁ

Julián Kan

El análisis de las Zonas de Empleo y Desarrollo Económico (ZEDE) en Honduras, en este caso Próspera en la Isla Roatán, constituye un campo muy fértil para analizar las aristas de la relación entre estado y mercado que atravesamos durante las últimas décadas del reciente orden económico y político internacional atravesado por el proceso de internacionalización/mundialización económica más conocido como “globalización”. En consecuencia, este trabajo es un aporte para pensar el rol del estado actual, sus reglas, normativas y las modalidades específicas que va adquiriendo ante los cambios económicos y políticos internacionales, así como también ante los cambios de las correlaciones de fuerza en el orden político doméstico. Nos referimos con esto último, por ejemplo, a la sanción de esta ley en 2013 y a la derogación de la misma en 2022, producto de cambios políticos internos en Honduras.

No puedo dejar de reconocer que la primera idea que me surgió al leer el resumen del tema, fue una de las descartadas al comienzo del texto como posible variable de análisis, me refiero a la comparación con las “tradicionales” economías de enclave que

tuvieron lugar en la región, particularmente en América Central pero no sólo en ella.¹ Se comentan algunas interpretaciones sobre las ZEDE como posibles nuevos enclaves, y no descartaría en su totalidad el uso de esta perspectiva, que puede dialogar con el análisis realizado. No sé si las ZEDES son las nuevas formas de enclave del siglo XXI, pero esa maraña legal donde se yuxtaponen regulaciones, legalidades y cierta autonomía aún otorgada por el Estado nacional, puede tener similitudes con aquella denominación de “áreas” o “economías de enclave”. Claro que, en las experiencias anteriores, predominaba la inversión extranjera en la extracción de recursos del suelo, mientras que las modalidades de inversión actual las sobrepasan, puede ser ensambladoras industriales, pueden ser inversiones en turismo, servicios, o actividades extractivas también.

En primer lugar, quiero destacar que el capítulo hace hincapié, considero en forma pertinente, a que la sanción de esta ley ZEDE y de la demanda posterior de la empresa Próspera hacia el estado hondureño por la derogación de la ley, se encuentran en la maraña jurídica conocida como “lex mercatoria” dentro del orden internacional actual. Esta perspectiva engloba esta situación donde una empresa extranjera demanda al estado nacional hondureño ante un organismo internacional dependiente del Banco Mundial como el CIADI, a partir de la utilización de los mecanismos de solución de controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, República Dominicana y América Central (CAFTA-DR por sus siglas en inglés), y de una inversión realizada ante el amparo de una ley nacional que favorece la inversión extranjera, como fue la ley ZEDE.

En segundo lugar, hay que destacar que, además de caracterizar esta situación bajo el análisis de la “lex mercatoria”, la principal fortaleza de este análisis de la ZEDE en Honduras es la búsqueda de

1 Aldo Ferrer identificaba, siguiendo a la CEPAL, el concepto de “enclave exportador”, que desvinculaba a la sociedad del conjunto de la economía, donde su progreso técnico solamente penetraba en el sector que comerciaba en el mercado mundial. También Fernando Cardoso y Enzo Faletto interpretaron los enclaves como economías que se gestaron en la región, insertas en el “mercado mundial a través de la producción obtenida por núcleos de actividades primarias controlados en forma directa desde afuera”. Estas actividades, así como su control y las condiciones en las cuales sucedieron se dieron de diferentes formas, con efectos sociales y políticos distintos desde su expansión inicial.

una conceptualización, de cómo pensar y caracterizar estos novedosos espacios. En esta perspectiva, el argumento central del capítulo es discutir la caracterización de las ZEDE como "microestados", adjetivo utilizado por parte del actual gobierno de Xiomara Castro para identificar este tipo de espacios cuando impulsó, en abril de 2022, que el congreso derogase la ley. El capítulo propone un abordaje desde la Economía Política Internacional crítica dando cuenta que la relación entre el estado y el mercado es la manifestación de dos elementos (uno político y otro económico) que son parte constitutivos de la misma relación social capitalista. Por ende, las funciones de estatalidad son entendidas como garantes de la acumulación de capital, en tanto son parte de una misma relación. En esta dirección, las ZEDE no serían ni una delegación del estado al mercado, ni un estado reducido, menguado o disminuido, en suma, no entraría dentro de la categoría de un "microestado". Por el contrario, fue el estado hondureño quién concedió mediante su legislación esa forma particular que las ZEDE habilitan a que empresas se apropien de territorios y recursos con modalidades y regulaciones específicas para garantizar la acumulación de capital. Entonces, el trabajo busca demostrar esta argumentación. Puede ser útil darle mayor lugar a una comparación con las anteriores leyes que incentivaron la inversión extranjera en Honduras, como las Zonas Libres (ZOLI), las Zonas Industriales de Procesamiento (ZIP) o la Ley de Zonas Libres Turísticas (LZTL), para evidenciar rupturas y continuidades hasta llegar a las ZEDE.

Otra virtud de este capítulo es que el análisis recupera la perspectiva de Oscar Oszlak, quizás el mayor referente de los estudios sobre la formación de los estados nacionales modernos en América Latina desde una perspectiva que dialoga con la planteada aquí. ¿Por qué? Porque este autor, cuando habla de la consolidación del estado moderno y de sus mecanismos de estatalidad, lo hace en relación a una forma estado que tiene que ver con la sociedad de mercado, y no con cualquier otra forma de estatalidad preexistente, aun cuando hay elementos que vienen de formas pretéritas. Entonces, Oszlak hace referencia a la vinculación del elemento político con el económico en la consolidación de esta forma estatal. Este trabajo analiza los cuatro elementos de estatalidad trabajados

por el autor, tales como la capacidad de manifestar y externalizar su poder, el monopolio y el uso de la coerción dentro del territorio, la capacidad de diferenciar su control mediante la creación de mecanismos fiscales y, por último, la capacidad de reforzar una identidad nacional. El análisis de estas dimensiones para el caso de la ZEDE es pertinente, si bien todavía se pueden profundizar algunos de ellos con un mayor análisis.

Por ejemplo, señalamos una posibilidad para profundizar el análisis que tiene que ver con el primer elemento de estatidad, que a diferencia de los tres restantes elementos es el que más se acerca a la idea de un microestado o un “estado dentro del estado” mientras que el análisis de los otros elementos lo desestiman. En relación a este primer elemento, se podría incorporar la otra arista que Oszlak le otorga a la externalidad del poder. Esta radica en el reconocimiento de ese poder estatal, pero desde afuera, es decir, por los otros estados o por el sistema internacional de estados, es decir, el reconocimiento externo de la soberanía. Justamente al no haber ningún reconocimiento de legitimidad desde afuera, sería difícil pensar en atributos de autoridad estatal en su totalidad, lo que, en consecuencia, invalida pensar las zonas ZEDE como un espacio de microestado o de algún tipo de estatalidad distinta al estado nacional hondureño. Esto le daría mayor robustez al argumento esbozado en este trabajo desde la perspectiva *oszlakeana*.

Ahora bien, así como el trabajo presenta bajo la perspectiva de Oszlak un elemento que acerca a las ZEDE a la idea de microestado pero otros elementos que no, y por ende se desestima esta perspectiva de pensarlas como un microestado, el análisis realizado nos permite encontrarnos en una situación muy específica, de difícil ordenamiento, una especie de maraña, donde se yuxtaponen el desarrollo de legalidades, normativas, si bien otorgadas por el estado nacional, pero a la vez en algunos casos autonomizadas de aquél, creando regulaciones, autoridades y un sistema de justicia independiente. Creo que en esta complejidad difícil de desentrañar se mueve la singularidad del caso hondureño. Una pregunta que surge es si este ejemplo de las ZEDE puede extenderse hacia una situación más general en la región como resultado de los vaivenes

de la relación estado-mercado en el contexto actual de la arquitectura jurídica internacional denominada "lex mercatoria". Para ello pueden ser convenientes los estudios comparativos con otras legislaciones de inversión, de zonas francas, de paraísos fiscales, entre otras formas.

En suma, el capítulo deja en evidencia que no podemos pensar a la ZEDE y a las acciones de la empresa Próspera en la Isla de Roatán como un "microestado" o un estado dentro del estado bien definido, delimitado, pero también como ya observamos, permite captar las modalidades específicas, aquellas "marañas" o esas posibles nuevas formas de "enclave del siglo XXI", desarrolladas dentro de las dimensiones económica y política en el contexto actual de mundialización y globalización económica.

ARBITRAJE TRANSNACIONAL INVERSOR-ESTADO COMO ÚLTIMA FASE DEL DERECHO EXTRACTIVISTA

ECO ORO, RED EAGLE Y MONTAUK METALS CONTRA EL AGUA Y SANTURBÁN-COLOMBIA

Juan Camilo Sarmiento Lobo

INTRODUCCIÓN

El planeta atraviesa una crisis ambiental sin precedentes ocasionada por la civilización moderna capitalista, la cual se piensa ajena y superior a la naturaleza. Entonces, se relega la naturaleza a una canasta de “recursos naturales” a explotar para mantener un “desarrollo sostenible”, basado en el crecimiento y acumulación ilimitados, en un planeta con claros límites naturales. Según el estudio “La Tierra más allá de seis de los nueve límites planetarios” elaborado por el Centro de Resiliencia de la Universidad de Estocolmo (Richardson et al, 2023), existen nueve límites planetarios cuya superación generaría un desequilibrio natural que amenaza la supervivencia en la tierra, estos son: 1) cambio climático, 2) cambio del ciclo del agua, 3) pérdida de biodiversidad, 4) cambio de los ciclos de fósforo y nitrógeno, 5) cambio en los usos del suelo, 6) contaminación química, 7) carga de aerosoles atmosféricos, 8) acidificación de los océanos, y 9) reducción de la capa de ozono.

Según este estudio, la civilización moderna capitalista ya ha sobrepasado los seis primeros límites, lo cual nos acerca a un colapso planetario. El cambio climático es el límite más conocido por su potencial aceleración, ocasionada por la deforestación y la explotación masiva de combustibles fósiles y también por sus enormes riesgos, que según el Panel Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC) (2019), conlleva a la extinción de la biodiversidad, al estrés hídrico, episodios meteorológicos extremos y a consecuentes afectaciones a la salud humana, a la alimentación, al acceso al agua y a la vida.

Bajo esta crisis planetaria, las elites dominantes y sus empresas transnacionales han impuesto una serie de normas, que proponemos denominar “Derecho extractivista”, las cuales recrudescen el despojo contra los territorios y comunidades del sur global, perpetuando las violencias e injusticias ambientales y agotando las “fuentes de vida”, palabras del pueblo Inga de Aponte (Carmen Gómez Chasoy, comunicación personal, 2023) para referirse al agua, las plantas, el aire, la tierra, las montañas, los animales, los humanos, etc.

Este es el caso de tres empresas transnacionales mineras canadienses quienes, haciendo uso de su estructura jurídica extractivista, desde 2010 invadieron el páramo, los bosques y ríos de Santurbán, un socioecosistema andino-amazónico vital para el abastecimiento de agua de alrededor de tres millones de personas y diversas formas de vida en Colombia y Venezuela, pero también esencial para la regulación climática, pues sus suelos retienen carbono, mitigando el efecto invernadero que ocasiona el Cambio Climático global (Vasquez y Buitrago, 2011, pp. 186-190).

La llegada de estas transnacionales mineras dio origen a una lucha emblemática por la defensa del territorio, organizada en el Comité para la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán, la cual ha impedido que las transnacionales obtengan licencias ambientales para llevar sus proyectos mineros a fase de explotación. Pero la estrategia de las empresas no ha sido únicamente explotar los territorios, pues revelaron otro instrumento jurídico de despojo, al cual proponemos denominar arbitraje transnacional inversor-Estado, que consiste en este caso en un sistema de arbitraje que está

por encima de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales de derecho ambiental y de los derechos humanos, a la medida de las empresas transnacionales extractivistas.

Es así como el presente artículo, a partir de la lucha territorial por la defensa del agua y Santurbán, presentará en primer lugar el rol del arbitraje transnacional inversor-Estado dentro del “derecho extractivista”, el cual está compuesto por instrumentos y normas minero-energéticas, como el código de minas colombiano y algunos instrumentos. Medio/Ambientales¹ como la figura de delimitación de páramos, que segmenta por la mitad a las montañas. En segundo lugar, se revelarán las violencias que encarna el arbitraje transnacional contra los territorios, el agua y la vida, aun cuando los tribunales no acceden a las pretensiones de saqueo de estas empresas. Y finalmente se realizará un análisis crítico-estratégico de las consideraciones jurídicas de los laudos arbitrales contra Santurbán.

EL ROL DEL ARBITRAJE TRANSNACIONAL INVERSOR-ESTADO DENTRO DEL DERECHO EXTRACTIVISTA

Se puede definir al derecho extractivista como la estructura de instituciones y normas jurídicas que sostiene y encubre las prácticas bioetnocidas de agotamiento de las fuentes vitales y de exterminio de las ontologías en armonía con la madre tierra, para el flujo y la apropiación engañosa de materia-energía viva, cuerpos, trabajo, experiencias y saberes. Esto se mueve desde un territorio sacrificado hacia centros de acumulación y de sobreestimulación de los grupos sociales dominantes, en función de la reproducción del capital, es decir, en contra de la revitalización de la tierra y la vida digna.²

En el caso de la lucha territorial por la defensa del agua y Santurbán, la estructura jurídica extractivista está compuesta por un engranaje Minero-Energético formalizado principalmente en el

1 Esta división Medio/Ambiental es propia de la lógica Cartesiana (1637) de segmentación hombre-materia, que según Gregorio Mesa (2019, p. 177) siempre verá a la madre tierra como “algo que carece de la otra mitad” convirtiéndola en “el ‘instrumento’ para o mediante el cual el ser humano satisface sus intereses sin consideración sobre lo demás”

2 Se articulan las ideas de Ramón Grosfoguel (2016), Leanne Simpson (2017) y Renán Vega (2014) acerca de las formas y dinámicas que adopta el extractivismo

código de minas y otro engranaje Medio/Ambiental formalizado principalmente en las leyes de delimitación de páramos. Estas normas quitan vida a la tierra y sus comunidades, al relegarlas a ‘recursos naturales renovables y no renovables’ destinados a la ‘explotación, aprovechamiento y manejo’, legalizando así la explotación y el saqueo territorial.

El arbitraje transnacional inversor-Estado aparece como parte de un tercer engranaje, plenamente ensamblado dentro de la estructura jurídica extractivista, operando como un último eslabón que crea un sistema judicial totalmente bajo el control de las elites globales, sus organismos del capitalismo financiero y sus empresas transnacionales extractivistas.

En este caso el extractivismo encuentra otra forma de flujo: no solamente es el flujo de minerales por explotación territorial (extractivismo minero-energético), o de territorios reducidos a títulos financieros (extractivismo medio/ambiental), sino también el flujo de finanzas públicas desde Estados del sur global hacia empresas extractivistas, empresas de abogados, y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). El flujo se da a través de transacciones bancarias mediadas por laudos arbitrales y contratos de representación jurídica (que aquí llamamos extractivismo leguleyo).

El arbitraje transnacional se formaliza a través del convenio del CIADI (1966) que contiene al menos 3 dispositivos que sostienen al despojo extractivista:

El primero es la ‘unilateralidad vertical’ dispuesta en su artículo 25, es decir, solamente las empresas “inversoras” pueden demandar a los Estados donde se están llevando a cabo sus proyectos extractivistas, el único requisito es que los Estados hayan declarado la voluntad de someterse a este tribunal, lo cual ocurre dentro de la mayoría de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

El segundo es la ‘puerta giratoria CIADI-empresas de abogados’, esta puerta se abre en los artículos 3 al 16, los cuales establecen la conformación de la estructura interna del CIADI como el presidente, el consejo administrativo, el secretariado y la lista de conciliadores y árbitros. Estos artículos no incorporan una prohibición contra las prácticas de “puerta giratoria”, es decir, los árbitros de estos tribunales pueden haber hecho parte de empresas

de abogados que representan a las empresas extractivistas o a los Estados, y viceversa, incluso el artículo 21 les otorga inmunidad judicial. De esta forma se genera otro “portafolio” de negocios e impunidad a costa de los territorios y comunidades sacrificadas.

El tercero es el ‘flujo financiero hacia el CIADI’, dispuesto en los artículos 17, 59, 60 y 61. Estos artículos establecen la financiación del organismo a través de las costas de procesos, las cuales son fijadas por los tribunales en sus sentencias, obligando su pago a los Estados demandados. Es decir, el CIADI como tribunal de arbitraje transnacional, hecho a la medida de las empresas extractivistas, en sí mismo es un negocio redondo bastante vergonzoso, pues sus funcionarios se financian a través de los pagos procesales a los que son obligados los estados, cuyas comunidades y territorios son exterminadas y despojadas por los proyectos extractivistas.

Respecto a los Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII), la mayoría de los Tratados de Libre Comercio (TLC) y Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), impuestos desde los Estados del norte a los del sur global, presentan al menos dos dispositivos de la estructura jurídica extractivista. Estos dispositivos han sido utilizados por las empresas mineras en su invasión e intento de explotación del páramo de Santurbán:

El primero es la “Expropiación indirecta”, dispuesto en el Artículo 811 del TLC Canadá-Colombia. Este implica que las políticas y medidas implementadas que afecten las ganancias de las empresas pueden entenderse como expropiación contra ellas, y por lo tanto generar una obligación de indemnización, lo cual ha acreditado a las empresas extractivistas para demandar al Estado colombiano, argumentando que las medidas de protección ambiental establecidas por Colombia provocaron una pérdida de las ganancias que pretendían obtener con la explotación minera.

El segundo es el “trato justo y equitativo”, dispuesto en el Artículo 805 del TLC Canadá-Colombia. Consiste en obligar a los Estados a cumplir un estándar de “trato mínimo” frente a sus megaproyectos transnacionales. Este dispositivo es más perverso, pues manipulando las ideas de lo justo y equitativo, equiparan sus proyectos de grandes impactos ambientales, con las actividades

culturales productivas de bajo impacto que realizan las comunidades indígenas, campesinas y negras, cuando el Estado adopta medidas de protección ambiental con enfoque diferencial para dichas comunidades.

OBJETIVOS DEL ARBITRAJE TRANSNACIONAL INVERSOR-ESTADO CONTRA LA MADRE TIERRA Y SUS COMUNIDADES REVITALIZADORAS DEL TERRITORIO

El arbitraje transnacional inversor-Estado tiene tres objetivos principales: 1) paralizar al ambientalismo popular, planteado por Gregorio Mesa Cuadros (2018) como el conjunto de acciones y propuestas que sociedades, comunidades y pueblos ejercen como formas legítimas de justicia ambiental para resistir y defender el territorio y, en este caso, para construir instituciones de protección ambiental en favor de los territorios y sus comunidades; 2) chantajear a los Estados para que, en favor de sus intereses de explotación, incumplan y desregulen las normas de protección ambiental y de derechos humanos; y 3) saquear los fondos de los Estados del sur en favor de las empresas transnacionales, o en su defecto, en favor del CIADI y de las empresas de abogados que representan tanto a Estados como a las transnacionales extractivistas, configurándose un nuevo ‘portafolio de negocios’ al cual proponemos denominar “leguleyismo extractivista”.

1. Intención de paralización del ambientalismo popular

La estrategia de intento de paralización del ambientalismo popular tiene al menos dos partes, la primera se da durante el proceso de arbitraje transnacional, que inicia con la demanda presentada por las empresas transnacionales ante el CIADI u otros tribunales de arbitraje, y que culmina con el laudo arbitral. Dentro de esta temporalidad, las empresas a través de sus redes de corrupción,³ que incluyen la cooptación de actores locales, medios de comunicación y gobiernos locales y nacionales, exacerbaban las campañas de violencia contra las comunidades y movimientos ambientalistas,

3 Se hace alusión a las redes de corrupción a las que hace referencia Eduardo Gudynas (2019).

señalándolos como “enemigos del desarrollo y el progreso”, y de ser los culpables de las demandas y condenas contra los Estados.

Estas acciones hacen parte de las prácticas bioetnocidas de explotación, exterminio y despojo contra las comunidades ubicadas en la región andino-amazónica, un territorio que mantiene el agua, el clima y la biodiversidad del planeta sanos, así como a las culturas de pueblos y comunidades revitalizadoras del territorio que representan una alternativa de mundos distintos en armonía con la madre tierra, razón por la cual son criminalizados, amenazados, perseguidos y asesinados, tal como lo presenta el informe ‘Voces Silenciadas’ de Global Witness (2024).

La segunda parte del intento de paralización del ambientalismo popular se dirige a los ejercicios de incidencia política y judicial emprendidos por las luchas territoriales. Las elites extractivistas y sus empresas transnacionales pretenden bloquear estos dos campos de acción mediante la obstrucción del Estado y sus obligaciones de expedición y aplicación de políticas, normas y sentencias relacionadas con la protección ambiental y de los derechos humanos. Lo que las elites dominantes y sus empresas transnacionales extractivistas no comprenden, en su lógica cruel y destructiva, es que la voluntad de supervivencia y revitalización de la Madre Tierra es inamovible.

2.Sometimiento y desregulación de las normas ambientales y de derechos humanos

El arbitraje transnacional hace que los Estados del sur global incumplan las normas internacionales y nacionales de protección ambiental y de derechos humanos, para dar vía libre a los proyectos extractivistas transnacionales. Esto ha sido reconocido en el reciente informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho humano al ambiente sano: “tales acuerdos tienen un efecto paralizador en lo que respecta a las medidas para proteger el medio ambiente y la acción climática” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2024, pp 19).

Este efecto se encuentra registrado incluso en sentencias de la Corte Constitucional Colombiana como la C-035 de 2016, en la cual los magistrados Luis Guerrero y Alejandro Linares presentaron un salvamento de voto a la sentencia, apartándose de la medida de

protección de los páramos contra la minería, argumentando que esta podría “ser interpretada a la luz de cláusulas incorporadas en tratados celebrados y ratificados por el Estado colombiano, como una forma de expropiación indirecta que compromete la responsabilidad internacional del Estado” (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

En la lucha por la defensa del agua y Santurbán, las amenazas de presentación de demandas de arbitraje transnacional han torpedeado el cumplimiento administrativo de órdenes judiciales de las corte colombianas, como la sentencia de la “Ventanilla Minera” del Consejo de Estado, que ordena al Estado a adoptar medidas de protección contra la minería en áreas de especial importancia ambiental, o las Sentencias C-035 de 2016 y T-361 de 2017 de la Corte Constitucional, que reconocen la integralidad del páramo junto a los bosques y ríos andinos, ordenando a la administración adoptar medidas de protección sobre estos, frente a actividades mineras.

Por estas razones, la Misión Internacional “Frenemos las demandas de transnacionales” (2023) llevada a cabo en Colombia en mayo de 2013 por más de 13 organizaciones internacionales y nacionales, y las plataformas de defensa territorial Comité para la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán y la Guajira le Habla al País, determinaron que: “Esta clase de disputas e incluso la sola amenaza de instaurar la demanda ha mostrado producir un efecto disuasorio, de enfriamiento o chantaje cuya intención es la de subordinar la soberanía nacional del Estado” (p. 5). Evidenciando que este sistema hace que ciertas administraciones, parlamentos y jueces que representan el mandato ambiental y popular, deban adoptar estrategias meticulosas que demoran la urgencia de adopción de medidas para garantizar la supervivencia en la tierra.

3. Leguleyismo extractivista

El leguleyismo extractivista es parte de las diferentes prácticas del extractivismo, y se encuentra engranado al extractivismo minero-energético y medio/ambiental. Este hace referencia a las prácticas jurídicas engañosas que realizan empresas extractivistas, empresas de abogados y organismos comerciales como el CIADI, con la finalidad de apropiarse de los territorios, los componentes naturales y las finanzas públicas de Estados del sur global.

En términos económicos, el hecho de que los estados del sur aprueben los tratados internacionales como el convenio del CIADI y los APPRI que incorporan cláusulas como la “expropiación indirecta” y el “trato justo y equitativo”, implica de manera inminente el despojo de las finanzas públicas en favor de las empresas de abogados y de organismos de arbitraje.

Este saqueo inminente se evidencia en la lucha territorial en defensa de Santurbán. A pesar de la comunidad del Área Metropolitana de Bucaramanga ha logrado frenar tres proyectos extractivistas protegiendo el agua y la vida, y de que el tribunal de arbitraje no dio lugar a las pretensiones de las demandas de las transnacionales, los laudos arbitrales despojaron a Colombia de aproximadamente 12 millones de dólares (unos 50 mil millones de pesos colombianos). Este monto fue apropiado por el CIADI y las empresas de abogados y peritos que representan al Estado.

ANÁLISIS ESTRATÉGICO DE LOS LAUDOS DE ECO ORO, RED EAGLE Y MONTAUK METALS VS SANTURBÁN-COLOMBIA.

Según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia (2024), hasta marzo de 2024 se encontraban abiertos 16 procesos de arbitraje y 11 más estaban en la etapa pre arbitral. En total, las demandas pendientes ascienden a 13.5 mil millones de dólares, lo que equivale a 38 veces el presupuesto destinado en 2023 al sector ambiente en Colombia,⁴ encargado de la protección y conservación de la biorregión andino-amazónica, ‘pulmón del mundo’.

Gran parte de las empresas que demandan hacen parte del sector minero y de hidrocarburos, responsables de la crisis climática. Estas empresas, ante la imposibilidad de llevar a cabo sus proyectos de explotación sobre áreas de especial importancia para la vida, acuden al arbitraje transnacional para saquear las finanzas públicas, su intención es explotar y despojar, o demandar y saquear.

4 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia (2022). Presupuesto de inversión del sector ambiental aumenta 3% y asciende a \$1,4 billones para 2023. <https://www.minambiente.gov.co/presupuesto-de-inversion-de-sector-ambiente-aumenta-3-y-asciende-a-14-billones-para-2023>

Tal es el caso de los proyectos mineros de las empresas Eco Oro, Red Eagle y Montauk Metals, quienes en fase de exploración han causado graves daños y violencias ambientales, pues según el Comité para la defensa del Agua y el páramo de Santurbán (2022), la empresa Eco Oro no ha realizado el cierre técnico de minas, generando una contaminación con tóxicos como el mercurio, cianuro y arsénico en el agua que consumen más de 1.500.000 personas en Colombia.

Ante los inminentes daños al agua, la ciudadanía movilizada y las Sentencias C-035 de 2016 y T-361 de 2017 de la Corte Constitucional, que reconocen la integralidad del páramo junto a los bosques y ríos andinos, impidieron que estos proyectos extractivistas llevaran a cabo su etapa de explotación. Es allí cuando, pasando por encima de la jurisdicción constitucional, las empresas extractivistas demandan al Estado colombiano en el arbitraje transnacional por la suma de alrededor de 1.000 millones de dólares.

Los laudos arbitrales de estas tres transnacionales mineras se desarrollaron en un ambiente de movilización por la defensa del agua desde el Comité, quienes junto a otras comunidades y organizaciones nacionales e internacionales en el año 2022 gestaron la misión internacional “Frenemos las demandas de Transnacionales”, desde donde se han tejido acciones de educación popular e incidencia política, generando ideas y argumentos de defensa jurídica, así como una clara exigencia frente al Estado para que desmantele el arbitraje transnacional, proponiendo herramientas como la Auditoría Ciudadana a este sistema.

ECO ORO CONTRA SANTURBÁN: LAS OBLIGACIONES DE CIERRE TÉCNICO DE LA MINA Y REPARACIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES NO SON INDEMNIZABLES EN FAVOR DE LA EMPRESA

Este proceso ha sido muy conocido por, entre otras cosas, un fuerte conflicto de intereses. El proyecto de Eco Oro, empresa antes denominada Greystar, tuvo como uno de sus principales accionistas a la Corporación Financiera Internacional-CFI, entidad que junto al CIADI hacen parte de los 5 organismos que conforman al Banco Mundial. Es decir que este último impone normas, financia y juzga a la vez.

El Comité Santurbán, con el apoyo de organizaciones internacionales, presentó una queja ante la Oficina del Asesor en Cumplimiento Ombudsman-CAO, mecanismo de rendición de cuentas de la CFI, que obligó al Banco Mundial a retirar su inversión.⁵

El proceso también reveló la esencia profundamente excluyente del sistema judicial de arbitraje transnacional, pues el CIADI mediante la orden de procedimiento número 6,⁶ siguiendo el planteamiento de Eco Oro, rechazó el *amicus curiae* presentado por el Comité, negando el conflicto ambiental y respondiendo que los derechos humanos y ambientales no tienen relación con los aspectos de la controversia y que la comunidad en resistencia no tiene cabida para hablar al respecto, pues para eso está el Estado.

- Identificación del proceso

Este proceso fue registrado por el CIADI el 29 de diciembre de 2016 bajo el radicado No. ARB/16/41.⁷ En este caso el tribunal fue conformado el 11 de septiembre de 2017 por los siguientes árbitros: la británica Juliet Blanch (presidenta), escogida de común acuerdo entre las partes; el argentino Horacio A. Grigera Naón, escogido por Eco Oro; y el franco-británico Philippe Sands KC, escogido por Colombia. A diciembre de 2024, el proceso se encuentra en estudio de una solicitud de rectificación por parte de Eco Oro.

Eco Oro en su demanda alegaba un incumplimiento del Estado a los artículos 811 de “Expropiación indirecta” y 805 de “Trato Justo y Equitativo” del TLC Canadá-Colombia. Pretendía además una indemnización de 696 millones de dólares, más el 6.6% anual de intereses hasta que el tribunal proferiera el laudo e incluso después de este, lo cual, a 2024 alcanzaría un total de aproximadamente 1.100 millones de dólares.

Adicionalmente pretendía que se condenará a Colombia por la suma de más de 2 millones de dólares por concepto de la obligación

5 CIEL. Mecanismo del Banco Mundial alerta sobre proyecto minero riesgoso en Santurbán. <https://www.ciel.org/news/mecanismo-del-banco-mundial-alerta-sobre-proyecto-minero-riesgoso-en-santurban/>

6 CIADI. (2021). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños. Proceso No. ARB/16/41. http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS11930_En.pdf

7 CIADI (2016). Proceso No. ARB/16/41. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/41>

que tiene la empresa de "remediación" de los daños y contaminación generada sobre el páramo, los bosques y ríos de Santurbán

- Análisis crítico de los argumentos de la empresa transnacional

Los argumentos de Eco Oro se fundamentaron principalmente en que:

1) "Las Medidas de Colombia fueron arbitrarias, caprichosas y desproporcionadas": en este argumento la minera plantea que la delimitación del páramo de Santurbán "se llevó a cabo de manera arbitraria, desordenada y desproporcionada." (Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia, 2024, punto 565). Argumento cínico, pues la implementación de la delimitación del páramo no solo se ha visto capturada por las empresas desde su estructura jurídica, sino que, dentro del trámite, estas han incidido en los tiempos y decisiones administrativas a través de sus redes de corrupción.

2) El segundo argumento se fundamentó en que "No hubo un entorno regulatorio transparente ni predecible": la empresa hace una lista de leyes y actos administrativos, los cuales hacen parte de la misma estructura jurídica extractivista minero-energética y medio/ambiental, a la medida de sus negocios.

Adicionalmente la empresa se fundamenta en que algunas declaraciones de funcionarios públicos de los gobiernos extractivistas de Juan Manuel Santos y Álvaro Uribe le generaron expectativas. Tal es el caso de las declaraciones de Brigitte Baptiste, exdirectora del instituto 'Alexander von Humboldt', quien declaró que los límites de la delimitación de los páramos "serían similares a los del Parque de Santurbán" (Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia, 2024, punto 506).

Brigitte Baptiste, quien estuvo a cargo de la delimitación científica del páramo de Santurbán, y quien incluso fue llamada por el Estado colombiano como testigo en el proceso arbitral, ha promovido engañosamente los intereses de las empresas transnacionales mineras, y es una ficha de los aparatos corruptos de puerta giratoria y captura corporativa, de acuerdo al Comité Santurbán (2023).

- **Análisis de las consideraciones del tribunal**

El laudo arbitral en este caso se emitió en dos etapas. En un primer momento, con fecha del 9 de septiembre de 2021, el tribunal determinó que Colombia era responsable del incumplimiento del “Trato Justo y Equitativo”, abriendo así un período para la cuantificación de los daños. Este proceso culminó con el laudo final del 15 de julio de 2024, en el cual el tribunal absolvió a Colombia de la obligación de indemnizar a Eco Oro, considerando en los puntos 301 a 304 del laudo, que la empresa no logró cuantificar el daño relacionado con la posibilidad de obtener una licencia ambiental para el área de concesión que había quedado por fuera de la delimitación.

Sobre la pretensión de indemnización de la empresa contra Colombia por incumplir el artículo 811 de “expropiación indirecta”, el tribunal del CIADI reconoce que las medidas dispuestas por Colombia para la delimitación del páramo fueron legítimas de su “poder de policía”, y que no son discriminatorias pues las medidas de protección ambiental son “diseñadas y aplicadas para proteger un objetivo legítimo de bienestar público” (Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia, 2024, puntos 636-642).

Sobre la pretensión condenatoria contra Colombia por incumplir el artículo 805 relacionado con el “Trato Justo y Equitativo”, el tribunal del CIADI (Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia, 2024, punto 847) determinó que existió un incumplimiento por parte de Colombia, por no propiciar un “entorno regulatorio estable y predecible”. Según el tribunal, la delimitación del páramo de Santurbán no ofrece claridad sobre qué actividades pueden o no realizarse dentro del área, cuáles serán sus límites definitivos y cuándo se realizará la delimitación definitiva.

Finalmente, el tribunal estudia la cláusula de excepción ambiental reconocida en el numeral 3 del artículo 2201, la cual establece que el capítulo de inversiones del TLC no puede impedir la adopción de medidas de protección ambiental y de la salud. Este tipo de cláusulas dentro del arbitraje transnacional conlleva una trampa, pues su planteamiento se encuentra sujeto a la “no restricción del comercio internacional”.

Al respecto, el CIADI (Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia, 2024, puntos 828 y 829) plantea que “ninguna disposición del Artículo 2201(3) permite tampoco que se adopten medidas de este tipo sin el pago de indemnización”, y “que ni la protección del medio ambiente ni la protección de las inversiones están subordinadas la una a la otra, sino que deben coexistir de manera mutuamente beneficiosa.”. Esta decisión evidencia que las cláusulas de excepción ambiental son inservibles ante procesos de arbitraje.

- Elementos estratégicos del laudo

El tribunal en este caso reconoce que el Estado colombiano puede adoptar medidas de protección ambiental, y que las obligaciones de remediación de Eco Oro (aquellas obligaciones del cierre técnico de las minas y de la reparación por la contaminación) no son susceptibles de indemnización en favor de la transnacional, pues hacen parte de las obligaciones de responsabilidad ambiental que contraen las empresas al realizar actividades sobre el territorio colombiano.

- Saqueo inminente por costas arbitrales

A pesar de que Eco Oro no ganó, el arbitraje transnacional despojó a Colombia de 6.127.673 dólares, los cuales estaban destinados a las empresas de abogados, al CIADI e incluso a testigos denunciados por prácticas corruptas de puerta giratoria. Los pagos se destinaron aproximadamente de la siguiente forma:

Tabla 1 – Saqueo inminente por costas arbitrales en Eco Oro contra Colombia

Abogados	
Empresa Latham & Watkins LLP	USD 4.437.590,00
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	USD 94.518
Testigos	
Brigitte Baptiste	USD 5.944
Javier García, Carlos Sarmiento, Luz Elena Sarmiento	USD 15.162
Peritos	

Christopher C. Johnson; Felipe de Vivero Arciniegas; Charles River Associates y Mario Rossi	USD 766.565
Gastos de viajes	
Bucaramanga; París; Washington	USD 8.332
Honorarios y gastos del Tribunal	
Julieth Blanch (Presidenta)	USD 200.993
Horacio Grigera Naón (árbitro)	USD 156.285
Philippe Sands (árbitro)	USD 88.749
Asistente: João Vilhena Valério	USD 86.736
Tasas administrativas del CIADI	USD 168.000
Gastos directos	USD 98.799
TOTAL:	USD 6.127.673

Fuente: Elaboración propia con base en los datos del laudo del caso CIADI No. ARB/16/41.

RED EAGLE CONTRA SANTURBÁN-COLOMBIA: MINERÍA A PEQUEÑA ESCALA NO ES EQUIPARABLE A LA DESTRUCCIÓN QUE GENERA LA MINERÍA A MEDIANA Y GRAN ESCALA

Este proceso fue registrado por el CIADI el 18 de abril de 2018⁸ bajo el radicado No. ARB/18/12. En este caso el tribunal fue conformado el 19 de abril de 2019 por los siguientes árbitros: el español Andrés Rigo Sureda (presidente), el argentino José A. Martínez de Hoz, escogido por Red Eagle; y el franco-británico Philippe Sands KC, escogido por Colombia. El proceso se encuentra concluido.

Red Eagle en su demanda alegaba un incumplimiento del Estado de Colombia a los artículos 811 de “Expropiación indirecta”; y 805 de “Trato Justo y Equitativo”, del TLC Canadá-Colombia. Pretendiendo una indemnización de alrededor de 109 millones de

8 Caso CIADI No. ARB/18/12. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/12>

dólares⁹ más intereses sobre ese valor hasta que el tribunal profiriera el laudo e incluso después de este.

- Análisis crítico de los argumentos de la empresa transnacional

Los argumentos presentados por Red Eagle son en gran medida similares a los de Eco Oro. El único argumento diferente y ampliamente relevante es que: “La Demandada discriminó entre la Demandante y los mineros artesanales locales, a quienes se les permite continuar con las actividades mineras en las áreas de páramo” (Red Eagle Exploration Limited vs. República de Colombia, 2024, punto 192). Es decir, la empresa alega que el Estado colombiano la está “discriminando” al diferenciarla de los mineros artesanales.

Este argumento refleja la estrategia de camuflaje y apropiación de la cultura y sus actividades de minería local y ancestral, usada por las grandes empresas transnacionales para vender sus proyectos mineros destructivos en Santurbán, Colombia y el mundo. Posar de víctimas de discriminación es por lo menos cínico, cuando han creado toda una estructura jurídica extractivista que les permite apropiarse engañosamente de los títulos de los pequeños mineros locales para después someterlos a trabajos precarizados, o expulsarlos del territorio por la contaminación.

- Análisis estratégico de las consideraciones del tribunal

Sobre la pretensión de la empresa de que se condenara a Colombia por incumplir el artículo 805 sobre “Trato Justo y Equitativo” y el artículo 811 sobre “expropiación indirecta”, el tribunal del CIADI (Red Eagle Exploration Limited vs. República de Colombia, 2024) en el laudo niega las pretensiones reconociendo una diferencia entre los mineros de pequeña escala frente a “la minería de gran o mediana escala” (punto 315).

Adicionalmente el tribunal pone en cuestión la razonabilidad y debida diligencia de Red Eagle. Primero, al no haber reconocido que el sistema para proteger los páramos es complejo; segundo, al haber supuesto que por el hecho de que un Estado no pueda

9 Caso CIADI No. ARB/18/12. Copia de Notificación de Intención para activar Tratado de Libre Comercio Colombia- Canadá (2017). http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7148/DS13392_Sp.pdf

impedir la minería ilegal entonces las restricciones no se apliquen a sus proyectos mineros; y tercero, al no tener en cuenta que ya se había negado una licencia ambiental a Eco Oro por las condiciones ambientales del territorio (puntos 297, 299 y 304).

Finalmente, el tribunal (puntos 298 y 299) reconoce como “irrelevantes” las reuniones entre la empresa y funcionarios públicos, lo cual alegaba Red Eagle como un compromiso adquirido por el Estado. Esta es una confesión de la empresa que revela cómo opera su estrategia corrupta de lobby para generar condiciones institucionales y declaraciones de los funcionarios públicos que les sirvan de argumentos para las demandas contra el Estado.

- Saqueo inminente por costas arbitrales

A pesar de que Red Eagle no ganó, el arbitraje transnacional despojó a Colombia de 3.361.157 dólares, destinados a empresas de abogados y al CIADI. Los pagos se destinaron de la siguiente forma:

Tabla 2 – Saqueo inminente por costas arbitrales en Red Eagle contra Colombia

Abogados	
Empresa Latham & Watkins LLP	USD 2.065.000
Equipo interno de Colombia	USD 98.862
Peritos	
Christopher C. Johnson; Felipe de Vivero Arciniegas; Charles River Associates y Mario Rossi	USD 722.554
Gastos de viajes	
Washington	USD 13.624
Honorarios y gastos del tribunal	
Andrés Rigo Sureda (Presidente)	USD 72.237
José Martínez de Hoz (árbitro)	USD 125.297
Philippe Sands (árbitro)	USD 64.717
Tasas administrativas del CIADI	USD 126.000
Gastos directos	USD 72.866
TOTAL:	USD 3.361.157

Fuente: Elaboración propia con base en los datos del laudo del caso CIADI No. ARB/18/12.

MONTAUK METALS CONTRA SANTURBÁN-COLOMBIA: EMPRESAS ESTÁN OBLIGADAS A REVISAR LA INFORMACIÓN AMBIENTAL SOBRE LOS TERRITORIOS QUE PRETENDEN INVADIR CON SUS PROYECTOS E INVERSIONES

- Identificación del proceso

Este proceso fue registrado por el CIADI el 18 de abril de 2018,¹⁰ bajo el radicado No. ARB/18/13. En este caso el tribunal fue conformado el 25 de septiembre de 2019 por los siguientes árbitros: el mexicano Eduardo Siqueiros T. (presidente); el peruano Alfredo Bullard, escogido por Montauk Metals, y la francesa Brigitte Stern, escogida por Colombia. El proceso se encuentra concluido.

Montauk Metals en su demanda alegaba un incumplimiento del Estado de Colombia a los artículos 811 de “Expropiación indirecta” y 805 de “Trato Justo y Equitativo” del TLC Canadá-Colombia. Pretendía una indemnización de alrededor de 179 millones de dólares,¹¹ más intereses a determinar.

- Análisis crítico de los argumentos de la empresa transnacional

Montauk Metals plantea que el Estado colombiano “a través de una serie iterativa y desestabilizadora de medidas legislativas, impugnaciones judiciales y acciones administrativas que culminaron en las decisiones unilaterales de erosionar y despojar por completo todos los derechos mineros de los que [Galway] era titular previamente” (Montauk Metals Inc. vs. República de Colombia, 2024, punto 790). Esta referencia se dirige principalmente a la Resolución 341 de 2018, proferida por el Estado de Colombia, la cual rechazó la cesión del Contrato de Concesión minera N° 14833 de la empresa Reina de Oro a la empresa Montauk Metals, principalmente porque las áreas de la concesión minera para dicha fecha ya se superponían con el área delimitada como páramo.

10 Caso CIADI No. ARB/18/13. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/13>

11 Caso CIADI No. ARB/18/13. Copia de Notificación de Intención para activar Tratado de Libre Comercio Colombia- Canadá (2017). http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7149/DS13352_Sp.pdf

Este planteamiento evidencia la estrategia de instrumentalización de los pequeños titulares mineros locales por parte de las empresas transnacionales, para supuestamente inyectar sus inversiones, demandar y saquear las finanzas públicas. Es importante no perder de vista tal estrategia en estos momentos, donde las inversiones transnacionales se empiezan a reconfigurar a través de la intermediación para la formalización minera de pequeños mineros locales. Esto ocurre, además, en territorios esenciales que están próximos a ser declarados áreas de protección ambiental, ya sea por mandato popular o por compromisos internacionales. Así, las grandes empresas mineras podrán continuar accediendo al arbitraje transnacional.

- Análisis estratégico de las consideraciones del tribunal

Sobre la pretensión de la empresa de que se condenara a Colombia por incumplir el artículo 805 sobre “Trato Justo y Equitativo” y el artículo 811 sobre “expropiación indirecta”, el tribunal del CIADI (Montauk Metals Inc. vs. República de Colombia, 2024) niega las pretensiones reconociendo el carácter cambiante del derecho y las facultades judiciales “para aplicar la ley y adaptarla a los valores cambiantes de la sociedad” (punto 920).

- Saqueo inminente por costas arbitrales

A pesar de que Montauk Metals no ganó, el arbitraje transnacional despojó a Colombia de 2.484.850 de dólares, destinados a empresas de abogados y al CIADI. Los pagos se destinaron de la siguiente forma:

Tabla 3 – Saqueo inminente por costas arbitrales en Galway-Montauk contra Colombia

Abogados	
Empresa Latham & Watkins LLP	USD 1.900.000
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	USD 53.263
Peritos	
Felipe de Vivero Arciniegas	USD 21.257

Gastos adicionales	
Costos de la audiencia	USD 6.076
Honorarios y gastos del tribunal	
Eduardo Siqueiros (Presidente)	USD 134.269
Alfredo Bullard (árbitro)	USD 86.920
Brigitte Stern (árbitro)	USD 92.279
Tasas administrativas del CIADI	USD 135.432
Gastos directos	USD 55.354
TOTAL:	USD 2.484.850

Fuente: Elaboración propia con base en los datos del laudo del caso CIADI No. ARB/18/13.

CONCLUSIONES

El arbitraje inversor-Estado es un engranaje jurídico plenamente ensamblado a la estructura jurídica extractivista, tanto minero-energética como medio/ambiental. La suma de estos engranajes compone al sistema jurídico extractivista, planteado en el presente artículo como ‘derecho extractivista’.

El arbitraje transnacional se encuentra formalizado en los tratados de la ‘Lex Mercatoria’, tales como: 1) el convenio del CIADI, que incorpora los dispositivos de ‘unilateralidad vertical’, la ‘puerta giratoria CIADI-bufetes’ y el ‘flujo financiero’; y 2) los Acuerdos Internacionales de Inversión, que incorporan los dispositivos de ‘expropiación indirecta’, ‘trato justo y equitativo’, y ‘Excepciones ambientales’ subordinadas a la no restricción del comercio.

Su rol dentro del derecho extractivista es de eslabón de cierre, creador de un sistema judicial bancario y privado que se ubica por encima de los sistemas de derechos humanos y ambientales internacionales y nacionales, totalmente bajo el control de las elites globales, sus organismos del capitalismo financiero y sus empresas transnacionales extractivistas.

Sus objetivos son: 1) paralizar al ambientalismo popular; 2) someter las instituciones públicas y resquebrajar el derecho ambiental y

de derechos humanos; y 3) saquear inminentemente los territorios, las comunidades, y las finanzas públicas de los Estados, en favor del CIADI, de las empresas extractivistas y de los bufetes de abogados, generando así un efecto destructor del tejido de la madre tierra y de sus comunidades revitalizadoras.

La movilización en defensa del ambiente y sus territorios, a través del tejido de protestas multitudinarias, educación popular, e incidencia política, jurídica y académica, agrietan y disminuyen el objetivo de despojo del arbitraje transnacional. Esto se ha evidenciado en la lucha por la defensa del agua y Santurbán, que disminuyó el efecto de despojo de los laudos arbitrales de Eco Oro, Red Eagle y Montauk Metals.

Estos laudos arbitrales reconocieron que: 1) las obligaciones de cierre técnico de la mina y reparación de daños ambientales no son indemnizables en favor de la empresa, 2) que la minería a pequeña escala no es equiparable a la destrucción que genera la minería a mediana y gran escala, y 3) que las empresas están obligadas a revisar la información ambiental sobre los territorios que pretenden invadir con sus proyectos e inversiones.

Finalmente, se evidencia que: primero, dentro del arbitraje transnacional los grupos sociales dominantes que encarnan el proyecto moderno-capitalista global y sus empresas transnacionales, nunca pierden; en cambio la madre tierra, los pueblos revitalizadores de los territorios y los estados del Sur, siempre pierden. Pues, como se evidencia en la lucha por la defensa del agua y Santurbán, incluso si se impide la fase de explotación de los proyectos mineros, salvaguardando el equilibrio del agua y la vida en la región andino-amazónica, y lográndose laudos que no acceden a las pretensiones de las empresas extractivistas, el arbitraje transnacional despojó a Colombia de aproximadamente 12 millones de dólares (unos 50 mil millones de pesos colombianos) que deberían destinarse a la protección ambiental y comunitaria, pero que van a parar a manos del leguleyismo extractivista.

Segundo, en la racionalidad cínica, perversa, cruel y vergonzosa del Arbitraje Transnacional y de quienes lo encarnan, las élites extractivistas existen de manera supremacista, representadas a través de sus empresas transnacionales y sus organismos financieros, siempre ganan y despojan. También existen los estados quienes son reconocidos

en la ecuación únicamente como demandados, y al final, en la periferia, se encuentran la madre tierra, las comunidades oprimidas y sus territorios en sacrificio por los proyectos extractivistas. Para estas élites, la madre tierra y las comunidades, existen y son en función del sacrificio que les permite su sobreestimulación. Ante lo cual solo queda seguir caminando la resistencia y transformación, desde la siembra de la vida y sus medios de paz, hacia el desmantelamiento del Arbitraje Transnacional y la estructura jurídica extractivista.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [Colombia] (2024). Informe de Litigiosidad (primer trimestre de 2024). https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes_litigiosida_2024/informe_litigiosidad_primer_trimestre_2024_300424.pdf

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI] (1966). Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Convention_SPA.pdf

Comité Santurbán (14 de abril de 2023). Brigitte Baptiste, exdirectora del Von Humboldt, trabaja para Minesa con la intención de destruir Santurbán y dejarnos sin agua [posteo de Facebook]. https://www.facebook.com/comitesanturban/photos/pb.100079273522549.-2207520000/2172644982926230/?type=3&locale=es_LA

Comité Santurbán (4 de agosto de 2022). Ante el aumento de la contaminación del agua que abastece al área metropolitana de Bucaramanga: Alertamos sobre la profundización de la crisis socioambiental en la estrella hídrica de Santurbán [posteo de Facebook]. https://www.facebook.com/photo/?fbid=1977848775739186&set=pb.100079273522549.-2207520000&locale=es_LA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-035/16; 8 de febrero de 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

Descartes, René (1637). Discours de la méthode [Discurso del método].

Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia. Caso CIADI No. ARB/16/41. Procedural Order No. 6: Decision on Non-Disputing Parties' Application [Orden Procesal No. 6: Decisión sobre la Solicitud de las Partes No Condicionantes] (18 de febrero de 2019). https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS11930_En.pdf

Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia. Caso CIADI No. ARB/16/41. Laudo sobre daños (15 de julio de 2024). https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS19806_Sp.pdf

Global Witness (2024). *Voces silenciadas: la violencia contra las personas defensoras de la tierra y el medioambiente*. <https://www.globalwitness.org/es/missing-voices-es/>

Grosfoguel, Ramón (2016). Del extractivismo económico al extractivismo epistémico y ontológico. *Revista Internacional de Comunicación y Desarrollo*, 1(4). <https://revistas.usc.gal/index.php/ricd/article/view/3295>

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [IPCC] (2019). Resumen para responsables de políticas. En *Calentamiento global de 1,5 °C: informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza*. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf

Gudynas, Eduardo (2019). *Extractivismos y corrupción: anatomía de una íntima relación*. Quito: Editorial Abya-Yala. <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/23564/1/EXTRACTIVISMOS%20Y%20CORRUPCIO%CC%81N.pdf>

Mesa, Gregorio (2018). *Ambientalismo popular*. Bogotá: Ediciones desde abajo.

Mesa, Gregorio (2020). Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el estado ambiental de derecho (Cuarta

ed.). Universidad Nacional de Colombia.

Misión Internacional “Frenemos las demandas de Transnacionales” (2023). *Informe de la Misión Internacional a Colombia*. <https://londonminingnetwork.org/wp-content/uploads/2023/08/Colombia-informe-ISDS-ESP-FINAL.pdf>

Montauk Metals Inc. vs. República de Colombia. Caso CIADI No. ARB/18/13. Laudo (7 de junio de 2024). http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7149/DS19725_Sp.pdf

Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2024). *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, Astrid Puentes Riaño (A/79/270)*. Naciones Unidas, Asamblea General. <https://undocs.org/es/A/79/270>

Red Eagle Exploration Limited vs. República de Colombia. Caso CIADI No. ARB/18/12. Laudo (28 de febrero de 2024). https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7148/DS19402_Sp.pdf

Richardson, Katherine et al. (2023). Earth beyond six of nine planetary boundaries. *Science Advances*, 9(37). <https://doi.org/10.1126/sciadv.adh2458>

Simpson, Leanne y Klein, Naomi (2017). Danzar el mundo para traerlo a la vida: conversación con Leanne Simpson de Idle No More. *Tabula Rasa*, (26), 51-70. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-24892017000100051&script=sci_arttext

Vásquez Cerón, Adriana y Buitrago Castro, Andrea C. (2011). *El granlibrodelospáramos*. Bogotá: Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. <https://repository.humboldt.org.co/entities/publication/1dd4e8ef-e61e-4382-8484-5fa6e93cb461>

Vega Cantor, Renán (18 de agosto de 2014). Extractivismo, enclaves y destrucción ambiental. *Rebelión*. <https://rebelion.org/extractivismo-enclaves-y-destruccion-ambiental/>

COMENTARIO AL ARTÍCULO “ARBITRAJE TRANSNACIONAL INVERSOR-ESTADO COMO ÚLTIMA FASE DEL DERECHO EXTRACTIVISTA: ECO ORO, RED EAGLE Y MONTAUK METALS CONTRA EL AGUA Y SANTURBÁN-COLOMBIA” DE JUAN CAMILO SARMIENTO LOBO

Magdalena Bas Vilizzio

“El cambio climático está aquí. Es aterrador. Y es apenas el comienzo. La era del calentamiento global ha terminado. La era de la ebullición global ha llegado”, afirmó Antonio Guterres, secretario general de Naciones Unidas (ONU, 2023). Sin embargo, aunque los páramos sean un ecosistema clave para la mitigación del cambio climático, las medidas adoptadas por Colombia para protegerlos han sido cuestionadas por las empresas mineras. En este marco, el capítulo escrito por Juan Camilo Sarmiento Lobo aborda el estudio de tres recientes arbitrajes inversor-Estado dirimidos en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) contra Colombia: Eco Oro (caso CIADI ARB/16/41), Red Eagle (caso CIADI ARB/18/12) y Montauk Metals (caso CIADI ARB/18/13).

Mediante un desarrollo pormenorizado del andamiaje jurídico que sustenta las actividades extractivistas en Colombia, el autor identifica su interconexión con la red de acuerdos internacionales de inversiones que obligan al Estado (tratados bilaterales de inversiones y capítulos de inversiones en tratados de libre

comercio). La *lex mercatoria*, y en particular los mecanismos de arbitraje entre inversores extranjeros y Estados receptores de la inversión, conforma el último eslabón de la cadena extractivista, al que Sarmiento Lobo denomina “extractivismo leguleyo”. Pero este es solo un eslabón de la cadena completa del extractivismo que atenta contra la protección del medioambiente y la acción popular desde las comunidades locales que defienden el agua en el Páramo de Santurbán.

¿Las tres disputas mencionadas son casos aislados? No, de hecho, conforman una constelación de casos que ilustran la tensión entre protección medioambiental y protección a la inversión extranjera. En América Latina es posible citar, entre otras, a las controversias Pacific Rim contra El Salvador (sobre la megaminería y la protección del agua, tema que en noviembre de 2024 vuelve al debate público); Odyssey Marine contra México (relativo a la minería submarina en Baja California Sur) o Bear Creek contra Perú (que además de temas ambientales gira en torno al derecho de consulta a las comunidades locales). También es destacable la segunda disputa iniciada por Glencore contra Colombia, *a posteriori* que la Corte Constitucional ordenara en 2017 la suspensión de la minería de carbón en La Guajira. La razón principal fue el desvío del Arroyo Bruno por parte de la empresa para facilitar sus actividades, lo que privó de acceso al agua a las comunidades locales Wayúu. Además de ser un espejo del conflicto entre la protección de inversiones extranjeras, los derechos de los pueblos indígenas y el medioambiente, este caso pone en tela de juicio el sistema judicial de un Estado soberano.

Ahora bien, la mencionada tensión medioambiente-inversión extranjera no es un problema exclusivo de América Latina o del Sur Global. El régimen de solución de controversias inversor-Estado fue creado, apoyado y difundido por el eje Estados Unidos-Europa, y hoy presenta voces críticas desde el Norte Global, aunque con diferentes matices. La Unión Europea celebró en 2020 un acuerdo de terminación de los tratados bilaterales de inversión entre 23 de sus miembros, incluidas las cuestionadas cláusulas de ultractividad que permiten que sigan con vida los acuerdos por 5, 10, 15 o 20 años

después de su terminación formal. Asimismo, el 27 de junio de 2024, la Unión Europea y la Comunidad Europea de Energía Atómica se retiraron del Tratado de la Carta de la Energía, un acuerdo plurilateral de la década de los noventa, que protege las inversiones en el sector energético sin distinción entre renovables y no renovables. En definitiva, un acuerdo que no está alineado con los nuevos intereses comunitarios vinculados a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el Acuerdo de París, o la neutralidad climática para 2050 conforme al Pacto Verde Europeo.

El capítulo de Juan Camilo Sarmiento Lobo, de forma comprometida y desde un análisis jurídico y social, es un reflejo de las palabras del jurista finés Martti Koskenniemi, quien nos recuerda que "la manera en la que está organizado el mundo y cómo están distribuidos los recursos en él depende en gran medida de cómo operan las normas jurídicas" (2020, p. 31). Ahora bien, el Derecho también es potente herramienta para corregir inequidades y proteger la naturaleza y la vida en la era de la ebullición global. Como señala Sarmiento Lobo al cierre del capítulo, "solo queda seguir caminando la resistencia y transformación".

REFERENCIAS:

Koskenniemi, Marti (2020). *La política del Derecho Internacional*. Trotta.

ONU (17 de julio de 2023). *El cambio climático está aquí, es aterrador y esto es sólo el inicio*. <https://www.ungeneva.org/es/news-media/news/2023/07/83396/el-cambio-climatico-esta-aqui-es-aterrador-y-esto-es-solo-el-inicio>

TENSIONES ENTRE PUEBLOS INDÍGENAS Y EMPRESAS MULTINACIONALES EN COLOMBIA

Jairo Vladimir Llano Franco

INTRODUCCIÓN

Los territorios indígenas en el contexto colombiano hasta la última década del siglo XX eran considerados marginales en todos sus aspectos. Sin embargo, al reconocerse constitucionalmente la diversidad étnica y la protección especial de las poblaciones indígenas, paradójicamente, esos territorios se volvieron esenciales debido a su biodiversidad, riqueza natural que tiene un amplio interés para los intercambios económicos no solamente nacionales sino globales. Precisamente, uno de las primeras tensiones que ocurrió después de promulgada la Constitución de 1991 fue entre la Occidental Petroleum -OXY- y el pueblo indígena U'wa donde la empresa petrolera tenía la pretensión de realizar perforación y extracción de petróleo en pleno territorio espiritual de los U'wa. La Corte Constitucional en la sentencia SU-039 de 1997 determinaría ir a la consulta previa por parte de la empresa petrolera, el pueblo indígena estaba en contra de esta posibilidad llevando el litigio a espacios internacionales, donde la audiencia histórica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se realizó en abril del 2023.

A este caso se le agrega la disputa entre Coca Cola y el pueblo indígena Nasa por utilizar en una de sus bebidas ancestrales y con el fin de comercializar con el nombre de Coca Sek (gaseosa) y Coca Pola (cerveza), disputa que lleva también varios años y que los indígenas se soportan en su ancestralidad.

El presente capítulo se divide en tres secciones, en la primera se reflexiona sobre los conceptos de diversidad cultural desde la perspectiva antropológica y cómo fueron vinculados a la ideología liberal y más recientemente al neoliberalismo, donde las prácticas culturales son llevadas a ser parte del mercado global, por medio de conceptos como el multiculturalismo; en la segunda sección se expone el primer caso de las relaciones de tensión entre la empresa multinacional de la Occidental Petroleum Corporation -OXY- con el pueblo indígena U'wa que se encuentra en la Corte Interamericana de Derechos Humanos para su decisión; en la tercera y última sección se muestra el caso de tensión entre The Coca-Cola Company con la organización indígena Coca Nasa en el departamento del Cauca que se ha venido resolviendo parcialmente.

RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

El reconocimiento de la diversidad cultural ha tenido su avance histórico en la disciplina antropológica, quien se ha caracterizado por estudiar los fenómenos culturales desde sus inicios y fue calificándose con el tiempo por medio de teorías propias de la antropología como el estructuralismo de Levi-Strauss, donde expone claramente la diversidad y que a partir de ella se reconoce cada sujeto:

Es sólo en el contacto, infinitamente respetuoso, con las culturas diferentes donde el hombre occidental puede encontrar una mejor comprensión de sí mismo. Pero el antropólogo aspira al conocimiento científico, y no puede conformarse con la descripción de la diversidad de las culturas: debe hallar alguna base para la comparación (...) problemas clave de la antropología, en la medida en que ésta aspira a elaborar proposiciones generales aplicables a culturas muy

distintas, es decir, aspira a ser una Ciencia de la Sociedad en general (Levi-Strauss, 1995, p. 13).

Entre las deliberaciones teóricas de la antropología se encuentra el postulado del profesor Marvin Harris sobre el materialismo cultural quien determina que el medio ambiente se encuentra relacionado con las culturas y se hace necesario que los estudios antropológicos lo vinculen debido a que se convierte en el soporte para la existencia cultural, "... , nos obliga a ocuparnos con mediciones concretas de sistemas culturales concretos, pero además nos obliga a calcular los efectos de cada medio ambiente determinado sobre los procesos productivos tecnológicamente" (Harris, 2003, p. 563). Esto muestra cómo las culturas para su reproducción en parte dependen del entorno natural, sin la transformación de las materias primas que surgen de la naturaleza las distintas tecnologías no pueden elaborarse, precisamente, en el contexto contemporáneo entre los avances tecnológicos más visibles y masivos se encuentran los móviles y los computadores portátiles, como elementos que permiten la comunicación global, en su elaboración los minerales son necesarios, entre los que se destacan por ejemplo el coltán.

Sin embargo, las sociedades y culturas contemporáneas que asisten a este avance tecnológico intenso y de proporciones incomparables en la historia, lleva a que los recursos naturales sean los de mayor explotación por parte de las transnacionales de las nuevas tecnologías y la comunicación, a lo que se suman los materiales de los vehículos computarizados terrestres, de aviación y naves espaciales que ya se ofrecen por parte de particulares, afectando el medio ambiente y que llevan a acelerar el cambio climático, no desde lo natural sino desde la propia humanidad por sus pretensiones y ambiciones tecnológicas. El mismo Harris lo anticipaba:

La intensificación -la inversión de más tierra, agua, minerales o energía por unidad de tiempo o área- es, a su vez, una periódica respuesta a las amenazas contra los niveles de vida (...). A medida que disminuye el nivel, las culturas prósperas inventan medios de producción nuevos y más eficientes,

que tarde o temprano volverán a conducir al agotamiento ambiental (Harris, 1986, p. 3).

Para las distintas culturas sus recursos son esenciales para mantener las respectivas identidades que se encuentran en cada uno de sus integrantes, por eso las acciones de apropiación de sus recursos sean naturales o socioculturales, que realizan otros grupos o sectores sociales, (extraños) que no tienen relación con su identidad, impactan de forma negativa la reproducción cultural. Una de las primeras formas de apropiación surgieron en los procesos de colonización, que se realizaba desde la metrópoli hacia los territorios considerados subordinados: “Esta distinción invisible es la distinción entre sociedades metropolitanas y territorios coloniales. En efecto, la dicotomía regulación/emancipación sólo se aplica a las sociedades metropolitanas. Sería impensable aplicarla a los territorios coloniales (...) Allí, otra dicotomía fue la aplicada, la dicotomía apropiación/violencia” (Santos, 2017, p. 22).

El proceso de apropiación fue intenso en los tiempos de colonización por parte de las metrópolis. En el caso de Latinoamérica, los protagonistas fueron las monarquías española y portuguesa, que se apropiaron culturalmente de los pueblos indígenas de forma holística, desde su fuerza física para el trabajo, sus territorios, sus productos y sus variados recursos naturales, donde la raza como clasificación fue esencial para la expansión colonial y la respectiva dominación:

La privilegiada posición ganada con América para el control del oro, la plata y otras mercancías producidas por medio del trabajo gratuito de indios, negros y mestizos, y su ventajosa ubicación en la vertiente del Atlántico por donde, necesariamente, tenía que hacerse el tráfico de esas mercancías para el mercado mundial, otorgó a dichos blancos una ventaja decisiva para disputar el control del tráfico comercial mundial (Quijano, 2019, p. 7).

Esto muestra que la apropiación cultural se ha dado desde el proceso de colonización y que se mantiene en los tiempos que transcurren

en lo respectivo a Latinoamérica. Por supuesto que en las últimas décadas ese proceso de apropiación se ha sofisticado, lo primero que ocurre es el reconocimiento de la diversidad cultural ya no desde la disciplina antropológica que era crítica de la invisibilización de las diferencias culturales, sino desde la ciencia política y el derecho, que posibilitarían que el debate fuera público y que además se convertiría en una exigencia a los Estados contemporáneos.

Desde esta postura el reconocimiento de la diversidad lleva a la configuración del multiculturalismo, como la convivencia de diferentes culturas en un mismo espacio y que tienen la pretensión de que las distintas identidades culturales se consoliden, limitando o desapareciendo la posibilidad de la homogeneización, sin perder el horizonte de donde proviene lo multicultural, el liberalismo: “... el multiculturalismo está arraigado en ideales democrático-liberales (...) igualdad, libertad y ciudadanía y, de hecho, apunta precisamente a abordar las muchas formas en que se niega la plena igualdad y ciudadanía a las minorías” (Kymlicka, 2014, p. 1).

La apreciación de tendencia liberal sobre el multiculturalismo llevaría a que este concepto sobre la diversidad fuera más allá de una pretensión de reconocimiento, la multiplicidad cultural llevaría a que los mercados se adecuaran a esta compleja realidad y observarían una posibilidad más de comercialización de la producción en sus distintos niveles, llevando a que la diversidad cultural se pusiera a disposición del mercado global,

el multiculturalismo como propuesta liberal es rechazada por su relación complementaria con el nuevo liberalismo económico (...) identidades culturales (...) se conviertan en consumo por parte de otros colectivos que poseen poder adquisitivo suficiente para acceder a los objetos culturales que en muchas ocasiones tienen un valor de compra que en los contextos culturales no existe porque son considerados objetos simbólicos que fortalecen las relaciones sociales al interior de las culturas (Llano Franco, 2009, pp. 27-28).

El reconocimiento cultural se convierte en una estrategia de expansión capitalista y tiene en el neoliberalismo el aliado indispensable. Por eso desde el modelo de Estado neoliberal se determina que las identidades culturales se deben preservar, claro, en un contexto de libre mercado donde lo producido por las comunidades étnicas se convierte en parte del comercio, buscando “reconocer (ciertos) derechos a los pueblos indígenas para facilitar su integración al mercado como ciudadanos y reducir la responsabilidad social y el papel tradicional de tutelaje del Estado (...) ofrecer créditos a ciertos proyectos que les permitan autogestionarse” (Fukuma, 2022, p. 152)

Desde la perspectiva de la globalización neoliberal, la producción de lo indígena que es considerada ancestral se realiza desde sus resguardos. Desde este espacio local paulatinamente se va globalizando al convertirse en mercancía, ya que para este tipo de globalización la diversidad es parte del entramado de los negocios que surgen en ella, sea para expandir un producto local o desde lo global se adecua para los consumos que realizan los colectivos diferenciados: “La globalización es una torre de Babel (...) hombres de negocios consideran que no es necesario celebrar la diversidad: se trata de algo inexorable, parte integrante de un mundo compartido en el cual lo diverso se asume de manera explícita” (Ortiz, 2015, p. 120).

Con la vinculación al comercio global de los productos culturales por parte de las distintas comunidades étnicas se da apertura a que la apropiación cultural sea mayor y sin ninguna restricción, exponiendo como beneficioso que lo cultural se expanda globalmente como consumo masivo:

Emergen nuevas demandas por derechos a consumir que surgen a partir de identidades étnicas, de género, de edad y de acceso a recursos comunicacionales avanzados. Suele defenderse, más que la igualdad de todos, el derecho a ser diferentes (...) minorías étnicas, como los latinos en Estados Unidos y los pueblos originarios en América Latina. Se habla de ciudadanías culturales (García Canclini, 2019, p. 86).

Precisamente, la Corte Constitucional colombiana reconoce la diversidad étnica desde esta perspectiva liberal y consolida la diferencia étnica como un derecho fundamental, que debe protegerse y cumplirse por parte de las instituciones estatales y los ciudadanos en general, posición interesante de los magistrados que hacen parte de la Corte, sin embargo el inconveniente ocurre cuando aparecen los intereses económicos.

PUEBLOS INDÍGENAS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES: U' WA VS. OCCIDENTAL PETROLEUM

Una de las primeras instituciones que reconocería la diversidad étnica en Colombia, por la orientación de la Constitución de 1991 fue la Corte Constitucional, realizando un especial énfasis en lo concerniente a los pueblos indígenas. Prácticamente fue la encargada de que la Jurisdicción Especial Indígena se implementara a través de su jurisprudencia, determinando hasta dónde puede implementarse y cuáles serían sus límites constitucionales, esto dentro de un liberalismo progresista que se soportaba en el multiculturalismo del Norte Global. El profesor Daniel Bonilla en lo relacionado con la consulta previa por parte de la Corte expone esas tendencias liberales:

El modelo de filosofía política que subyace a la doctrina dominante de la Corte sobre consulta previa es el que denomino “monismo liberal multicultural” (...) Ese modelo basa el derecho a la consulta previa en una estructura monista de la comunidad política que distingue entre consentimiento y consulta. Sin embargo, no es el único modelo disponible para justificar el derecho a la consulta previa. Hay otros dos modelos que compiten con él: el monismo liberal procedimental y el pluralismo multicultural (Bonilla Maldonado, 2015, p. 312).

Esta tendencia liberal en las decisiones de la Corte es la predominante cuando aparecen situaciones de interés económico de forma directa. Precisamente, uno de los casos emblemáticos fue entre la empresa multinacional Occidental Petroleum Corporation -OXY- y

el pueblo U'wa. La empresa solicitaba iniciar procesos de exploración petrolera en territorio U'wa, sin embargo la población indígena se opuso, ante lo cual surgieron acciones jurídicas para evitar dicha exploración, debido a que afectaba los territorios ancestrales y espirituales de la población allí asentada. Entre las acciones se encontraba la tutela, llegando a revisión por parte de la Corte Constitucional que en 1997 promulgaría una de las sentencias más importantes en lo relacionado con la consulta previa, que era considerada progresista para la época, debido a que el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia exponía que se debía realizar la exploración. Allí expone la consulta previa como derecho fundamental:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas (...) el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

Esta sentencia fue un referente esencial para que la consulta previa con los pueblos indígenas cuando aparezcan proyectos de intervención en sus territorios sea para explotar hidrocarburos o minerales, de infraestructura o acciones administrativas se realice, en concordancia con las declaraciones y convenios internacionales que respaldan la implementación de este derecho fundamental:

En cuanto derecho fundamental, la consulta previa se asume teniendo en cuenta su gran valor para la protección de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos (...) la jurisprudencia, tanto interna como internacional, ha consagrado como requisitos de la consulta previa y se estudia lo atinente a la reparación por la vulneración de este derecho (...) Al hacerlo, se considera el Convenio núm. 169 de la OIT como un instrumento de buena gobernanza y una herramienta para la conciliación de intereses distintos (Rodríguez, 2017, pp. 6-7).

Pese a que es un derecho fundamental de carácter internacional y constitucional, su paulatina aplicación entre los años 90 e inicios del nuevo siglo, los pueblos indígenas se encontraban prevenidos con su realización para el contexto colombiano, debido a que en últimas se implementaría para dar viabilidad de los proyectos en sus territorios, no para impedirlo si sus afectaciones eran irreversibles para la población étnica:

Para ese momento, los pueblos indígenas no compartían la consulta previa, ya que la miraban como una intromisión en sus territorios por personas externas que tenían intereses, como apropiarse de sus recursos. Dicha percepción se presentó en varias deliberaciones con las comunidades que la rechazaban y consideraban que, en vez de beneficiarse, les afectaba negativamente (Llano Franco, 2021, p. 366).

El derecho a la consulta previa se fue observando por parte de las poblaciones indígenas como una posibilidad para resarcir los daños que ocasionaban los macroproyectos en sus territorios, con el conocimiento que impedirlo sería una opción remota debido a los intereses generales que se exponían en varios de los proyectos en los territorios ancestrales. El caso de la OXY y los U' Wa muestra que la decisión de la Corte Constitucional de realizar la consulta fue considerada por el pueblo indígena como acción de intervención que no estaba acorde con sus pretensiones, que era la salida de la

petrolera del territorio indígena, por lo cual la consulta sería innecesaria debido a que el proyecto no se llevaría a cabo.

Sin embargo, pese a que el pueblo o nación U' Wa no estaba de acuerdo con la consulta previa, lo que han venido reclamando es que ni siquiera esta se ha realizado, vulnerando este derecho por parte de la OXY y la empresa colombiana de petróleos Ecopetrol. Esa determinación del pueblo U'wa de impedir la explotación petrolera en sus territorios llevaría a que sus líderes, al no encontrar su comprensión por parte de las instituciones estatales colombianas, dieran un siguiente paso, que es colocar en conocimiento de esta situación a las organizaciones internacionales de Derechos Humanos, por eso asisten al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, viajando a visitar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -Comisión IDH- con sede en Washington, para que realice la respectiva protección:

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...) recibió el 28 de abril de 1997 una petición presentada por el pueblo U'wa y sus miembros (en adelante “presuntas víctimas”); representados por la Asociación de Cabildos Mayores del pueblo U'wa; la Organización Nacional Indígena de Colombia y Coalition for Amazonian Peoples and Environment (en adelante “peticionarios”) en contra de la República de Colombia (en adelante “el Estado” o “Colombia”). 2. Los peticionarios alegan que el Estado colombiano ha adoptado medidas que afectan directamente su integridad e identidad física y cultural (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2015, p. 1).

Esta acción del pueblo indígena U'wa muestra que la consulta previa no fue suficiente para protegerlos y que no se toman medidas estatales y de los terceros involucrados en compensar la situación del pueblo indígena. Desde la teoría de la sociología y la antropología jurídica se estaría en un escenario de pluralismo jurídico, entendido como “la multiplicidad de manifestaciones y de prácticas normativas existentes en un mismo espacio sociopolítico, intervenidas por

conflictos o consensos, pudiendo ser o no oficiales y que tienen su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales (Wolkmer, 2018, p. 192).

Para el caso U'wa, la primera práctica regulativa (es una posibilidad conceptual amplia) en aparecer son las cosmovisiones propias del pueblo indígena U' Wa que consideran a la tierra como su madre, que provee la vida de la población y la mantiene en el tiempo. Desde esta perspectiva la madre no se le abandona ni se le maltrata, se le agradece no solamente por dar la vida y mantenerla, sino por la relación que tiene con la naturaleza, reproduciendo la armonía entre personas y el territorio indígena,

la idea del territorio como un concepto que relaciona lo material, lo inmaterial, la vida humana y la no humana (...) Los Pueblos Indígenas lo usan, así como la noción de Madre Tierra también llamada *abbá ikka* en la lengua U' wa, que suele referir al mandato de la Ley de Origen entendida como las relaciones espirituales-cosmológicas-afectivas que se establecen con la naturaleza (Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH] y Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC], 2019, p. 121).

Esta cosmovisión del pueblo U'wa sería considerada por el pluralismo jurídico como una práctica regulativa local o un derecho propio. Posteriormente, aparece la OXY Petroleum quien tiene el interés de realizar las exploraciones y explotación del petróleo en el territorio de los indígenas, su normatividad se soporta en la *lex mercatoria*, donde la pretensión es la producción en este caso industrial de los recursos naturales, se estaría en un derecho transnacional: “Al fenómeno del pluralismo jurídico global le corresponde un número mayor de actores que en el contexto nacional. Se trata, sobre todo, de empresas transnacionales (ETN), grandes bancos y ONG, los cuales contribuyen a formar (...) el derecho global” (Gesner, 2013, p. 92).

Entre las tensiones de las cosmovisiones U'wa y la empresa transnacional OXY, el Estado aparece como un tercero que pretende

regular la relación, donde las pretensiones de bienestar general parecen predominar ante el principio también internacional de la diversidad cultural. Se estaría en un tercer actor con una estructura jurídica organizada que por medio de las Altas Cortes puede dilucidar el inconveniente en el territorio. Estas decisiones oscilaron entre la explotación petrolera por cumplirse con la consulta previa y la realización de nuevas acciones de consulta para llegar en consenso a la extracción de los recursos fósiles. La protección del pueblo indígena estaría en un lugar secundario, también demuestra que en lo local y lo internacional el derecho estatal en ciertas circunstancias es frágil: “en épocas recientes, el Estado-nación se ha visto desafiado como una unidad de iniciativa política privilegiada y unificada, y ha sido desplazado del centro tanto por la emergencia de poderosos procesos infraestatales como de poderosos procesos supraestatales” (Santos, 2009, p. 65).

Esta “debilidad estatal” ante la presión transnacional y los intereses generales de la explotación petrolera limitaron la acción estatal a la consulta previa, originando que se fueran a espacios internacionales de protección de derechos, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos donde tendrían un poco más de garantías que el espacio jurídico estatal, apareciendo la tensión entre empresa transnacional y el derecho internacional de los derechos humanos:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la propiedad comunal indígena a las tierras y recursos naturales aplicando el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este reconocimiento se ha dado en el marco de las disputas generadas por el control de los recursos naturales, bosques, agua y minerales (...) Esta disputa se acentúa debido a la colisión de derechos entre el reconocimiento de la propiedad indígena y los derechos de los Estados, a quienes las normas constitucionales o legales en el derecho doméstico les asignan la propiedad de los recursos naturales del subsuelo (Yáñez Fuenzalida, 2020, pp. 130-131).

Precisamente, el Sistema Interamericano ha reconocido que la propiedad indígena de la tierra o el territorio es más amplio desde las cosmovisiones indígenas debido a que es también espiritual, cultural, identitario, entre otras características que llevan a que la relación entre naturaleza y las cosmovisiones indígenas no se antagónica sino complementarias. Por ello, distintos recursos naturales que se encuentran en los territorios indígenas son propiedad de las comunidades y son ellos los que determinarían el devenir de los mismos, incluidos los recursos que se encuentran en el subsuelo, debido a que estarían considerados dentro de los recursos naturales con lo que conviven los pueblos indígenas, “los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre” (CIDH, 2009, p. 14).

Esto muestra que los recursos naturales del subsuelo pese a que en repetidas ocasiones se consideran propiedad del Estado, en el caso de los pueblos indígenas esa apreciación varía un poco, debido a que ellos se encuentran en sus territorios y donde cualquier apropiación de esos recursos por parte de instituciones públicas o de organizaciones particulares estaría en contravía de los derechos de protección que se les han otorgado desde el ámbito internacional y constitucional,

es legítimo que los Estados se reserven formalmente la propiedad de los recursos del subsuelo y del agua, esto no implica desconocer el derecho de los pueblos indígenas o tribales a ser respetados en relación con el proceso de exploración y extracción de recursos del subsuelo o recursos hídricos, ni tampoco implica que las autoridades estatales tengan plena libertad para disponer de dichos recursos a su disposición (Yañez Fuenzalida, 2020, p. 131).

En la reciente promulgación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) donde se reconoce en su articulado la importancia de los recursos naturales para los pueblos indígenas, precisamente, en el artículo XXV Formas tradicionales

de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos, numeral 2, que expone: “Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido” (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2016, p. 10), que se complementa con la consulta previa, artículo XXIX Derecho al Desarrollo, numeral 4:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (OEA, 2016, p. 14).

Al relacionar los dos artículos de la Declaración, se estaría vulnerando por parte del gobierno lo que sucedió con el pueblo U’wa debido a que el argumento fue la pertenencia del subsuelo al Estado y que la población indígena no tenía injerencia en el mismo, debilitando la posibilidad de una consulta previa libre e informada, lo interesante es que la defensa del subsuelo se trasladó al espacio de la Asamblea de la OEA para aprobar la Declaración, apartándose del consenso para el artículo XXIX numeral 4, entre los argumentos de la delegación colombiana se encuentra lo relacionado con el subsuelo, tal vez con el interés de proteger sus intereses generales de la exploración y explotación de recursos naturales como el petróleo.

Adicionalmente, es importante destacar que muchos Estados, incluido Colombia, consagran constitucionalmente que el subsuelo y los recursos naturales no renovables, son propiedad del Estado para conservar y garantizar su utilidad pública en beneficio de toda la nación. Por esta razón, las disposiciones contenidas en este artículo son contrarias al orden jurídico interno de Colombia, sustentado en el interés nacional (OEA, 2016, p. 20).

Mientras tanto el proceso en la Corte IDH sobre el caso U'wa vs. Colombia sigue avanzando y en el mes de abril de 2023 se llevó a cabo la audiencia para escuchar las versiones del pueblo indígena y del gobierno colombiano: “Durante la audiencia, realizada en el marco del 157° Periodo de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Nación U'wa fue escuchada; un hecho histórico (...) por primera vez un pueblo indígena de Colombia pudo brindar su testimonio” (Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC], 2023), se está a la espera del fallo definitivo por parte de la Corte IDH.

COCA-COLA COMPANY VS. PUEBLO NASA

Otro de los casos emblemáticos en lo relacionado con las tensiones de las transnacionales con los pueblos indígenas y que ha pasado por la Corte Constitucional es lo que sucedió entre la empresa Coca-Cola y el pueblo indígena Nasa que se encuentra en el departamento del Cauca al sur de Colombia. Los indígenas que se encuentran en el territorio colombiano han tenido una relación de respeto, igualdad y complementariedad con la naturaleza; su cosmovisión está soportada en las acciones cotidianas que surgen del contexto natural:

En la cosmovisión Nasa una de las concepciones más arraigadas es la que todo lo que existe en en el universo y en su territorio, formado por tres mundos, t'iiiwed dihu (mundo de abajo), p'hte (mundo de la mitad, este mundo) y ea (mundo de arriba), tiene vida, movimiento relación. Por ello piedras, rocas, montañas, páramos, lagunas, ríos, plantas y todo lo que habita el territorio reciben el nombre genérico, *Nasa*, es decir tienen vida (Gómez Valencia, 2015, p. 335).

La relación con las plantas medicinales ha sido su constante tanto para sanar el aspecto físico de cada integrante del pueblo indígena y de quienes consideran sus allegados, como lo espiritual con la pretensión de la armonía entre su población y de esta con la naturaleza, un ejemplo de la utilización de las plantas fue en la época

de pandemia del Covid-19 que con resultados importantes evitaron que el virus se esparciera masivamente en el territorio y entre los comuneros, “prácticas de desinfección con plantas medicinales tradicionales, orientadas por los Të´wala, que son los médicos tradicionales de cada uno de estos resguardos Nasa, acudiendo al saber ancestral (...) demuestran una relación más íntima entre la comunidad y la naturaleza (Llano Franco, 2023, p. 98).

Entre las plantas que más son utilizadas por el pueblo Nasa se encuentra la hoja coca, que se vincula a los distintos rituales que realizan, con la pretensión de la armonización entre la población, con el territorio y la naturaleza. En un estudio realizado en el municipio de Caldon en el centro-norte del departamento del Cauca se comprobó esta utilización de la coca:

El 71,5 % de la población mayor a 12 años alguna vez en su vida ha hecho uso de la hoja de coca como parte de la medicina tradicional Nasa (...) La edad promedio de inicio del uso de la coca con fines tradicionales es a los 17 años (...) los principales propósitos de uso son armonización (67 %) y sanación física (61%) (Ministerio de Justicia y del Derecho, Consejo Regional Indígena del Cauca [CRIC] y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC], 2022, p. 20).

Este dato cuantitativo muestra cómo el uso de la hoja de coca para los rituales de armonización y otras actividades colectivas es una constante y tiene relación con la identidad cultural del pueblo Nasa. Esta apreciación desde la cosmovisión indígena es distinta a cuando la planta es transformada en cocaína y que pasa a convertirse en ilegal vinculándose centralmente al narcotráfico.

El pueblo indígena Nasa no solamente se ha limitado al uso ancestral de la hoja de coca sino que ha comenzado a innovar con la planta, resultando en distintos productos que se encuentran en los alimentos como bebidas, galletas, entre otros o medicamentos donde la planta es incorporada. Estos productos son redistribuidos en su población y en algunos casos

llegan a otros lugares donde se comercializan, constituyéndose organizaciones indígenas con su respectiva página en la web como es el caso de Coca Nasa que se encuentran dentro de la Asociación de Autoridades Indígenas Juan Tama, especialmente en el municipio del oriente caucano de Inza. Allí se pueden observar productos como harina, aromática, aceite medicinal, pomada y bebidas como el cóctel de Coca y la gaseosa como la Coca Sek (Coca Nasa, s.f.). Precisamente, la tensión con la empresa multinacional Coca-Cola se debió a la aparición de la bebida Coca Sek que comenzó a producir la organización indígena Nasa:

Pero no todo ha sido color de rosa, en el año 2006 nos vimos en la mira de una de las más importantes multinacionales: The Coca-Cola Company. Esta multinacional interpuso una demanda contra nosotros a raíz de nuestra bebida energizante Coca Sek, en la cual reclamaban los derechos de propiedad sobre la palabra Coca, no prosperó, nuestra defensa se centró en exigir el reconocimiento de los derechos colectivos sobre la hoja de coca y así fue declarado (Coca Nasa, s.f.).

Sin embargo, en 2021 la empresa, por medio de sus abogados en Colombia, le pidió a la organización indígena Coca Nasa que no utilizara el término Coca debido a que son los propietarios de la marca: “hace unos días se hizo público a través de Twitter que The Coca-Cola Company envió un requerimiento a una pequeña empresa que comercializa productos basados en hoja de coca, justamente por el uso de la palabra “COCA” en sus productos” (Blog Derecho Económico, 2021).

Por supuesto que con los argumentos expuestos por parte de la innovadora organización indígena Coca Nasa, más el respaldo de las autoridades indígenas del territorio donde se encuentran instalados, el resultado del debate legal ha sido beneficioso para los indígenas Nasa, ya que la Corte Constitucional se ha pronunciado por el uso de la hoja de coca en los territorios indígenas:

El uso ancestral de la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas (...) la Corte Constitucional ha señalado que esta planta “es un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio, entre otros, para varias comunidades indígenas del país; por esta razón, varios instrumentos normativos y la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los usos ancestrales de esta planta se encuentran amparados por nuestra Carta, en particular, por el derecho a la identidad cultural y autonomía de dichas comunidades (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

Pese al reconocimiento jurisprudencial de la hoja de Coca como una planta que reproduce la identidad cultural de varios pueblos indígenas, en la misma sentencia, cuando se trata de otorgar los respectivos permisos para que los productos derivados de la hoja de coca sean comercializados en todo el país, se niega desde la misma Corte Constitucional la posibilidad y se pide que se cumpla con los requisitos que realiza el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA- que son ampliamente exigentes en lo que corresponde a los pueblos indígenas. Se configuró así una desigualdad en las innovaciones y donde solamente las grandes y medianas empresas pueden cumplir:

que declare que los productos de la marca COCA NASA cuentan con el Registro Sanitario para su comercialización, no es de recibo en tanto desborda el ámbito de protección del derecho a la identidad étnica y cultural, toda vez que, para la comercialización de los productos derivados de la hoja de coca, más allá de sus comunidades, se requiere cumplir las medidas de sanidad que exige la ley. En consecuencia, es necesario obtener el registro sanitario cumpliendo con los requisitos previstos para el efecto (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

Esto muestra que los productos de la organización Coca Nasa solamente se encuentran constitucionalmente autorizados de

comercializar en los territorios indígenas, negando la posibilidad que sean consumidos por el resto de los colombianos. Cuando aparece el aspecto económico, los más afectados son los pueblos indígenas con cierto favorecimiento para las empresas transnacionales. Es importante resaltar que la organización Coca Nasa ha tenido el reconocimiento en parte de la Alta Corte del Consejo de Estado en donde se coloca cierto límite al Invima y determina que se puede consumir sus productos:

no es admisible que el Estado colombiano, a través de entidades como el INVIMA, induzca a la comunidad en general a que se abstenga de consumir cualquier producto que contenga la hoja de coca, derivados de los territorios indígenas, dado que ello restringiría su desarrollo económico a nivel nacional, pues tal como se mencionó en el fallo transcrito, estos pueblos tienen derecho a proyectar su identidad “más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad”, ya que lo contrario, “...equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional (Consejo de Estado, Expediente núm. 2011-00271-00, del 18 de junio de 2015).

Ante esta situación jurisprudencial también se encuentra el respaldo de las Autoridades Indígenas que han otorgado los respectivos permisos para que la empresa comunitaria de la población indígena Nasa pueda seguir redistribuyendo sus productos en el territorio y el resto del país.

El caso del pueblo indígena Nasa con su organización y/o empresa comunitaria de Coca Nasa muestra los distintos impedimentos que ha tenido para posicionarse en el mercado nacional sea por la tensión con la empresa multinacional de Coca-Cola o con las negaciones que en ciertas ocasiones provienen de la Corte Constitucional que en otras decisiones ha sido más democrática e incluyente.

CONCLUSIONES

Las tensiones entre las empresas multinacionales y los pueblos indígenas se encuentran al orden del día, debido a múltiples factores, entre los que se sobresale en encontrarse en territorios de amplios recursos naturales que oscilan desde la minería, las plantas medicinales hasta los productos provenientes de los fósiles, situación que origina tensiones entre los intereses empresariales y las cosmovisiones de los pueblos indígenas. En ciertos casos y con la preocupación de los indígenas por sus territorios y productos, terminan en espacios judiciales nacionales e internacionales con una duración extensa en el tiempo y que no logran culminar fácilmente, como los dos casos que se referencian: el de los U'wa que inicia aproximadamente en 1995 y que está cerca de cumplir los 25 años, a la espera de sentencia de la Corte IDH; para el caso de los Nasa con su organización Coca Nasa ante la multinacional Coca-Cola, esta ya se ha resuelto desde lo legal y lo jurisprudencial, sin embargo la determinación definitiva sobre la organización y/o empresa comunitaria está en proceso de deliberación y de un resultado más concreto.

REFERENCIAS

AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) [Organización de los Estados Americanos (OEA)]. Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. 14 de junio de 2016. <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

Blog Derecho Económico (10 de diciembre de 2021). Coca-Cola vs. Coca Nasa. <https://derechoeconomico.uexternado.edu.co/internacional/coca-cola-vs-cosa-nasa/>

Bonilla Maldonado, Daniel (2015). Autogobierno e identidad cultural: la Corte Constitucional colombiana y el derecho a la consulta previa. En *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH] y Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC] (2019). *Tiempos de vida y de muerte: memorias y luchas de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: CNMH. <https://bapp.com.co/wp-content/uploads/2022/06/1.03.3312.pdf>

Coca Nasa (s.f.). Reseña histórica: 25 años de historia, resistencia y defensa de la hoja de coca. <https://cocanasa.org/content/4-resena-historica>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2015). Informe No. 33/15, Caso 11.754. Admisibilidad. Pueblo U'wa. Colombia. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2015/coad11754es.pdf>

Consejo de Estado (2015). Expediente núm. 2011-00271-00, del 18 de junio de 2015. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/11001032400020110027100.pdf>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039/97; 3 de febrero de 1997. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-357/2018; 31 de agosto de 2018. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-357-18.htm#_ftnref55

Fukuma, Mao (2022). Multiculturalismo neoliberal y transnacionalización de los pueblos indígenas en la frontera México-Estados Unidos. *EntreDiversidades*, 9 (1), 148-175. <http://entrediversidades.unach.mx/index.php/entrediversidades/article/view/325>

García Canclini, Néstor (2019). *Ciudadanos reemplazados por algoritmos*. Guadalajara: CALAS, Universidad de Guadalajara. <https://biblioteca-repositorio.clacso.edu.ar/bitstream/CLACSO/8013/1/Ciudadanos-reemplazados-por-algoritmos.pdf>

Gessner, Volkmar (2013). *El otro derecho comparado: ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*. México: UNAM.

Gómez Valencia, Herinaldy (2015). *Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Harris, Marvin (1986). *Caníbales y reyes*. Barcelona: Salvat

Editores.

Harris, Marvin (2003). *El desarrollo de la teoría antropológica: una historia de las teorías de las culturas*. Madrid: Siglo XXI.

Kymlicka, Will (2014). *The essentialist critique of multiculturalism: theories, policies, ethos*. Fiesole: European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31451/RSCAS_2014_59.pdf?sequence=1

Levi-Strauss, Claude (1995). *Antropología estructural*. Barcelona: Paidós.

Llano Franco, Jairo Vladimir (2009). Reconocimiento cultural y pluralismo jurídico en el Estado constitucional. En Jairo Vladimir Llano Franco et al., *Estado constitucional y diversidad cultural*. Cali: Poemia. (PDF) Reconocimiento cultural y pluralismo jurídico en el Estado constitucional (researchgate.net)

Llano Franco, Jairo Vladimir (2021). Derecho Internacional y Constitucional sobre consulta previa en proyectos viales en Colombia. *Novum Jus* (edición especial), 353-382. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4352/3979>

Llano Franco, Jairo Vladimir (2023). Decolonización, resistencia y emergencia por covid-19 en pueblos indígenas de Colombia. *Pensamiento Jurídico*, (58), 93-111. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/112768>

Ministerio de Justicia y del Derecho (Colombia), Consejo Regional Indígena del Cauca [CRIC] y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC] (2022). Estrategias de acción sobre el problema de las drogas: Pueblo Nasa-Cauca. https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/ODC/Documents/Publicaciones/LIBRO_CAUCA_NASA%20digital.pdf

Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC] (2023). Concluyó audiencia del caso U'wa Vs. el Estado Colombiano. <https://www.onic.org.co/noticias/4594-concluyo-audiencia-del-caso-u-wa-vs-el-estado-colombiano>

Ortiz, Renato (2015). *Universalismo e diversidade: contradições da modernidade-mundo*. São Paulo: Boitempo.

Quijano, Aníbal (2019). Colonialidad del poder,

eurocentrismo y América Latina, *Espacio Abierto* 28(1), 255-301. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12262976015>

Rodríguez, Gloria Amparo (2017). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Santos, Boaventura de Sousa (2017). Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes. En Boaventura de Sousa Santos y María Paula Meneses (eds.), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*. Bogotá: Ariel.

Santos, Boaventura de Sousa (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA.

Taylor, Charles (2001). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: F.C.E.

Wolkmer, Antonio Carlos (2018). *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Madrid: Dykinson.

Yáñez Fuenzalida, Nancy (2020). Derechos indígenas a los recursos naturales, al agua y al medio ambiente en el derecho internacional. *Anuario de Derechos Humanos*, (número especial 2020), 127-140. <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/60305/63779>

COMENTARIO A “TENSIONES ENTRE PUEBLOS INDÍGENAS Y EMPRESAS MULTINACIONALES EN COLOMBIA” DE JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO

Xiomara Alexandra Torres Jiménez

El capítulo titulado ‘Tensiones entre pueblos indígenas y empresas multinacionales en Colombia’ presenta un contexto general sobre los problemas que surgen a partir de la categoría de multiculturalismo como un concepto que ha buscado mercantilizar todo lo que encierra. Las tensiones de dicho concepto se ejemplifican a través de la exposición de dos casos concretos en Colombia: el pueblo U’wa vs Occidental Petroleum y el pueblo Nasa vs Coca-Cola Company.

El planteamiento alrededor de los dos casos expone el debate derivado del papel del Estado colombiano frente a la intromisión de multinacionales en territorios indígenas, ya sea de forma directa con el fin de hacer explotación de recursos naturales -como en el caso que el pueblo U’wa lleva contra la OXY- o por medio de la demanda sobre el uso del nombre de la coca, como el pleito que inició Coca Cola Company en contra del pueblo Nasa y frente al cual ya existen pronunciamientos judiciales a favor de estos últimos.

Frente a ello, el capítulo destaca cómo, a pesar de los diferentes pronunciamientos tanto nacionales como internacionales sobre el reconocimiento hacia los pueblos indígenas, cuando

aparecen intereses económicos, las comunidades dejan de ser el centro y resultan siendo las más afectadas, relegando los derechos sobre sus territorios y cosmovisiones a un segundo plano.

El análisis nos expone la debilidad e inoperancia que en muchos casos ha tenido el Estado colombiano frente a las acciones que van en contravía de la autonomía de los pueblos indígenas y que deja como resultado no sólo la vulneración de derechos a las comunidades, sino demandas interpuestas en cortes internacionales en contra del Estado como opción que toman los pueblos indígenas para garantizar el pleno ejercicio de su autonomía sobre los territorios que gobiernan, situación que finalmente implica someterse a los largos tiempos que tienen dichas instituciones internacionales para tomar una decisión sobre cada pleito.

Podemos preguntarnos, ¿qué aportes hace este artículo al campo de estudio de la *lex mercatoria* en América Latina? Los distintos debates que el texto va exponiendo llevan a cuestionar el papel de la *lex mercatoria* en América Latina en tanto el soporte utilizado por multinacionales para sustentar un derecho global del cual se valen para la explotación de recursos naturales y que justamente abre el debate en relación con los casos puntuales que lleva el pueblo U'wa y el pueblo Nasa. Se plantea entonces el interrogante sobre los límites existentes entre el derecho privado basado en intereses económicos -que pretenden ejercer algunas multinacionales- y la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus territorios y cosmovisión, los cuales quedan excluidos de las decisiones que se puedan emitir a partir de la *lex mercatoria* en el continente.

En esa vía, resulta importante exponer el debate frente a las decisiones que diversas multinacionales e instituciones de distinto orden puedan tomar basándose en la *lex mercatoria*, principalmente en América Latina, una región poblada por cientos de comunidades indígenas que constantemente denuncian la intromisión del capital para explotar sus territorios. Ante esto, se hace necesario plantear los límites que se deberían considerar cuando los intereses de grupos privados y otros, pretenden pasar por encima de comunidades.

Finalmente, este artículo deja algunas preguntas planteadas para seguir investigando. Principalmente, el reconocimiento de la

diversidad cultural y su relación con la implantación del neoliberalismo a nivel mundial, sumado al análisis de los casos del pueblo U'wa y el pueblo Nasa, deja las puertas abiertas para una reflexión e investigación sobre el contexto colombiano y lo que implicó la constitución de 1991 para los pueblos indígenas, más allá de la ampliación y el otorgamiento de derechos. Así mismo, el debate permite cuestionarse hasta dónde llega la autonomía de las comunidades cuando se atraviesan los intereses mercantiles de multinacionales y del mismo Estado como, por ejemplo, lo concerniente a la explotación de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios.

Ante esto, el debate y los estudios alrededor de la necesidad de la Jurisdicción Especial Indígena resultan imprescindibles, pues la creación de esta jurisdicción debería otorgar plena autonomía a las comunidades para decidir sobre las acciones que se realicen o no sobre sus territorios, sin la necesidad de esperar las decisiones que pueda proferir el Estado colombiano o alguna de las cortes internacionales de justicia. Frente a esto, el papel de la academia y los aportes que pueda brindar son esenciales para nutrir el debate y poder tomar decisiones.

¿DESARROLLO O DEPENDENCIA?

EL CASO MINERO EN CHILE

Gonzalo Durán
Santiago Rosselot
Andrea Sato Jabre

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL ARTÍCULO

Este artículo tiene como objetivo cuestionar una verdad instalada en Chile: que la minería, especialmente el cobre, es el “sueldo de Chile”. Se busca examinar quiénes han sido los verdaderos beneficiados del crecimiento de la minería en Chile desde los 90 y si el crecimiento que se ha observado en el área ha permeado a la clase trabajadora y a la sociedad chilena en su conjunto. Se hace un énfasis principal en los trabajadores vinculados a la minería del cobre. La pregunta que recorre el análisis es la siguiente: ¿la apertura comercial basada en la exportación de bienes de bajo valor agregado ha sido beneficiosa para Chile y para las y los trabajadores mineros? Para realizar este análisis se caracteriza a nivel general la política comercial exterior; se profundiza en las dinámicas macroeconómicas del sector de la minería y se analiza el empleo en la minería chilena. Por último, se describe a nivel general la participación de grandes grupos económicos en la explotación minera para dibujar la concentración de la riqueza vinculada a las actividades cupríferas.

La estrategia comercial de Chile, principalmente, ha sido la apertura comercial. Con la instalación de políticas neoliberales y la

profundización del sistema económico capitalista “Chile ha abierto sus puertas al mundo”. Esto se evidencia en la cantidad exorbitante de acuerdos comerciales, - como Tratados de Libre Comercio o Tratados Bilaterales de Inversión- firmados y ratificados con la mayoría de los países del mundo (Ghiotto, 2020). Esta apertura comercial se basó principalmente en buscar el aumento de las exportaciones y con esto dinamizar la economía chilena en el campo de la competencia internacional (Barriga et al., 2022). El aumento de las exportaciones chilenas hacia el resto del mundo fue un punto fundamental para establecer un mayor crecimiento y con esto llegar al anhelado “desarrollo”. La estrategia de desarrollo comercial internacional se basó en reducir aranceles, fomentar el consumo interno y aumentar las exportaciones progresivamente (Acosta y Brandt, 2017). El proceso de apertura comercial y aumento de las exportaciones implicó que Chile se “especializara” en la extracción de materias primas, reforzando el modelo primario exportador. Las materias primas que Chile exporta no tenían ni tienen valor agregado, no pasan por procesos de refinamiento y no han generado un modelo de mayor industrialización autónoma o transferencia tecnológica. La matriz productiva chilena se ha estancado en una estructura básica de exportación y venta de materias primas de bajo valor (Sato Jabre et al., 2024).

Durante las últimas décadas se puede observar que ha existido un mayor crecimiento en el país, la razón principal es el aumento de exportaciones (Sato Jabre et al., 2024). Este aumento en el crecimiento económico del país evidenciado en el PIB (Producto Interno Bruto) no ha significado una mejor distribución de la riqueza, mejores salarios para los trabajadores de esos sectores, diversificación productiva, mejoras en la matriz productiva nacional o afinar los propios encadenamientos productivos (Durán y Stanton, 2022; Sato Jabre et al., 2024), lo que evidencia que este modelo es arcaico y conlleva escasos beneficios a nivel social con altos niveles de dependencia de los centros económicos globales.¹

1. Durante este informe utilizaremos la perspectiva de dependencia que ha desa-

LA MINERÍA ¿LA GALLINA DE LOS HUEVOS DE ORO?

Chile ha sido históricamente un país que ha extraído minerales: el salitre, el carbón y actualmente el cobre y el litio. Un rasgo principal de todas estas extracciones, tanto las que se daban en el siglo XIX como en la actualidad es que hay un proceso extractivo y de posterior exportación acelerado. Es una actividad productiva de gran escala y con casi nulo refinamiento industrial o procesamiento de los propios minerales (Gudynas, 2017; Svampa, 2019). A pesar de la producción minera a gran escala, que tiene réditos importantes para los controladores y dueños de las operaciones, estas actividades de alto impacto no han significado mayor bienestar para los territorios en los que se emplazan las faenas extractivas de minerales (Atienza, Fleming-Muñoz y Aroca, 2021). Históricamente las comunidades han sido desplazadas y solo han servido como mano de obra barata dentro de las actividades de las grandes corporaciones extractivistas (Pinto, 1959). Desde el salitre hasta el litio, la clase trabajadora ha sostenido con su propia explotación la ganancia de los capitalistas de la minería. Este modelo desigual que tiene ribetes transnacionales ha estructurado las relaciones de dependencia que ha experimentado Chile tempranamente con otras naciones de los centros económicos globales (Fazio, 2000).

A menudo los gobiernos latinoamericanos, indistintamente de su orientación política, han defendido la actividad extractivista minera. Esto con la excusa de que es un aporte sustancial para las arcas fiscales y el “crecimiento” del país que se expresa en números

rollado la escuela de los sistemas- mundo. Dentro del análisis de la economía- se entiende que: “[...] una gran zona geográfica dentro de la cual existe una división del trabajo y por lo tanto un intercambio significativo de bienes básicos o esenciales así como un flujo de capital y trabajo. Una característica definitoria de una economía-mundo es que no está limitada por una estructura política unitaria. Por el contrario, hay muchas unidades políticas dentro de una economía-mundo, tenuemente vinculadas entre sí en nuestro sistema-mundo moderno dentro de un sistema interestatal” (Wallerstein, 2005:40).

El autor propone que los términos de intercambio están deteriorados entre los centros y las periferias globales. Los bienes industriales que América Latina importa desde los centros económicos globales. Ello se expresa en el deterioro en los términos de intercambio, en el que los precios de los bienes industriales que importa América Latina desde los centros económicos globales tienden a subir a largo plazo y los bienes exportados de la región periférica tienden a bajar. Construyendo una relación desigual, de dependencia y estancamiento que afecta a la región sureña.

azules en el PIB. (Svampa, 2019). El crecimiento ha sido la excusa de los gobiernos de diversos países para embarcarse en estructuras económicas asfixiantes para el medioambiente, los territorios y las y los trabajadores que se dedican a la actividad minera.

Los gobiernos progresistas de la región también respaldan la narrativa que perpetúa la idea de que un superávit fiscal es prioritario en desmedro a la protección de la naturaleza y de los seres vivos (Acosta y Brandt, 2017). Dentro de las decisiones de la economía política que ha ordenado los centros y periferias a nivel mundial, en América Latina y el Caribe se han estructurado economías para el despojo en el cual los países periféricos dotan a bajo precio de materias primas a los centros económicos globales (Rodríguez Arias y Gómez López, 2014). En los países ricos se concentra la riqueza y el avance tecnológico, mientras se extiende la miseria por los países dependientes. La actividad minera es un claro ejemplo de aquello (Fazio, 2000). Mientras los gobiernos y renombrados economistas consideran que la minería hace crecer a los países, se ha evidenciado que en realidad esta actividad trae aparejada concentración de la riqueza, reforzamiento de estructuras oligopólicas y beneficio a favor de los capitales internacionales. En los lugares donde se ubican los yacimientos minerales proliferan conflictos socioambientales y se mantiene o profundiza la pobreza. Estas desigualdades estructurales durante las últimas décadas se han profundizado en el marco de una crisis del modelo de acumulación capitalista. La apropiación multidimensional del capital sobre la vida y el valor del trabajo ha escalado hasta límites sin precedentes profundizando aún más las relaciones de explotación (Svampa, 2019; Durán y Stanton, 2022).

CHILE, UN PAÍS MINERO

A pesar de los intentos fallidos de industrialización en Chile, ha sido la minería y la extracción de diversos minerales en lo que se ha especializado el país (Pinto, 1959). En tiempos contemporáneos, se ha concentrado en la extracción del cobre. El país es uno de los que mayores reservas del mineral aglutina a nivel mundial (Bárcena, 2017). Que Chile tenga grandes yacimientos mineros ha habilitado la focalización de actividades que permiten agilizar la extracción de los minerales desplazando cualquier otra actividad que pudiese ser más sostenible. La discusión de una

matriz productiva moderna que sea sostenible con las comunidades y el medio ambiente se clausura bajo el argumento del crecimiento macroeconómico y el aporte de la minería a las arcas fiscales. Los debates que cuestionan a la minería como actividad principal en el país parecen siempre estar estancados.

Al observar las exportaciones chilenas desde el año 1990 hasta el 2023, se constata que el recurso más importante de exportación está vinculado a la minería. El sector minero durante esas más de tres décadas fue donde se presentaron los mayores niveles de exportación, fluctuando entre un 40% y un 60% del total de las exportaciones (Banco Central de Chile, s.f.a, s.f.b y s.f.c). Si se mira su evolución desde el 2002, la minería ha tenido un crecimiento exponencial mientras otras áreas de la producción han quedado rezagadas (Sato Jabre et al., 2024).

Si en 1990 las exportaciones en minería fueron de 4.819 millones de dólares FOB, en 2023 alcanzaron los 52.460 millones, lo que significa un crecimiento total en el período de 1031%, es decir, las exportaciones en minería en 2023 fueron prácticamente once veces las de 1990² (Banco Central de Chile, s.f.b y Banco Central de Chile, s.f.b).

Al analizar las explotaciones cupríferas en un mediano y largo plazo hay evidencia de que la industria ha tenido un crecimiento sostenido y una marcada privatización en las últimas décadas:

El total de explotaciones mineras operativas por año muestra el crecimiento que ha tenido la industria en las últimas tres décadas, y se pueden observar ciertas dinámicas. En 1990, existían ocho yacimientos, de los cuales cuatro pertenecían a Codelco, mientras que el año 2000 ya eran diecisiete, cuatro de propiedad estatal [...]

La producción de Codelco aumentó, en todo el período (1990-2021), un 45 %. Por su parte, la producción privada/mixta aumentó en 919 %. Si miramos la evolución por subperíodo, vemos que la mayor parte del crecimiento se dio en la década de los noventa, donde la producción de Codelco

2 Para este análisis se utilizaron 3 series discontinuas publicadas por el Banco Central: Exportaciones de bienes (millones de dólares FOB) 1989-1995, 1996-2011 y 2003-2024.

creció un 35 %, mientras que la privada/ mixta creció un 634 %. Por otro lado, desde el año 2000, Codelco aumentó su producción en un 7 % y las empresas privadas o mixtas un 30 %. Tal como se puede esperar a partir de los datos recién expuestos, la participación estatal sobre la producción total de la gran minería ha disminuido drásticamente durante el período. Si en 1990 alcanzó un 75,3 %, el punto máximo de la serie, al 2000 ya había disminuido a un 35 %. Del 2000 en adelante se puede observar una caída menos pronunciada hasta alcanzar el 30,7 % que representó en 2021.

Si miramos la producción estatal sin considerar su participación en empresas mixtas, vemos que a 2021 representó un 29,6 % de la producción nacional. Por otra parte, el peso de las empresas de propiedad mixta alcanzó un 9,1 % del total de la producción, principalmente concentrada en la producción de Anglo American Sur y El Abra. Las empresas privadas concentraron el 61,3 % restante. Si la producción de empresas mixtas se distribuye entre las empresas estatales y privadas según su participación en la propiedad, la producción estatal alcanza un 31,7 % y la privada un 68,3 %, [...] Es posible observar que la mayoría del aumento en la producción cuprífera nacional se debe a la incorporación de nuevos actores del sector privado, principalmente durante la década de los noventa. Este fenómeno hizo que disminuyera drásticamente el peso relativo de la producción estatal, a pesar de que su producción aumentó en términos absoluto³ (Sato Jabre et al., 2024, pp. 130-132).

Lo que se ha presentado como un éxito económico en Chile, oculta que la riqueza se ha tendido a concentrar y a transnacionalizar. La participación estatal en la producción minera cada vez disminuye más y de forma paralela el control extranjero aumenta. Además, el éxito económico se ve ensombrecido por la gran cantidad de

3 Un análisis exhaustivo de las dinámicas de la minería en las últimas décadas está contenido en el libro: Estudios críticos sobre tratados de comercio e inversión en América latina y el Caribe. Disponible en https://fundacionsol.cl/cl_luzit_herramientas/static/adjuntos/7526/1032.pdf

conflictos ambientales⁴ que se desarrollan en el territorio chileno vinculados a la actividad minera. Los indicadores macroeconómicos azules ocultan mayores niveles de desigualdad, conflictos territoriales y afectación a los hogares de trabajadoras y trabajadores que viven de los ingresos de la minería.

Un tema central para analizar es la distribución de la riqueza y las condiciones de existencia y trabajo de los hogares que viven de los ingresos de la minería. O sea, las y los trabajadores que venden su fuerza de trabajo en la industria. Las rentas mineras han sido catalogadas como el “sueldo de Chile”. Pero ¿estas rentas se ven reflejadas en mejoras sustanciales en los territorios donde se emplazan las actividades mineras y en las y los trabajadores de las minas? La minería ha concentrado la riqueza en manos privadas y ha expandido la conflictividad territorial por temas vinculados a lo socioambiental ¿Quiénes ganan con la explotación minera?

MINERÍA PARA EL CAPITAL

Cómo hemos señalado, la minería es una actividad económica clave en las exportaciones y también en la contribución del PIB en Chile. Sin embargo, cuando observamos el aporte que hace al empleo total su relevancia es marginal. Por ejemplo, en el año 1992, según datos de la encuesta CASEN, la minería representó sólo el 2,13% del empleo total. En 2006, en pleno boom del precio de las materias primas, representó un 1,7% del empleo total. En 2022, fue un 2,8%.⁵ Este rasgo, es decir, el bajo uso de trabajadores y trabajadoras da cuenta de una industria que tiene una elevadísima productividad, pero al mismo tiempo nos adelanta que los frutos de este trabajo se encuentran fuertemente concentrados.

En términos absolutos, se puede observar que hasta 2023 habían trabajado un total de 329.293 personas directamente en faenas mineras, sea de empresas mandantes o de contratistas. Este es el *peak* del sector, equivalente a 2,3 veces la dotación del sector en 2003. Si bien se observa

4 Disponible en: Mapa Conflictos Mineros OCMAL https://mapa.conflictosmineros.net/ocmal_db-v2/

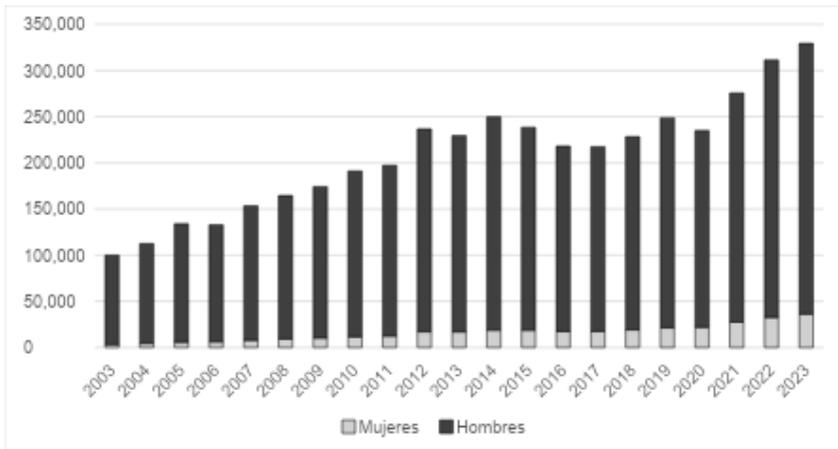
5 Todos los cálculos son elaboración propia en base a microdatos encuesta CASEN.

una caída del empleo a mediados de la década pasada y en 2020, se constata una clara tendencia al alza. Según informa SERNAGEOMIN, considerando la década 2013 – 2023, la minería empleaba 253 mil trabajadores/as en promedio.

Una mirada por género nos muestra una de las principales características del mercado laboral minero: su masculinización. En 2023, 36.292 mujeres trabajaron en faenas mineras, representando apenas un 11% de la dotación ramal, muy por debajo del 43% que representaban del total de ocupados/as o el 51% de la Población en Edad de Trabajar.⁶ De cualquier forma, la participación de mujeres en el sector ha crecido en los últimos 20 años, desde las 3.329 trabajadoras (3,3%) de 2003⁷ (Comisión Chilena del Cobre, 2024).

La evolución del empleo se puede encontrar en la figura 1.

Figura 1. Número de ocupados/as según género en faenas mineras (2003-2023).



Fuente: elaboración propia en base a datos del Anuario de

6 Encuesta Nacional de Empleo, Trimestre noviembre-diciembre-enero 2023.

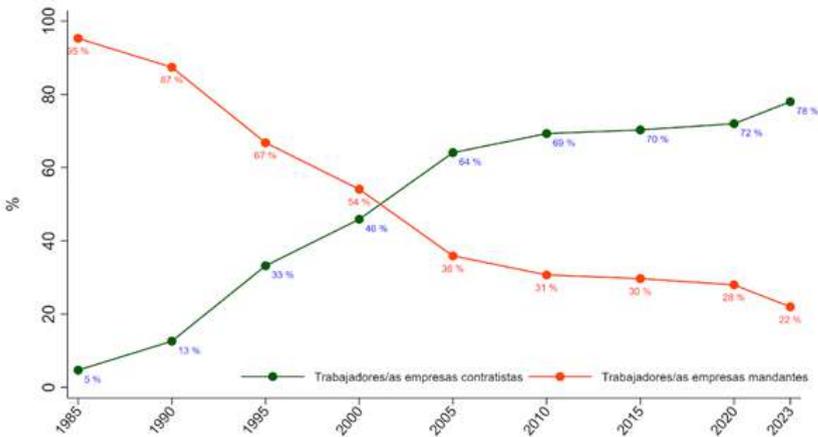
7 No fue posible obtener una serie de tiempo más larga que comenzara en 1990 para estos datos con la fuente reportada.

Estadísticas del Cobre y Otros Minerales (2024) de la Comisión Chilena del Cobre (Cochilco).

Otra característica esencial del sector minero en Chile tiene que ver con la presencia de trabajo externalizado. Este concepto se refiere a cuando una empresa minera titular de una faena o instalación encarga a otra empresa la ejecución de actividades por su cuenta y riesgo y con trabajadores/as bajo su dependencia. Por lo general es perjudicial para quien vende su fuerza de trabajo, ya que se separan las relaciones de subordinación y dependencia económica, lo que implica diferencias relevantes en cuanto a las condiciones laborales, los salarios y las formas de organización colectiva.

En 2023 el 78,2% del empleo minero correspondía a empleo externo, vinculado a la faena a través de empresas contratistas y subcontratistas. A modo de referencia, cabe consignar que, en 1985, dicho porcentaje sólo era de un 5% y en 1990, de un 13%.

Figura 2: Distribución porcentual empleo directo e indirecto (externo) en la minería



Fuente: elaboración propia en base a datos del Anuario de la Minería de Chile 2024 del Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN).

Un indicador tradicional para evaluar la calidad del empleo es la ocupación informal (Hussmans, Mehran y Verma, 1993). De acuerdo con los últimos desarrollos metodológicos (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2013), esta medición se lleva a cabo combinando dos enfoques: trabajadores/as que son parte del empleo informal, así como quienes trabajan en el sector informal.

En Chile este indicador se puede estudiar desde el año 2017.⁸ Si realizamos un análisis para el sector de la minería, los datos arrojan que la informalidad es de un 4%⁹ para el año 2017, primer registro oficial. En 2023 llegaba a un 3%.¹⁰ Mientras, a nivel nacional las cifras sobre informalidad (ocupación informal) se han mantenido en torno al 30%.¹¹ Así, la cifra situada en la minería da cuenta de un bajo nivel de ocupación informal, rasgo típico de industrias o sectores en los que existe una fuerte presencia sindical.

En la minería la tasa de sindicalización del llamado sector privado llegó en 2019 a un 28%, mientras que el registro nacional marcaba un 18,9% (Dirección del Trabajo, 2020).¹² Esta tasa es menor a la que existía en 1990 que computó casi un 50% y da cuenta de que la estrategia de ataque al poder asociativo de la clase trabajadora minera, por parte de las empresas, ha dado resultado a nivel del todo el sector (Durán, 2022). En la Gran Minería del Cobre¹³ las tasas de sindicalización son mucho más elevadas, superan el 70%¹⁴ (Consejo Minero, 2022). Si bien existe un nivel alto de sindicalización, la fragmentación entre las

8 Instituto Nacional de Estadísticas. https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/informalidad-y-condiciones-laborales/metodologia/documentos/metodologia-informalidad-2021.pdf?sfvrsn=afad6bfc_17

9 Elaboración propia usando los microdatos de la Encuesta Nacional de Empleo, trimestre móvil octubre-diciembre de 2017

10 Ídem.

11 Ídem.

12 La estadística por sector económico se discontinuó a partir de esta última publicación y hasta el momento no se ha vuelto a producir [consultado el 18 de octubre de 2024].

13 Las empresas que componen Gran Minería del Cobre (GMC) son aquellas cuyos niveles de producción superan un umbral dado (75 mil toneladas métricas anuales). Estas empresas se agrupan en un consorcio llamado Consejo Minero: <https://consejominero.cl/>

14 No fue posible encontrar las tasas de sindicalización para la Gran Minería del Cobre para los años 1990.

organizaciones es un problema relevante (Durán, 2024). Por ejemplo, sólo en CODELCO existen casi 30 organizaciones sindicales (Dirección del Trabajo, s.f.), que compiten unas con otras en una lógica de rivalidad (Durán, 2024). Esto da cuenta que la mera tenencia de un puesto de trabajo “formal” no es garantía de ausencia de trabajo precario. La fragmentación sindical, por ejemplo, horada el poder asociativo de las y los trabajadores y ello ocurre en un contexto de ocupación formal.

Una dimensión fundamental para el análisis del empleo es la salarial. En 2023 la mediana de ingresos del trabajo en la minería llegó a \$1.000.000 (pesos chilenos), mientras que el promedio fue de \$1.439.055 (Durán y Kremerman, 2024). Estas cifras están entre las más altas de Chile a nivel de sectores económicos. Si comparamos la mediana de ingresos de la minería en 2018 y la expresamos en moneda constante de noviembre de 2023 veremos que existe una reducción en el margen: en 2018 la mediana fue de \$1.070.400. Si revisamos los datos de 2013, y hacemos el ajuste de moneda para expresarla en su denominación de noviembre de 2023, la mediana de ingresos en la minería resulta en \$1.025.945. Estos cálculos sencillos dan una idea de lo que ha venido sucediendo en la minería en la última década. Más que observar un aumento sostenido de los salarios, lo que nos dicen estos datos es que predomina una suerte de estancamiento salarial.

Una posible explicación de lo anterior podría ser que se trata de una consecuencia del aumento sostenido de la subcontratación minera. Según se puede apreciar en las estadísticas oficiales de ingresos del trabajo, existe en la minería una brecha salarial a favor de los trabajadores directamente contratados que para el año 2023 llegó a un 72,6% (Durán y Kremerman, 2024).

Esto quiere decir que a medida que aumenta la incidencia del trabajo tercerizado (cuestión que ha venido sucediendo tal como se aprecia en la figura 2) menor es la carga salarial relativa para quienes compran fuerza de trabajo. Ella ha sido un factor *contrarrestante* activado por los capitalistas mineros, como forma de frenar la caída en la tasa de ganancias que también se ha visto como parte del término del súper ciclo de las materias primas y que se relaciona directamente con la ralentización en las tasas de crecimiento de China que es el principal

destino de las exportaciones.¹⁵ En ese contexto, el ataque al poder organizacional de las y los trabajadores presentes en las faenas mineras es visto como un mecanismo para detener dicha caída en los márgenes de ganancia.

Hemos advertido que los niveles de ingresos en el sector minero son elevados en comparación con el resto de los sectores económicos. Sin embargo, esto no quiere decir que se trate de un sector donde los niveles de explotación sean bajos o inclusive menores a los que se observan a nivel agregado. Naturalmente, para responder esta pregunta necesitamos indagar por la distribución de los ingresos entre capital y trabajo en ese sector en particular.

Una mirada a las utilidades de las principales empresas mineras que operan en el país permite observar la magnitud de las ganancias del sector para el empresariado. BHP, transnacional de origen australiano-británica que representó el 15% de la producción total de cobre de mina¹⁶ en 2021, acumuló utilidades por 6.599 millones de dólares entre 2021 y 2022. Antofagasta Minerals (8,8% de la producción), empresa chilena propiedad del Grupo Luksic y principal fortuna del país,¹⁷ sumó utilidades por 4.094 millones de dólares en el mismo período. Por su parte, Anglo American (8,2% de la producción), transnacional con base en Reino Unido, alcanzó los 6.005 millones de dólares en esos años (Sato Jabre et al., 2024).

Otro antecedente relevante para el análisis son las rentas económicas apropiadas por los dueños de las principales empresas mineras del país. La renta económica se refiere a la retribución económica por un factor de producción específico percibido en exceso, por encima del pago mínimo requerido¹⁸ para seguir dándole uso. Entre 2005-2014 se estima que la renta económica extraída fue de 114 mil millones de dólares, equivalente al 5,1%

15 Para ver estadísticas sobre la ralentización en las tasas de crecimiento de la economía China véase datos del Banco Mundial (World Development Indicators) y del Fondo Monetario Internacional (World Economic Outlook).

16 El total del cobre extraído.

17 Según el ranking Forbes 2024: <https://forbes.cl/negocios/2024-04-03/lista-forbes-estos-son-los-6-chilenos-con-las-fortunas-mas-grandes-en-2024>

18 Incluyendo el riesgo de la exploración minera y la volatilidad del precio del cobre, además del pago de impuestos.

del PIB y el 24,4% del gasto público durante el período (Sturla Zerene et al., 2018).

Si observamos la distribución funcional de los ingresos, en la minería se advierte lo siguiente: en el año 2022, de cada \$100, \$90 se los apropia el capital y sólo \$10 el trabajo.¹⁹

Este resultado también se puede apreciar desde otro ángulo. Antofagasta es la región de Chile dónde se encuentran los principales yacimientos mineros del país. Esta región depende fundamentalmente de la minería.²⁰ De acuerdo con los datos del Banco Central, el PIB de la región de Antofagasta es el más alto de todo Chile. Si lo expresamos en dólares ajustados por paridad de poder de compra (PPC ó dólares PPP) se obtiene que para el año 2023 - haciendo una extrapolación de la proyección del Fondo Monetario Internacional - el PIB per cápita de la región de Antofagasta fue de US\$92 mil. Es decir, 3 veces el dato nacional (US\$29,8 mil) y superior al PIB per cápita proyectado para Suiza (US\$89 mil). Sin embargo, esta región y su capital, la ciudad nortina de Antofagasta, son territorios muy atrasados, donde existen altos grados de pobreza, exclusión y desigualdad. En esta región, de acuerdo con los datos de la CASEN 2022, un 17,1% de la población se encuentra en situación de pobreza multidimensional, superando marginalmente al dato nacional (16,9%).

COMENTARIOS FINALES

A lo largo de este artículo hemos analizado a la minería en Chile, quizás el sector más relevante en cuanto al crecimiento macroeconómico que ha tenido el país desde 1990. Considerado como “*el sueldo de Chile*” por economistas, políticos y empresarios afines a la corriente neoliberal impuesta durante la dictadura cívico-militar, nos preguntamos quiénes son los verdaderos beneficiados del crecimiento que ha tenido esta industria, a través de un análisis del empleo en el sector.

19 Elaboración propia en base a Cuentas Nacionales del Banco Central de Chile. PIB enfoque ingreso a precios corrientes. Este cálculo se refiere a la distribución del ingreso entre lo que se denomina excedente de explotación y remuneraciones. Se ha excluido del cómputo el tratamiento de los impuestos.

20 Repositorio de Estadísticas regionales Instituto Nacional de Estadísticas.

Lo primero que se puede observar es que es un sector cuyo aporte al PIB es mayor que al empleo, indicando ser una industria altamente productiva e intensiva en capital y dando luces de una marcada concentración de los réditos que deja el extractivismo mineral. Sin embargo, en términos relativos, es un sector que muestra indicadores de calidad mejores que el grueso del empleo nacional, particularmente en cuanto a formalidad y niveles salariales.

Lo anterior está lejos de garantizar condiciones dignas para las y los trabajadores del sector. En primer lugar, existe una fuerte masculinización en la fuerza de trabajo minera, por lo cual los beneficios relativos del sector se concentran mayoritariamente en varones, agudizando las brechas de género que se observan en el mercado laboral. Por otro lado, existe una tasa de empleo externalizado de las más altas del país, fenómeno que ha crecido exponencialmente en los últimos 40 años y que puede ser interpretado como un factor contrarrestante frente a la caída en la tasa de ganancias de los capitalistas mineros. Esto cobra aún más sentido al observar el estancamiento salarial del sector desde 2018 a la fecha. Ni siquiera las elevadas tasas de sindicalización han podido revertir la situación, marcadas por la fragmentación sindical y un modelo de relaciones laborales que le da pocas herramientas a la clase trabajadora organizada.

En contraposición, vemos como los empresarios de la minería han acumulado millonarias utilidades, apropiándose de cuantiosas rentas económicas. Si miramos la distribución funcional de los ingresos en el sector, vemos que de cada \$100 que se generan, sólo \$10 se destinan al pago de salarios. Antofagasta, la región de mayor intensidad en cuanto a explotaciones mineras, tiene un PIB p/c equivalente al de Suiza, el cual convive con una tasa de pobreza multidimensional por sobre el promedio nacional.

Si bien los antecedentes expuestos permiten afirmar que existe explotación en la industria minera, para realizar un análisis en profundidad es necesario un abordaje metodológico que excede aquel que se puede alcanzar en un artículo de estas características y que se podría explorar en futuras investigaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, Alberto y Brandt, Ulrich (2017). *Salidas del laberinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo*. Madrid: Icaria.

Atienza, Miguel; Fleming-Muñoz, David y Aroca, Patricia (2021). Territorial development and mining. Insights and challenges from the Chilean case. *Resources Policy*, 70, 101812. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301420720308370>

Atienza, Miguel et al. (2023). Formalization beyond legalization: ENAMI and the promotion of small-scale mining in Chile. *Journal of Rural Studies*, 98, 123-133. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0743016723000335>

Banco Central de Chile (s.f.a). *Base de Datos Estadísticos (BDE): Exportaciones de bienes, 1996-2011 (millones de dólares FOB)*. https://si3.bcentral.cl/Siete/ES/Siete/Cuadro/CAP_BDP/MN_BDP42/BP6M_EXPORT_96_11/BP6M_EXPORT_96_11

Banco Central de Chile (s.f.b). *Base de Datos Estadísticos (BDE): Exportaciones de bienes 2013 – 2024 (millones de dólares FOB)*. https://si3.bcentral.cl/Siete/ES/Siete/Cuadro/CAP_BDP/MN_BDP42/BP6M_EXPORT/BP6M_EXPORT

Banco Central de Chile (s.f.c). *Base de Datos Estadísticos (BDE): Exportaciones de bienes, 1989-1995 (Millones de dólares FOB)*. https://si3.bcentral.cl/Siete/ES/Siete/Cuadro/CAP_BDP/MN_BDP42/EXP_1989-1995/EXP_1989-1995

Bárcena, Alicia (2017). Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible. CEPAL. https://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/170425_finalalicia_barcelona_politecnico-mexico.pdf

Barriga, Francisca et al. (2022). *Chile: 30 años de Tratados de Libre Comercio*. Santiago de Chile: Fundación SOL. https://fundacionsol.cl/cl_luzit_herramientas/static/adjuntos/6821/Plataforma%20NoTLC%20Informe%20Final.pdf

Bellamy, John (2000). *La Ecología de Marx: materialismo y naturaleza*. Barcelona: Viejo topo.

Calderón-Seguel, Matías et al. (2021). Mining, Urban Growth, and Agrarian Changes in the Atacama Desert: The Case of the Calama Oasis in Northern Chile. *Land*, 10(11), 1262. <https://www.mdpi.com/2073-445X/10/11/1262>

Campos, Levi y Mardones, Cristian (2023). An economic evaluation of the health and agricultural damages caused by copper Mining in Chile. *Latin American Research Review*, 58(2), 342-367. <https://www.cambridge.org/core/journals/latin-american-research-review/article/an-economic-evaluation-of-the-health-and-agricultural-damages-caused-by-copper-mining-in-chile/69F33F9A65D8EA03CEFE27FA8B14BA38>

Comisión Chilena del Cobre (2024). *Anuario de Estadísticas del Cobre y Otros Minerales 2004-2023*. <https://www.cochilco.cl/web/anuario-de-estadisticas-del-cobre-y-otros-minerales/>

Consejo Minero (2022). *Minería en más de 280 caracteres: información para un debate fundado*. <https://consejominero.cl/wp-content/uploads/2023/04/mineria-280-caracteres.pdf>

Dirección del Trabajo (2020). Capítulo II: Organizaciones Sindicales. En *Anuario Estadístico DT 2020*. <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/w3-article-121646.html>

Dirección del Trabajo (s.f.). Sistema Informático de Relaciones Laborales (SIRELA): Trámites y servicios. <https://tramites.dirtrab.cl/tramitesenlineatrabajadores/Transparencia/RerporteRRLLOrg.aspx>

Durán, Gonzalo (2024). Marginalised and fragmented collective bargaining: impacts on workers' power, the Chilean case. *Socialism and Democracy*, 37(3), 12-34. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/08854300.2024.2375792>

Durán, Gonzalo (2022). Marginalised and fragmented collective bargaining in Chile. Impacts on workers' power resources and income distribution. *PhD Dissertation*. Universität Duisburg-Essen.

Durán, Gonzalo y Kremerman, Marco (2024). *Los verdaderos sueldos de Chile: panorama actual del valor de la fuerza de trabajo usando la Encuesta Suplementaria de Ingresos ESI (2023)*. Santiago de Chile: Fundación SOL. https://www.researchgate.net/publication/384043587_Los_Verdaderos_Sueldos_de_Chile_Panorama_actual_del_Valor_de_la_Fuerza_de_Trabajo_usando_la_Encuesta_Suplementaria_de_Ingresos_ESI_2023

Durán, Gonzalo y Stanton, Michael (2022). The Chilean economy, an analysis of the dynamics of profits, investments and

production: A Marxist approach. *Capital & Class*, 46(3). 377-400. <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/03098168211054799>

Fazio, Hugo (2000). *La transnacionalización de la economía chilena: mapa de la extrema riqueza al año 2000*. Santiago de Chile: LOM.

French-Davis, Ricardo (2003). Chile, entre el neoliberalismo y el crecimiento con igualdad. *Nueva Sociedad*, 183, 70-90. https://static.nuso.org/media/articles/downloads/3100_1.pdf

Ghiotto, Luciana (2020). Las promesas incumplidas de los Tratados de Libre Comercio y de Inversión en América Latina: un balance a 25 años. En Luciana Ghiotto y Patricia Latorra (eds.), *25 años de tratados de libre comercio e inversión en América Latina: análisis y perspectivas críticas*. Buenos Aires: Fundación Rosa Luxemburgo/Plataforma América Latina Mejor sin TLC. <https://www.accionecologica.org/wp-content/uploads/25-anos-de-tratados-de-libre-comercio-en-America-Latina-Digital.pdf>

Gudynas, Eduardo (2017). *Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales*. Buenos Aires: Tinta Limón.

Hussmans, Ralf; Mehran, Farhad y Verma, Vijay (1993). *Encuestas de población económicamente activa, empleo, desempleo y subempleo: Manual de la O.I.T. sobre conceptos y métodos*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de España. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@stat/documents/publication/wcms_216391.pdf

Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2013). *Measuring informality: a statistical manual on the informal sector and informal employment*. <https://www.ilo.org/publications/measuring-informality-statistical-manual-informal-sector-and-informal>

OXFAM Internacional. (2016). *Desterrados: Tierra, poder y desigualdad en América Latina*. <https://www.oxfam.org/es/informes/desterrados-tierra-poder-y-desigualdad-en-america-latina>

Pengue, Walter (comp.) (2017). *El pensamiento ambiental del Sur: complejidad, recursos y ecología política latinoamericana*. Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento.

Pinto, Anibal (1959). *Chile: un caso de desarrollo frustrado*. Santiago de Chile: Editorial universitaria.

Pinto Vallejos, Julio (1994). *Historia y minería en Chile:*

estudios y fuentes. *América Latina en la historia Económica*, 1(1), 65-88. <https://beta.acuedi.org/book/521.pdf>

Rodríguez Arias, Nadyra y Gómez López, Claudia S. (2014). La maldición de los recursos naturales y el bienestar social. *Ensayos Revista de Economía*, 33(1), 63-90. <https://ensayos.uanl.mx/index.php/ensayos/article/view/32>

Sato Jabre, Andrea et al. (2024). ¿Son los TLC beneficiosos para Chile?: un análisis de impacto a partir de los TLC con los principales socios comerciales de Chile. En Luciana Ghiotto y Rodrigo Pascual (comps.), *Estudios críticos sobre tratados de comercio e inversión en América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: CLACSO. <https://libreria.clacso.org/publicacion.php?p=3753&c=2>

Dirección del Trabajo (s.f.). *Sistema Informático de Relaciones Laborales (SIRELA): Trámites y servicios*. <https://tramites.dirtrab.cl/tramitesenlineatrabajadores/Transparencia/RerporteRRLLOrg.aspx>

Sturla Zerene, Gino et al. (2018). La riqueza regalada a la gran minería del cobre en Chile: nuevas estimaciones, 2005-2014. *Revista de la CEPAL*, 124, 107-129. <https://hdl.handle.net/11362/43463>

Svampa, Maristella (2017). *Del cambio de época al fin de ciclo: gobiernos progresistas, extractivismo y movimientos sociales en América Latina*. Buenos Aires: Edhasa.

Svampa, Maristella (2019). *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina*. Guadalajara: Centro Maria Sibylla Merian de Estudios.

Wallerstein, Immanuel M. (2004). *Capitalismo histórico y movimientos antisistémicos: un análisis de sistemas-mundo*. Madrid: Akal.

Wallerstein, Immanuel M. (2005). *Análisis de sistemas-mundo: una introducción*. México: Siglo XXI.

COMENTARIO DE “¿DESARROLLO O DEPENDENCIA?: EL CASO MINERO EN CHILE”, DE GONZALO DURÁN, SANTIAGO ROSSELOT Y ANDREA SATO JABRE

Mariano Treacy

El trabajo “¿Desarrollo o dependencia?: el caso minero en Chile”, de Gonzalo Durán, Santiago Rosselot y Andrea Sato Jabre, identifica el nudo central del modelo de desarrollo chileno y nos ayuda a comprender las razones por las cuales este modelo, basado en las exportaciones de minerales, no ha generado beneficios sociales traducidos en mayores niveles de empleo y de salarios.

La principal contribución del trabajo a la discusión radica en el aporte que realiza a la caracterización del impacto limitado que tiene la minería en la generación de empleo y principalmente en el elevado grado de trabajo subcontratado que predomina. Según Durán, Rosselot y Sato Jabre, la minería representa aproximadamente el 2,8% del empleo total y tiene un fuerte predominio del trabajo externalizado, con un 78,2% del total. Uno de los principales problemas entre los trabajadores mineros directos e indirectos es la brecha salarial, de alrededor del 72%. Si bien es elevada la tasa de externalización del trabajo, la minería tiene una bajísima tasa de informalidad laboral, de alrededor del 4%. Esto se debe a la cobertura sindical, que asciende en el sector al 70%. A pesar de

esta cobertura, existe una fuerte fragmentación de la representación sindical. Según detallan los investigadores, en CODELCO (la principal minera estatal) existen alrededor de 30 organizaciones sindicales.

En los modelos de crecimiento liderado por las exportaciones se suele buscar que el comercio exterior sea el que traccione la actividad económica. Sin embargo, cuando las exportaciones no promueven mayor agregado de valor local, generan una actividad económica desligada de las condiciones de reproducción internas. Al no desarrollar eslabonamientos locales, ni generar efectos multiplicadores sobre el empleo ni sobre la actividad económica, el tejido local no se nutre de la actividad productiva. Tal como lo describiera Ruy Mauro Marini en su “Dialéctica de la dependencia”, esto sucede cuando la circulación se escinde de la producción y el consumo de los trabajadores no cumple un rol importante en el proceso de realización de las mercancías, por lo que su remuneración no es una variable relevante para el capital en el proceso de acumulación.

En el caso de Chile, el sólido crecimiento de las exportaciones (del 67% entre 2002 y 2022) no se ha traducido en el desarrollo de encadenamientos productivos ni en mejoras para las comunidades locales, sino que más bien se ha promovido de hecho una reprimarización de la producción y de las exportaciones. El caso emblemático que ilustra esta situación de enclave y de fuerte desigualdad es el de la localidad de Antofagasta, que según los autores tiene un PBI per cápita más alto que el de Suiza. A pesar de esto, en esta localidad aún existen tasas de pobreza y exclusión social que se encuentran por encima del promedio nacional, síntoma de una fuerte desigualdad en la distribución de los ingresos. La hipótesis de los autores para explicar esta situación es que existe una muy desigual distribución funcional del ingreso, donde el capital se apropia el 90% y el trabajo únicamente el 10%.

En lo que respecta a los estudios sobre la *lex mercatoria* en América Latina, en el trabajo se presenta la idea de que en el caso chileno la mayor apertura y la orientación del modelo de desarrollo hacia las exportaciones estuvieron basados en la firma de acuerdos como tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión, convirtiendo a Chile en uno de los países líderes en la firma de este tipo de acuerdos.

Sobre las preguntas que deja planteadas el artículo para seguir investigando, creo que hay una cuestión clave que es la función que vienen a cumplir países exportadores de minerales como Chile en la transición energética que se está desplegando a nivel mundial en la actualidad. Con una creciente demanda internacional de minerales, en particular de litio y cobre, las exportaciones pueden seguir creciendo. Sin embargo, sin un modelo de desarrollo que permita anclar estas oportunidades en la generación de un mayor valor agregado local, el perfil productivo se puede seguir primarizando, sin ningún tipo de beneficio para las comunidades locales. Otra pregunta relevante podría ser de qué manera los acuerdos que actualmente tiene firmados Chile impiden u obstaculizan la exigencia de requisitos de desempeño que permitan ese mayor valor agregado local de la producción.

PROPUESTAS JURÍDICAS DE REFORMAS DE LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES

EL *AMICUS CURIAE*

UN DIQUE LEGAL PARA TERCERAS PARTES FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS SOBRE INVERSIÓN EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN

María Teresa Gutiérrez Haces

CONTEXTUALIZANDO EL USO DEL *AMICUS CURIAE*

El uso del recurso conocido como *Amicus Curiae* en numerosos tratados de libre comercio, acuerdos bilaterales de protección a la inversión extranjera y acuerdos multilaterales de comercio internacional representa uno de los pocos mecanismos a los que pueden recurrir las llamadas terceras partes. Estas, según el derecho económico internacional, pueden estar relacionadas con una disputa sobre inversión presentada ante un mecanismo de solución de controversias, conocido como *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS).

El *Amicus Curiae* es un instrumento aceptado por instancias de arbitraje internacional, incluidas aquellas que dirimen controversias de carácter económico, como es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por su sigla en inglés), así como por el órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las instancias *ad hoc* de la Unión Europea (Steger, 2011). Aparece vinculado con casi todos los acuerdos internacionales relacionados con la

inversión y el comercio, como son el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).

Desde la perspectiva del derecho internacional, este recurso es el instrumento más idóneo para aquellos actores que, por no ser parte contendiente de un arbitraje estado/empresa, son identificados en la literatura anglosajona especializada como *Third Party Interventions*. Este recurso es prácticamente el único mecanismo disponible para aquellos individuos y/o organizaciones que no representan al gobierno ni al sujeto demandado en una controversia, ni tampoco al inversionista, identificado como el demandante en una disputa.

La función primordial de un *Amicus Curiae* en el ámbito de una controversia en los acuerdos de protección a la inversión y en los tratados de libre comercio, consiste en contrarrestar por medio de una argumentación escrita los efectos de las demandas de empresas extranjeras. Esta acción legal no sólo se presenta en contra de las decisiones de un gobierno receptor del capital extranjero, sino también frente a los individuos o comunidades afectadas por las acciones de estas empresas que, generalmente, son protegidas por las reglas de un acuerdo de inversión y/o de comercio.

El eje de las controversias sobre inversión gira en torno a las trabas que, de manera directa o por interpósita persona, un gobierno ha aplicado sobre las actividades relacionadas con la inversión extranjera de una empresa protegida por un acuerdo o tratado. La empresa que inicia un proceso de arbitraje internacional tiene, centralmente, dos objetivos: desarticular cualquier traba referente a su inversión que un gobierno, individuo y/o comunidad ha provocado y exigir una indemnización por *lucro cesante*.¹

La mediación de las partes no es el propósito central del arbitraje, sino la recuperación de la inversión y las ganancias

1 Este término se refiere a cualquier acción que dañe las expectativas de ganancia de un inversor, como posibles trabas que surjan de las decisiones de cualquier índole provenientes de un gobierno receptor de la inversión. La expresión también alude a la existencia de ciertos obstáculos provenientes de otros actores, como una comunidad afectada por la actividad de una empresa

monetarias calculadas más allá de los costos reales de la inversión. Adicionalmente, una empresa puede hacer uso del mecanismo de disputas sin que esto implique que la empresa en cuestión se encuentre totalmente activa.²

Este aspecto es un rasgo particularmente complejo en el caso del sector extractivo, donde la fase de exploración puede durar prolongados períodos y el nivel de especulación bursátil busca ante todo la recapitalización constante de una empresa. Paradójicamente, estas empresas no restan, en sus cálculos sobre el monto de una indemnización, los beneficios obtenidos en los mercados de valores internacionales antes de que una explotación empiece a producir efectivamente.

En una controversia sobre inversión sólo participan dos actores: la empresa querellante y el Estado, considerado perpetrador de los daños a la empresa. Las comunidades vinculadas con la controversia, por más que generalmente sean la raíz del disenso, no tienen espacio propio en el arbitraje, lo que justifica el uso del *Amicus Curiae*, que puede servir para dar voz, aunque de manera muy acotada, a estos actores que no son parte reconocida en la disputa.

Los intereses de los autores de un *Amicus* no necesariamente deben alinearse en su totalidad con los términos de la controversia desde la perspectiva del Estado demandado. El contenido de un *Amicus* puede referirse a cuestiones específicas de la controversia que no siempre están en sintonía con la perspectiva del gobierno. Esto ha sido crucial en algunos casos como *Legacy Vulcan LLC v. México* (2019), en que la posición de la población del municipio Solidaridad y de Playa del Carmen ha estado muy alineada con el discurso del gobierno mexicano, mientras que en la controversia

2 En 2019, Odyssey Marine Exploration, una empresa exploradora de tesoros, reconvertida en empresa minera en aguas profundas, consiguió que un bufete de abogados, especializado en litigios en Estados Unidos, financiara una demanda contra el gobierno mexicano que le había negado un permiso ambiental para explorar las aguas profundas del Golfo de Ulloa en Baja California. La empresa carecía de ingresos significativos, prácticamente estaba en quiebra, sus acciones valían cerca de dos dólares y sin la pretendida ganancia del litigio difícilmente podría llevar a cabo su proyecto (Moore E. y Moore J., 2022).

Odyssey Marine Exploration v. México (2019-2024) el gobierno no mostró el mismo interés, ni defendió con la misma enjundia las causas esgrimidas en el *Amici* presentado por la cooperativa pesquera agraviada y la organización canadiense Center for International Environmental Law (CIEL), a pesar de que en ambos casos las dos empresas tienen como actividad principal la minería marina en aguas profundas. Legacy Vulcan está dedicada a extraer material pétreo destinado a convertirse en un insumo muy apreciado en el sector de la construcción en Estados Unidos, mientras que Odyssey Marine, aunque también se dedica a extraer materiales críticos del fondo marino, busca extraer primordialmente fosfato. Esta actividad no sólo afecta la fuente de trabajo de una cooperativa de producción pesquera en Puerto Chale, en el Golfo de Ulloa, Baja California, sino que también amenaza con diezmar especies de la fauna marina de esta zona, como es el caso de la tortuga caguama, la ballena azul y gris y el lobo marino (La Jornada Redacción, 2023; Enciso, 2021).

Dado su contenido, el *Amicus* es una suerte de acompañamiento en el proceso de arbitraje, pero difícilmente puede escalar a un nivel superior de interacción ya que la aceptación del documento no implica un intercambio verbal, ni el acceso personal al mecanismo del arbitraje. La admisión de terceras partes siempre estará constreñida al documento presentado, la aceptación de cualquier otro tipo de relacionamiento es considerada prácticamente inadmisibles por la mayoría de los árbitros de un panel.

La condicionalidad es un rasgo que acompaña todo el proceso de aceptación o rechazo de un *Amicus*, especialmente si este está relacionado con la inversión. Su eventual ingreso puede ser visto como una suerte de herramienta esclarecedora para los árbitros, pero no implica un derecho inamovible a la apelación de una negativa de su admisión, de la misma manera que tampoco establece el derecho a interactuar con los árbitros, en caso de haber sido aceptado el recurso. Más aún, la aceptación de un *Amicus* no otorga el derecho a apelar, solo o junto a un gobierno, el resultado de un laudo de arbitraje contrario al gobierno demandado en el *Amici*.

En las controversias inversor-Estado, prácticamente no existen indicios de carácter público, provenientes de los centros

de arbitraje internacional, que nos permitan conocer con cierto detalle cómo el contenido de un *Amicus Curiae* puede influir positiva o negativamente en las decisiones que se tomaran al momento de formular el laudo. Todo el proceso que sigue un Amici, desde su intento de admisión hasta su final admisión, está rodeado por la secrecía.

La confidencialidad del arbitraje sigue siendo una regla tácita, muy a pesar de todas las reformas a favor de una mayor transparencia emprendidas por la UNCITRAL y el CIADI desde 2018. El dudoso rendimiento de cuentas en este tipo de arbitraje ha provocado un profundo cuestionamiento del ISDS y, por ende, del manejo del *Amicus Curiae*, principalmente por el CIADI. Hasta la fecha, las reglas de operación del arbitraje no han dado señales de haber modificado radicalmente las pautas y criterios básicos de la aceptación de un *Amicus Curiae*.

OBJETIVOS Y PLANTEAMIENTO DEL ANÁLISIS

Tomando en consideración las anteriores reflexiones, este ensayo analiza algunos casos en que un grupo de individuos de la sociedad civil en México se ha involucrado en una controversia sobre inversión a través de un *Amicus Curiae*, ya sea en el marco del TLCAN (1994-2018), del T-MEC (2019-2026) o del CPTPP (2018).

Se examinan dos casos de rechazo al ingreso de un *Amicus Curiae*: uno relacionado con la controversia de la empresa estadounidense Metalclad v. México (1997) bajo las reglas del TLCAN y el segundo vinculado con el disenso entre la minera estadounidense Odyssey Marine Exploration Inc v. México (2019), también arbitrado bajo las estipulaciones del TLCAN.³ En contraste, el CIADI publicó en 2024 la aceptación de un *Amicus Curiae* referente al arbitraje Legacy Vulcan, LLC v. México (2019), bajo las reglas del TLCAN y del T-MEC. La minera Legacy Vulcan, mediáticamente conocida como Calica, está dedicada a la extracción de material pétreo cerca

3 Center for International Environmental Law (2021) Informe Jurídico sobre la decisión del Tribunal Arbitral de negar la presentación de un Amicus por terceros interesados en el caso Odyssey Marine Exploration, Inc, v. los Estados Unidos Mexicanos, Ginebra. <https://www.ciel.org>

de Playa del Carmen en el estado de Quintana Roo, México, donde ha operado desde 1986.

Más recientemente, de nuevo en 2024, ha surgido un nuevo intento de ingresar un *Amicus Curiae* en la controversia iniciada ante el CIADI, por la empresa minera Almadén v. México (2023). A diferencia con los casos anteriores, esta controversia ha sido iniciada por una empresa minera canadiense amparada en el CPTPP ya que, desde 2018, Canadá decidió no suscribir, durante la negociación del T-MEC, al mecanismo de arbitraje de este tratado, incluido en el capítulo 14 de dicho instrumento. Esta demanda representa el primer caso de una controversia sobre inversión bajo el CPTPP aunque, cabe aclarar, el mecanismo de arbitraje seleccionado por la empresa demandante fue una vez más el CIADI.

Este análisis recorre una línea de tiempo larga (1997-2024), en la que se estudia cómo el *Amicus Curiae* ha sido utilizado a través de tres diferentes instrumentos de integración: el TLCAN; el T-MEC; y por último el CPTPP, creados e implementados de manera secuencial en América del Norte y en la región de Asia Pacífico.

Simultáneamente, dentro de esta línea de tiempo, aparece un conjunto de reformas hechas al Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (ISDS), hechas tanto por el UNCITRAL, como por el CIADI, que buscan responder a las críticas relacionadas con la instrumentación del mecanismo de solución de controversias en materia de inversión.

Cuadro 1: Proceso de reforma de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)

2010: Informe del Grupo de Trabajo II sobre arbitraje y conciliación en su 53° periodo de sesiones, octubre, 2010 (transparencia y <i>amicus curiae</i>), ⁴

4 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 44° periodo de sesiones, 2010.

2017: el grupo de trabajo III (WGIII) identificó las preocupaciones sobre el ISDS y trabajó las propuestas de soluciones de la reforma, 2019: se iniciaron discusiones sobre un instrumento multilateral para la reforma del ISDS,

2022: el secretariado del UNCITRAL preparó un borrador del Instrumento Multilateral de Reforma del ISDS (MIIR),

2023: se entregaron los primeros cuatro productos de la Reforma, incluyendo códigos de conducta y herramientas de mediación,

2024: en espera de otros resultados, como un centro de asesoramiento y posibles directrices sobre la prevención de disputas.⁵

Fuente: de realización propia.

Cuadro 2: Proceso de reforma del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

2018: discusión sobre posibles reformas enfocadas a la transparencia y la eficiencia en los procedimientos de arbitraje,

2020: implementación de nuevas reglas para mejorar la gestión de los casos y la eficiencia procesal,

2022: introducción de medidas tendientes al fortalecimiento de la independencia y parcialidad de los árbitros,

2023: continuación del proceso de reformas para atender las críticas sobre la falta de equidad y sostenibilidad del sistema de arbitraje.⁶

Fuente: de realización propia.

5 www.iisd.org
www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com
www.ejitalk.org

6 <https://icsid.worldbank.org>

Dado el cuasi monopolio del CIADI en los procesos de arbitraje relacionados con el TLCAN, el T-MEC y el CPTPP, se destaca el proceso de revisión que esta institución emprendió desde 2018, lo que a la larga implicó cambios considerables en sus reglas. En 2022, el CIADI dio a conocer una nueva versión de sus Reglamentos y Reglas, los cuales entraron en vigor el 1° de julio de 2022. Se trata de la actualización tanto de su arbitraje como de la conciliación, mediación y comprobación de hechos más completa después de 5 años de trabajo en que interactuaron los representantes de los Estados miembro, abogados, juristas, representantes empresariales y sociedad civil con el propósito de asegurar mayor transparencia en el desarrollo y resultado de los procedimientos de arbitraje. Este es el primer proceso de enmiendas al reglamento del CIADI desde 2006, donde la dinámica del arbitraje ha tenido que ir adecuándose a los cambios, a pesar de la resistencia de los árbitros. Tal es el caso de las nuevas disposiciones referentes a la instrumentación de arbitrajes más expeditos que en el pasado y la aplicación de diversas medidas orientadas a lograr una mayor transparencia durante en arbitraje.⁷

Un aspecto particularmente novedoso es que, gracias al nuevo Reglamento y las Reglas del CIADI, mucho más accesibles que en el pasado, se ha abierto un espacio de participación para las organizaciones regionales de integración económica, que gracias al Reglamento del Mecanismo Complementario pueden actuar como Partes en un procedimiento de arbitraje.

Adicionalmente, la Financiación por Terceros (FPT), uno de los recursos más utilizados por las empresas querellantes para enfrentar los excesivos costos de un litigio (y objeto de importantes críticas durante el proceso de discusión de la reforma) ha tenido un cambio fundamental. El nuevo reglamento incorpora un importante requisito: la revelación de información a lo largo de todo el proceso de arbitraje. Sin embargo, esta disposición no implica reglamentar el procedimiento del FPT, más allá de la transparentación.⁸

7 Investment Treaty News (2022) Enmiendas al reglamento de arbitraje del CIADI entran en vigor. <https://www.isds.org/itn/es/>

8 Op cit: Investment Treaty News (2022)

A pesar de las reformas, en los hechos hay aspectos, como es el uso del *Amicus Curiae*, en que los cambios han sido menos palpables. De la misma manera, el carácter y contenido de los laudos siguen siendo onerosos, muchas veces sesgados y agresivos en contra de los gobiernos, en especial de los países en desarrollo, ya que los montos decididos rebasan ampliamente el presupuesto anual de los gobiernos afectados, como el de desarrollo social y salud.

A lo largo de este ensayo se analiza cómo el proceso que sigue un *Amicus Curiae* ofrece elementos de consideración que permiten evaluar en qué medida tal instrumento influye, o no, en la práctica de una mayor transparencia en los paneles de arbitraje y, al mismo tiempo, evidenciar la resistencia, en muchos casos, de los panelistas a escuchar e incorporar los argumentos de terceras partes. A través de este análisis se busca responder dos interrogantes que repetidamente surgen en torno al *Amicus* en controversias sobre inversión:

1. ¿La participación del *Amicus Curiae* ha logrado modificar la percepción de los árbitros y, en tal caso, influir sobre el resultado del laudo?
2. ¿En qué medida el *Amicus Curiae* ha influido en el contenido de las cláusulas de instrumentos comerciales posteriores al TLCAN?

LAS RESPUESTAS Y SU CORRELATO

El *Amicus Curiae* es básicamente un procedimiento propio del derecho internacional mediante el cual terceros ajenos a una controversia pueden presentar información, argumentos o perspectivas para ayudar a un tribunal a tomar decisiones mejor informadas. En el contexto del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, el uso de este recurso puede ofrecer perspectivas clave para ayudar a destrabar muchos de los aspectos que forman parte de la estructura y contenido de una controversia empresa v. Estado.

Por su propia naturaleza, el *Amicus* exhibe una perspectiva distinta a la de los árbitros y a la de los procedimientos contemplados en el modelo preestablecido de un ISDS, que a menudo conlleva cuestiones espinosas y muchas veces desconocidas para un

árbitro que, si bien puede tener conocimiento del derecho internacional, no necesariamente conoce las leyes y la idiosincrasia del país y del gobierno en cuestión.

Esta circunstancia con frecuencia encajona a los árbitros dentro de un marco analítico excesivamente legalista, que implícitamente busca proteger a los arbitranes de un panel frente a la complejidad de un caso. Adicionalmente busca impedir que se exhiban las deficiencias del arbitraje respecto a la subvaloración de las circunstancias que desencadenaron la controversia desde la perspectiva del Estado demandado (Olivet y Ghiotto, 2021).

En ese sentido, un *Amicus* puede disipar dudas circunstanciales sobre el origen de las protestas que, por ejemplo, se encuentran relacionadas con la construcción de una infraestructura minera que invade el espacio religioso de una comunidad, como fue el caso en Real de Catorce y el territorio Wirikuta, zona sagrada en la ruta de peregrinaje del Peyotl en México; el uso indiscriminado de explosivos en una mina a tajo abierto al lado de un pueblo declarado Patrimonio de la Humanidad, como sucedió en Cerro San Pedro, San Luis Potosí; el uso del método de lixiviación, sin considerar la contaminación del manto freático, los cuerpos de agua y sus afluentes de los que depende la agricultura y la vida de una población, como en Bacanuchi y el río Sonora también en México; y las actividades extractivas depredadoras del fondo marino cerca de Playa del Carmen, Quintana Roo, y del Golfo de Ulloa en Baja California, entre muchos otros ejemplos.

En sintonía con las reformas emprendidas tanto por el CIADI como por el UNCITRAL, la inclusión de contribuciones y precisiones de terceros puede aportar una mayor transparencia y legitimidad a un ISDS. El *Amicus Curiae* ofrece una mayor protección a los intereses públicos: los casos de ISDS presentados después de 1994 han implicado temas de interés público y social y no sólo de carácter corporativo, como son los derechos humanos, el medio ambiente, el derecho a proteger una fuente de trabajo ancestral, el derecho al uso del agua y el desarrollo sostenible. Lamentablemente, en la práctica el número de *Amicus* aceptados dentro del arbitraje empresa v. Estado desde 1994, ha sido la excepción y no la regla.

El poco acceso del *Amicus* en los arbitrajes sobre inversión resulta hasta cierto punto sorprendente, sobre todo cuando su participación puede contribuir al desarrollo e interpretación del derecho internacional, ofreciendo una perspectiva que ayude a que las normas jurídicas aplicables en el contexto de un ISDS funcionen. Este aspecto ha resultado ser más evidente con el inicio de la instrumentación del TLCAN en 1994, un tratado que produjo una reacción en cadena de nuevos tratados en América Latina, y de la aparición de las controversias empresa v. Estado como un resultado de la incorporación de un ISDS en todos los acuerdos y tratados de libre comercio e inversión de nueva generación.

CUANDO EL RECHAZO A UN *AMICUS* SE CONVIERTE EN LA NORMA EN UN TRIBUNAL DE ARBITRAJE EMPRESA V. ESTADO

Desde una perspectiva meramente cuantitativa, el recurso del *Amicus Curiae* no ha sido aceptado en todas las controversias entre las empresas y los Estados que han recibido una solicitud de *Amicus Curiae*. De acuerdo con la base de datos que regularmente proporciona el sitio *italaw*, del año 1996 a 2023 se registraron 25 solicitudes de *Amicus Curiae* bajo el TLCAN, una por las reglas del UNCITRAL, otra en el T-MEC y una más en el CPTPP. Del total de solicitudes, sólo cinco *Amicus* fueron presentados en controversias contra México: Metalclad (1996), Lion Mexico (2017), Alicia Grace (2019), Odyssey Marine (2021), Vulcan Materials (2024) y, aún sin confirmar el ingreso formal de un *Amici*, en la controversia presentada por la minera Almaden (2024). De estos, sólo el *Amicus Curiae* presentado en la controversia de Vulcan Materials fue recientemente aceptado⁹ (2024).

Canadá se destaca como el país que con mayor frecuencia registró múltiples procedimientos *Amicus Curiae* en un solo caso. En *Eli Lilly and Company v. Canadá* (2016), se presentaron nueve solicitudes individuales de *Amicus* en una misma disputa, de estas, sólo tres fueron rechazadas. Una situación similar aconteció en el caso *Methanex Corporation v. Estados Unidos* (2004), donde se

9 *Italaw*, <https://italaw.com>

introdujeron cuatro solicitudes también por separado. En *Glamis Gold v. Estados Unidos*, se presentaron dos *Amicus* individualmente. En algunos casos de México, la presentación de los *Amicus* fue avalada por varios actores en un solo documento, como ocurrió en *Odyssey Marine v. México* (2021), en que el *Amicus* que se introdujo estuvo respaldado por el CIEL y la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale. Así mismo, en *Metalclad v. México* (1997), la misma organización de derecho ambiental canadiense respaldó un *Amicus*.

Las razones por las cuales este instrumento ha sido poco utilizado pueden variar. Un primer obstáculo para la elaboración y presentación de un *Amicus Curiae* reside en las reglas que deben cumplir el contenido del documento, el cual muchas veces resulta complejo para terceras partes, en especial cuando se trata de comunidades afectadas por las actividades de la empresa, que en la mayoría de los casos son el sujeto no reconocido del arbitraje.

En ocasiones, los gobiernos reciben el anuncio de una demanda en su contra sin conocer puntualmente las circunstancias que ocasionaron la controversia. La mayoría de ellas ocurren en ámbitos muchas veces alejados geográficamente de los intereses políticos y económicos del gobierno central y de la propia estructura política del país. Aunado a esto, la cadena de mando institucional, dividida constitucionalmente en el caso de México entre la federación, las entidades federativas y los municipios, muchas veces impide un conocimiento actualizado de una controversia. Con frecuencia, son los gobiernos locales los que conocen de primera mano la disputa, y, mientras esta no escale a un nivel suficientemente grave, como es una demanda internacional, el gobierno central no la incorporará en su agenda. En este sentido, la controversia *Metalclad v. México* resulta ilustrativa, no sólo porque representó la primera acción de la sociedad civil a nivel de entidad federativa y municipal bajo el TLCAN en contra de la empresa, sino que también evidenció la indiferencia y desconocimiento que en muchas ocasiones expresa la Federación ante la problemática. Es un hecho recurrente que las autoridades posponen el enfrentamiento directo contra una empresa, hasta que una controversia

de arbitraje internacional acaba por obligar al gobierno federal a actuar. En el caso Metalclad, las autoridades municipales trataron de enfrentar la problemática ambiental que generaba la empresa ante la escalada de inconformidad social. Cuando estuvo claro que un arreglo era prácticamente imposible, el gobernador del estado de San Luis Potosí tomó la decisión de expropiar el terreno donde se ubicaba el basurero de desechos tóxicos. Acto seguido, la empresa estadounidense respondió presentando una demanda de arbitraje ante el CIADI (1996) por supuestas violaciones a las disposiciones del TLCAN, en particular en relación con la cláusula de trato justo y equitativo y la referente a actos de expropiación indirecta (Costero, 2017).

Sólo hasta que el conflicto se hizo inmanejable el gobierno federal atrajo el caso pero, en ese momento, ya era demasiado tarde como para atajar el laudo. Cuando esto finalmente ocurrió, la Federación se negó a pagar el laudo, por considerar que los culpables eran el gobierno estatal y municipal junto con sus habitantes. Finalmente, fue el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el que obligó al gobierno federal a pagar 19.5 millones de dólares a Metalclad. Este caso generó un debate central en México sobre las implicaciones de las negociaciones económicas internacionales, como el TLCAN, llevadas a cabo muchas veces a espaldas de los gobiernos locales y de las necesidades de la población. Además, la demanda de Metalclad exhibió las deficiencias del mecanismo de arbitraje del CIADI, poco acostumbrado a resolver controversias que implicaban simultáneamente a Canadá, Estados Unidos y México, ya que el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá (1988) no contaba con un mecanismo de arbitraje con las características del TLCAN.

Entre los motivos que impidieron la admisión del *Amicus Curiae* en la controversia Metalclad v. México, se destacan, por una parte, la ausencia de procedimientos establecidos para un *Amicus Curiae* en el CIADI y el hecho de que tampoco las reglas del TLCAN contenían disposiciones explícitas para la intervención de un *Amicus Curiae*. Este argumento fue ampliamente utilizado por la parte demandante en la controversia Alicia Grace y otros v. Estados Unidos Mexicanos, en que la empresa expresó ante el tribunal *ad*

hoc su inconformidad respecto a la solicitud de un *Amicus Curiae*, argumentando que:

El TLCAN no contiene una disposición que permita presentaciones de *Amicus Curiae* [...]. El tribunal no debe autorizar la participación de *Amicus Curiae* en este arbitraje, en virtud de la falta de consentimiento de los Demandantes y el carácter no vinculante de la Declaración de la Comisión de Libre Comercio (Alicia Grace y otros v. Estados Unidos Mexicanos, 2019).

El enfoque de la demanda de Metalclad estaba muy centrado en cuestiones de interpretación del tratado y de los derechos específicos de las partes involucradas. La falta de claridad sobre cómo el *Amicus Curiae* podría aportar información relevante para la resolución del conflicto fue un factor central en la decisión de no admitir la opinión de terceras partes.

Estos aspectos reflejaban la deficiencia de un tratado negociado primordialmente para disciplinar a los gobiernos, particularmente al mexicano, e ignorar los mecanismos de mediación y conciliación que podían facilitar un instrumento como el *Amicus Curiae*. Así mismo, la flagrante falta de preparación de una instancia de arbitraje internacional como el CIADI para ofrecer una respuesta responsable al ingreso de un procedimiento como el *Amicus Curiae*, resultó lamentable.

Un aspecto central que también explica la relativa presencia de un *Amicus* en una controversia sobre inversión reside en que, muchas veces, las terceras partes deberán contar con una representatividad que demuestre su legitimidad en relación con la protesta, al momento de introducir el documento. En términos generales, este aspecto puede implicar un obstáculo importante, porque es necesario consensar los intereses de los individuos o grupos de la comunidad afectada y muchas veces iniciar una acción colectiva o presentar un recurso de amparo ante las autoridades correspondientes, con el propósito de legitimarse como portadores autorizados del *Amicus*. Este procedimiento sólo es aplicable en ciertos casos, principalmente cuando el conflicto con los integrantes de una comunidad significa el origen de la disputa. Pero, en otro tipo de controversias, dada la naturaleza de las actividades

de la empresa, esto no procede. Unido a esto, el asunto de la representatividad en un *Amicus*, en los hechos, se aplica selectivamente, de acuerdo con el tipo de actividades de la empresa. Por ejemplo, si pertenece al sector primario de la economía y si la controversia se ha dado en un país en desarrollo. Sin embargo, no existen reglas escritas que respalden este proceder al momento de formular un *Amicus*.

Los aspectos mencionados implican contar con el tiempo necesario para llevar a cabo el proceso, muchas veces tener una asesoría de carácter legal, familiarizada con la elaboración, ya sea de un amparo o de una demanda colectiva, así como el conocimiento suficiente como para presentar el *Amicus* en tiempo y forma de acuerdo con las reglas de la instancia de arbitraje seleccionada. Todo esto, y mucho más, se necesita para elaborar un *Amicus*, que deberá emanar de una comunidad que, en la mayoría de los casos, vive bajo condiciones económicamente difíciles. Aunado a esto, resulta imposible ignorar el clima de intimidación física y política que prevalece en torno a los oponentes a las actividades de una empresa, en este caso de capital extranjero. Visto así, la preparación de un *Amicus Curiae*, que pretende cambiar las decisiones de un tribunal de arbitraje internacional, puede significar un riesgo para sus promotores.

En el lenguaje utilizado en un *Amicus Curiae*, el uso y sentido de cada palabra resultan determinantes para que éste sea aceptado o rechazado por los árbitros, ya que las terceras partes por medio de este recurso deberán no sólo demostrar su conocimiento sobre el trasfondo de la controversia, sino también justificar por medio de la exposición de determinada información, cómo un *Amicus* puede servir para esclarecer puntos confusos y oscuros del arbitraje o la falta de información más precisa sobre el caso. Sin embargo, las terceras partes no pueden actuar como tal si están vinculadas con la empresa o el gobierno objeto de la controversia.

Uno de los aspectos que con mayor frecuencia puede argüir un panel de arbitraje al negar acceso a la intervención de un *Amicus Curiae* es que la información que se ofrece es irrelevante. Desde esta perspectiva, un árbitro, o el conjunto de árbitros de un panel, puede considerar que la información o los argumentos presentados para interpretar una disputa carecen de relevancia, no son preeminentes ni tampoco demuestran notabilidad y, en consecuencia, no admitir

su intervención. Esta decisión no acepta una contra respuesta de las partes no-contendientes y, en cierta forma, refleja la arrogancia con que un grupo de árbitros, mayoritariamente de países desarrollados, se abroga el derecho de rechazar a una persona o a un grupo de individuos que, de buena fe, busca ampliar la interpretación de un disenso.

Una circunstancia como la aquí descrita ocurrió en 2021, en el caso de la disputa entre *Odyssey Marine v. México*, en que uno de los árbitros, Phillippe Sands, estuvo a favor de considerar el contenido del *Amicus*,¹⁰ mientras que el resto de los panelistas se opusieron a su admisión. A diferencia de lo ocurrido en el caso *Metalclad*, en este nuevo intento de introducir un *Amicus*, el árbitro disidente expresó que, entre otras obligaciones, los árbitros debían tener en cuenta los intereses de comunidades locales específicas afectadas por un caso particular. Sin embargo, el resto de los árbitros desatendieron esta observación y declararon que no consideraban que “tenga un interés significativo en esta controversia” ni que “pueda aportar un conocimiento particular o una visión diferente a aquellas de las partes contendientes”. Ante tal afirmación, Sands sostuvo que CIEL tenía “un número de objetivos claros que se focalizan en cómo el derecho (y en particular el arbitraje internacional de los tratados) afecta a los derechos humanos y al medioambiente”, enfatizando que “CIEL puede presentar una perspectiva única debido a su capacidad para situar a esta controversia en el contexto de los debates y desarrollos más amplios del derecho internacional” (CIAR Global, 2022).¹¹

Las circunstancias que acompañaron a la controversia de *Odyssey Marine* abrieron una grieta en los usos y costumbres del

10 El *Amicus Curiae* presentado en el caso *Odyssey Marine Exploration* iba avalado por el CIEL y la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale. Ambas organizaciones buscaban dar testimonio de los impactos que el proyecto podía tener en sus vidas y en el medio ambiente y explicar por qué la decisión de la Secretaría de Medio Ambiente de México, al negarle el permiso de minera del fondo marino, era acertada y conforme al principio precautorio reconocido en el derecho nacional e internacional (Moore)

11 En este caso, cuando, en 2024, finalmente se publicó el laudo a favor de la empresa, el gobierno mexicano presentó ante el CIADI un recurso de inconformidad que, entre otras alegaciones, planteaba que los árbitros no habían considerado seriamente los argumentos del árbitro disidente, a favor de la aceptación del *Amicus*, y que el hecho de que el laudo no hubiese sido aprobado por unanimidad demostraba que existía un disenso que no había sido seriamente considerado p

arbitraje sobre inversión. La disidencia del árbitro Sands logró poner en el centro de la discusión varios aspectos que históricamente los tribunales de este tipo de arbitraje han decidido ignorar. Uno de estos aspectos es que este tipo de arbitraje, además de utilizar las reglas y procedimientos estándar que guían a cualquier arbitraje de derecho internacional, comporta importantes especificidades por ser un arbitraje sobre una controversia entre una empresa y un gobierno. Esto implica que, por la propia naturaleza de los sujetos, se aplica simultáneamente los principios del derecho público y privado.

En estas controversias, los sujetos son juzgados por un tribunal de arbitraje extraterritorial privado y, por lo tanto, no obedece a las leyes de ninguno de los países de origen de los sujetos de la controversia. En éste, tres individuos que ejercen profesionalmente de manera privada tienen el poder de arbitrar, sin ninguna restricción, todas las acciones de un gobierno (árbitro Fernandez-Armesto J, citado en Titi C, 2024).

Un segundo aspecto que abrió la disidencia de Sands dentro del tribunal fue que finalmente en el texto oficial del arbitraje y, en particular, en el contenido del *Amicus Curiae* se mencionaron como causales de la controversia el impacto de la inversión sobre el medio ambiente, los derechos humanos y sus efectos sobre las comunidades. Tres temas centrales que ya hace varias décadas se están abriendo paso, no sin dificultades, en las controversias sobre inversión.

En ciertas circunstancias, muchos gobiernos han iniciado un proceso de denuncia respecto a un conflicto empresa v. Estado en su propio país, lo cual rápidamente escala como resultado de la mediatización de la controversia. Bajo esta coyuntura, algunos árbitros prefieren actuar de manera preventiva ante la posibilidad de ingreso de un *Amicus* particularmente controvertido, que en su opinión puede afectar la imparcialidad del arbitraje. En estos casos, el rechazo a la admisión del *Amicus* puede buscar la neutralización de los efectos colaterales de la disputa. Adicionalmente, se han dado casos en que algunos representantes del poder legislativo del país de origen de la empresa deciden hacer presión directa no solamente sobre el gobierno demandado, sino también mediatizar el caso en su circunscripción electoral, mandando con ello un mensaje lleno de intencionalidad que recuerde a los electores que su representante protege sus intereses, más allá de sus fronteras.

La mediatización de los conflictos y su utilización en las instancias legislativas de México, Estados Unidos y Canadá han sido una práctica recurrente entre algunos congresistas de los Estados Unidos, como ha sido el caso de la prohibición de las exportaciones de maíz transgénico desde Estados Unidos. Algo similar también ha ocurrido respecto a los cambios que el gobierno mexicano ha implementado en el sector de energía eléctrica e hidrocarburos y las presiones que se han recibido de ciertos legisladores de Estados Unidos y Canadá.

EL AMICUS CURIAE COMO PARTE DEL JUEGO DE PODER Y LAS PRESIONES DIPLOMÁTICAS EN AMÉRICA DEL NORTE

El caso de la controversia *Odyssey Marine v. México*, en que el *Amicus* tampoco fue admitido como ocurrió en la disputa entre *Metalclad v. México*, existen ciertos elementos que merecen ser tomados en cuenta para futuras iniciativas. A pesar de que esta controversia surgió en 2019, 25 años después de haber sido instrumentado el TLCAN, los términos del rechazo oficial al *Amicus* no variaron significativamente. Esto demuestra que, a pesar de que se contaba con mayor experiencia, las instancias de arbitraje, en este caso el CIADI, deberían haber tenido mayor claridad y rigor respecto a las reglas de operación del *Amicus*.

En la controversia *Odyssey Marine Exploration, Inc.*, con el *Amicus* ingresado en 2021 ante el CIADI por el CIEL y la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale, el tribunal presentó razonamientos que estaban tanto a favor como en contra de la admisión de terceros. Entre los aspectos que se argumentaron para que se admitiera la petición de ser escuchados destacaron:

- que se trataba de una controversia de enorme interés público, dado que las acciones de *Odyssey* atentaban contra la protección del patrimonio cultural subacuático y la biodiversidad marina;
- adicionalmente, que el *Amicus* daba la oportunidad de demostrar transparencia y legitimidad al arbitraje;
- en la misma tesitura, la consideración de los aspectos relacionados con el impacto que las acciones de la empresa tendrían en los derechos humanos y el medio ambiente.

Sin embargo, a pesar de los aspectos aquí mencionados, la politización mediática de la controversia hizo dar marcha atrás al panel y desestimar la solicitud del *Amicus*.

Cuando un *Amicus Curiae* admitido por un tribunal de arbitraje complejiza un laudo

El caso Calica (Legacy Vulcan, LLC) v. México resulta ser un ejemplo interesante de cómo la admisión de un *Amicus Curiae* puede implicar el principio de un proceso bastante complejo, a pesar de que el panel arbitral haya aceptado la presentación del documento.

Varios factores contribuyen a que la intervención del *Amicus Curiae* se polarizara dentro y fuera del ámbito del tribunal de árbitros:

- la complicación del caso reside en que la empresa que hizo la demanda opera en el sector minero del fondo marino en México desde 1986, lo cual, por su prolongada estadía en este país y la propia naturaleza de la actividad, involucra a diversas instancias de gobierno vinculadas con la explotación de un recurso natural que en la actualidad está envuelto en múltiples controversias, ya que la minería en aguas profundas no está regulada por las leyes internacionales y posee ángulos interpretativos confusos en el derecho ambiental mexicano y en los acuerdos de inversión;
- la diversidad de conflictos de interés existentes e irreconciliables rodean el caso y reflejan la tensión entre los intereses económicos y comerciales de la empresa y las políticas y regulaciones ambientales de un gobierno cuando un laudo arbitral se percibe como un sujeto que atenta contra los intereses de diversos grupos nacionales e internacionales. Legacy Vulcan es parte de Vulca, una compañía holding de activos mineros de los cuales Calica es parte de su portafolio desde 2001. Los fondos con mayor participación en Vulca son Blackrock y Vanguard, los cuales en conjunto reportaron tener activos por un valor de 15 trillones de dólares (en términos estadounidenses). Durante la crisis de 2008, la reserva federal de Estados Unidos solicitó a Blackrock un préstamo de 30 mil

millones de dólares para la compra de bonos del gobierno a cambio de la venta a puerta cerrada de más de 400 mil millones de activos tóxicos de las empresas que quebraron durante la crisis de 2008. Visto así, no resulta difícil considerar el nivel de presiones externas de diversa índole que podrían recibir los tres árbitros nombrados por el CIADI.

La ubicación de Calica resulta ideal para establecer una vía férrea y una estación, que daría continuidad a las ya construidas para el Tren Maya desde Tulum. Aunado a esto, desde un principio se habló de utilizar las instalaciones de la empresa, particularmente el muelle de gran calado, para la llegada de material de construcción referente a las obras del tren, así como la construcción de hoteles que serán administrados por la Secretaría de la Defensa de México. Adicionalmente, el muelle de Calica siempre ha tenido una función primordial como conexión con los grandes cruceros de turismo que llegan a esta región del Sur de México, de tal manera que su emplazamiento e infraestructura se convirtieron en un objetivo para los promotores del Tren Maya.

Esta controversia, junto con la suscitada por la empresa Odyssey Marine, abona elementos a la discusión internacional que actualmente se tiene sobre la regulación de la extracción y explotación del fondo marino. Los cambios que están ocurriendo respecto a la producción del transporte eléctrico, así como otros insumos que requieren materiales raros, han provocado una reconversión de los pesados barcos buscadores de tesoros a embarcaciones destinadas a extraer materiales raros en zonas marinas alejadas de la supervisión internacional (Gutiérrez Haces, 2022).

EL PARTEAGUAS: LA DEMANDA PRESENTADA POR LA EMPRESA CANADIENSE ALMADEN MINERALS LTD, ALMADEX MINERALS LTD (2024) CONTRA EL GOBIERNO MEXICANO A TRAVÉS DEL CPTPP

La solicitud de arbitraje presentada ante el CIADI por las empresas canadienses Almaden Minerals y Almadex Minerals, abre un nuevo capítulo en el análisis sobre los tratados de libre comercio que contienen un capítulo sobre la protección a la inversión y su mecanismo de solución

de disputas (ISDS). En este caso, dada la nacionalidad de las empresas querellantes, la demanda por 410 millones de dólares¹² fue presentada por el consorcio, basándose en las estipulaciones contempladas en el capítulo 9 del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, 2018) del cual son parte, Canadá y México. Esta demanda fue motivada a raíz de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2022) como “un acto de reparación y defensa de derechos de las comunidades indígenas” de revocar las concesiones mineras de estas empresas, “por considerar que habían afectado el derecho humano al territorio, a la consulta previa, libre e informada y al consentimiento de la comunidad nahua y ejido de Tecoltemi, ubicada en el municipio de Ixtacamaxtitlán, localizado en la Sierra Norte de Puebla”.

De manera posterior a la demanda, el consorcio minero anunció que había firmado un convenio de financiamiento con el despacho de abogados Boies Schiller Flexner por 9.5 millones de dólares, para financiar todo el proceso de arbitraje.

Por su parte, la comunidad solicitó en un documento público, fechado el 18 de julio 2024, “que atiendan la presentación de pruebas y el testimonio de las comunidades indígenas que fueron afectadas por el proyecto minero, mientras estuvo operando en su etapa de exploración, así como la documentación recopilada sobre las afectaciones generadas al medio ambiente y los derechos humanos durante todo el tiempo que la empresa minera intentó establecerse en su territorio. Solicitamos al Tribunal de Arbitraje del CIADI facilite que la Unión de Ejidos presente su opinión escrita (*amicus curiae*) como población afectada por el proyecto minero y en calidad de parte no contendiente.” (PODER 2024: fragmento del documento firmado por 13 organizaciones).¹³

12 Este monto está basado en un cálculo estimado sobre la inversión hecha por Almaden Minerals Ltd, en su fase de exploración, que asciende a no menos de \$200 millones de dólares y otros \$210 millones de dólares en impuestos. Adicionalmente para hacer el cálculo de lucro cesante, el consorcio Almaden, presenta una estimación suplementaria por 1.39 millones de onzas de oro y 85.2 millones de onzas de plata, potencialmente extraídas del subsuelo de sus dos minas: Cerro Grande y Cerro Grande 2

13 info@poderlatam.org

Dada su extensión geográfica¹⁴ y la ausencia de los Estados Unidos, China y la Unión Europea como socios del tratado, el CPTPP se aparta de los usos y costumbres de muchas de las provisiones contempladas en el TLCAN y el T-MEC, pero implica la presencia de dos de los socios del TLCAN en un ámbito distinto al de América del Norte, ya que tanto México como Canadá actúan en un espacio que se encuentra fuera de la férula de Estados Unidos.

Las diferencias entre los mecanismos de ISDS del T-MEC y el CPTPP son significativas y reflejan las distintas prioridades y enfoques de estos dos acuerdos. El T-MEC anula el uso del ISDS entre Estados Unidos y Canadá dentro del tratado, aunque Canadá sigue siendo parte de éste, a excepción del capítulo 14 que versa sobre la protección a la inversión, del cual se desvinculó oficialmente en la renegociación del 2018. Este tratado, posteriormente, pasó a llamarse T-MEC. En suma, las disputas entre inversionistas y gobiernos de estos dos países, no están cubiertas por el mecanismo ISDS contemplado en el T-MEC. Sin embargo, el ISDS sigue estando disponible para todas las disputas entre inversionistas de Estados Unidos y México.

El T-MEC limita los alcances de su ISDS principalmente en ciertos sectores, como el de petróleo y gas, energía eléctrica y telecomunicaciones, y en ciertos tipos de contratos con el Estado. El T-MEC establece procedimientos mucho más estrictos para la presentación de una controversia, incluyendo requisitos más detallados para la notificación de intención de arbitrar y la presentación de la demanda. Contrariamente a lo que prevalecía en el TLCAN, en el caso del T-MEC se exige la utilización de los mecanismos locales de resolución de disputas durante un período de 30 meses antes de recurrir formalmente al ISDS, salvo cuando se demuestre que las instancias locales no ofrecen una mediación eficiente y adecuada.

El T-MEC enfatiza la transparencia en los procedimientos arbitrales y promueve la participación pública. Esto incluye la publicación de documentos y audiencias abiertas al público, así como la posibilidad de intervenciones como el *Amicus Curiae*. Por último, el

14 El CPTPP, está conformado por: México, Canadá, Australia, Brunei Darussalam, Chile, Japón, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam.

T-MEC cuenta con importantes reformas en la interpretación y aplicación de las cláusulas.

Por su parte, el CPTPP difiere del T-MEC en el ámbito de su aplicación, la cual es más amplia. Este tratado ofrece un mecanismo ISDS más comprensivo en términos de cobertura geográfica y sectorial. Al igual que en el T-MEC, el CPTPP también incluye requisitos previos al arbitraje, como la obligación de intentar resolver la disputa a través de consultas y negociaciones antes de iniciar un arbitraje. Sin embargo, los plazos y procedimientos específicos pueden diferir. Adicionalmente, el CPTPP hace hincapié en la transparencia y la participación pública, de manera más clara que el TLCAN, lo cual implica que permite la intervención de *Amicus Curiae*.

Finalmente, en relación a la controversia existente entre el consorcio canadiense Almaden y el gobierno mexicano, existe un aspecto de particular importancia el cual, eventualmente podría inclinar el arbitraje a favor de la empresa canadiense. Mientras que en el capítulo 32.5 del T-MEC se consideran los derechos de los pueblos indígenas, en el CPTPP aún no existe un capítulo que explícitamente haga referencia a la protección de los pueblos indígenas dentro del tratado (Pérez Rocha, 2023).

CONCLUSIONES

La posibilidad de que un *Amicus Curiae* influya positivamente en un arbitraje es un aspecto que hasta la fecha resulta incierto dada las reglas de operación del arbitraje empresa v. Estado, en el que la falta de transparencia a lo largo del proceso arbitral es la regla y no la excepción. Dadas las reglas no escritas, pero puntualmente observadas por los tribunales de arbitraje, las expectativas de que actué positivamente es algo incierto. Por otra parte, cuando la formulación del *Amicus* está relacionada con las afectaciones puntuales de una comunidad, con frecuencia los árbitros son proclives a desconfiar del contenido de un *Amicus Curiae*, y se sopesa su pertinencia.

Un aspecto positivo en el proceso de elaboración del *Amicus* es que este cada vez más éste recibe el acompañamiento de organizaciones sociales e individuos de la sociedad civil que incluyen a expertos en los diversos asuntos que involucran la redacción del documento. Asimismo,

con frecuencia el apoyo de las organizaciones sociales internacionales resulta invaluable por su conocimiento de casos análogos referentes al comportamiento de las empresas que tienen presencia en diversos países. Con el tiempo, se ha aprendido que una protesta no puede circunscribirse al ámbito geográfico nacional, sino que es necesario identificar el comportamiento de una empresa a nivel global.

Un aspecto central para potenciar la presencia del *Amicus* en las controversias sobre inversión es estudiar con detalle cómo ha ido cambiando el concepto y aplicación del recurso en la mediación, sobre todo ahora que las propias reformas del UNCITRAL y el CIADI han puesto el acento sobre la conciliación y la transparencia. Asimismo, resulta importante considerar que un *Amicus* no es realmente neutral, pero que su propósito debe pasar por encima de ese rasgo y concentrarse en ayudar al arbitraje, no sólo por la información que pueda proporcionar, sino también porque es un instrumento que abona a prácticas más transparentes durante el arbitraje.

Concluyendo, el mayor defecto del arbitraje empresa v. Estado es que permite a árbitros privados juzgar la rama ejecutiva, legislativa y judicial de un gobierno y anular poderes judiciales respetados e independientes. Esto apunta a una falta de legitimidad democrática en la resolución de lo que, en realidad, es una disputa de derecho público (Steger, 2011).

BIBLIOGRAFÍA

Brower, Charles N. y Mazlom, Ahmed (2024). *To Err Is Human, to Dissent Divine*. En Kátia Fach Gómez y Catharine Titi (eds.) *The Award in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

CIAR GLOBAL (14 de febrero de 2022). Sands critica no admisión de *Amicus Curiae* en arbitraje *Odyssey v. México*. <https://ciar-global.com/sands-critica-no-admision-de-amicus-curiae-en-arbitraje-odyssey-v-mexico/>

Alicia Grace y otros v. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI No. UNCT/18/4. Resolución Procesal No. 2 (5 de abril de 2019). https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/676104/Alicia_Grace_y_otros_c_M_xico.pdf

Center for International Environmental Law [CIEL] (2022).

Informe jurídico sobre la decisión del Tribunal Arbitral de negar la presentación de un Amicus Curiae por terceros interesados en el caso Odyssey Marine Exploration, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos (CASO CIADI NO. UNCT/20/1).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (2010). Informe del Grupo de Trabajo II (arbitraje y Conciliación) sobre la Labor Realizada en su 53º período de Sesiones.

Costero, María Cecilia (2017). *Lo internacional y lo local: estudio de caso de Metalclad Corporation en Guadalcázar, San Luis Potosí, México*. San Luis Potosí: El Colegio de San Luis. <http://colsan.repositorioinstitucional.mx/jspui/handle/1013/786>

Eberhardt, Pia y Olivet, Cecilia (2012). *Profiting from Justice: How Law Firms Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom*. Brussels/Amsterdam: CEO/TNI. <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>

Enciso, L. Angélica (2021) En México se dieron 14 permisos para exploración en mares. SEMARNAT rechazó en 2018 el proyecto de una empresa en el Golfo de Ulloa, La Jornada periódico, sección Política, México

Gallegos Zúñiga, Jaime (2019). Algunos cambios que incorpora el T-MEC en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el Capítulo XI del TLCAN. *Arbitraje*, 12(1), 167-179. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168639>

Gutiérrez Haces, María Teresa (2021). La minería canadiense, una historia de éxito y especulación bursátil en América del Norte. En Oliver Santín Peña (ed.), *Canadá y sus Paradojas en el siglo XXI: política exterior, paradiplomacia, economía, recursos naturales y medioambiente*. México: CISAN, UNAM. <https://ru.micisan.unam.mx/handle/123456789/1062>

Gutiérrez Haces, María Teresa (2022). Public resources, private profits: the effects of NAFTA and CUSMA on mining and investment in Mexico. Canadian Center for Policy Alternatives, *Monitor*, 29(4), 19-22. <https://www.policyalternatives.ca>

Investment Treaty News (7 de octubre de 2022). Enmiendas al reglamento de arbitraje del CIADI entran en vigor. <https://stg.itn.iisd.org/es/2022/10/07/>

enmiendas-al-reglamento-de-arbitraje-del-ciadi-entran-en-vigor/

La Jornada Periódico (2023) Minería en aguas profundas amenaza a varias especies en peligro de extinción. Sección Redacción, p.12. México

Montiel Alejandro (2024) Documento inédito de investigación de doctorado, Disposiciones sobre *Amicus Curiae* en arbitrajes bajo el sistema del CNUDMI y del CIADI, Posgrado Facultad de Derecho y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

Moore, Ellen y Moore, Jen (2022) Un mar de problemas: la explotación minera de los fondos marinos y el arbitraje internacional en México. <http://inequality.org/research/explotación-minera-de-los-fondos-marinos-arbitraje-internacional-méxico/>

Munford, Luthor T. (1999). When Does the Curiae Need an Amicus? *The Journal of Appellate Practices and Process*, 1(2), 279-284. <https://lawrepository.ualr.edu/appellatepracticeprocess/vol1/iss2/5>.

Olivet Cecilia y Ghiotto Luciana (2021) Justicia Paralela. ¿Cómo el sistema de protección de inversiones pone en riesgo la independencia del Poder Judicial en América Latina? Internacional de Servicios Públicos y el Transnacional Instituto (TNI), San Pablo-Ámsterdam. <https://www.tni.org/files/download/justiciaparalela/>

Pérez Rocha, Manuel (2024) Alerta con el Tratado Transpacífico, La Jornada periódico, sección Opinión, México.

Pineda, Oscar y Camacho, Samantha (2024) Minas canadienses, el CIADI y derechos humanos. El proyecto minero que no pudo ser. Animal Político, México

PODER (2024) Almaden Minerals, quien vulneró derechos de las comunidades, demanda a México el tribunal de arbitraje. Comunicado de prensa. <https://poderlatam.org>

Titi, Catherine (2024). Investment Treaty Arbitration Caught in the Public-Private Law Divide. *Michigan Journal of International Law*, 45(3), 441-486. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2162&context=mjil>

Steger, Debra P. (2011). *Amicus Curiae: Participant or Friend? The WTO and NAFTA Experience*. En A. von Bogdandy, P. C. Mavroidis, Y. Mény (eds.), *European Integration and International Coordination: Studies in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, pp. 419-450. Canadá: University of Ottawa. <https://ssrn.com/abstract=1949862>

**COMENTARIO A “EL *AMICUS CURIAE*:
UN DIQUE LEGAL PARA TERCERAS PARTES
FRENTE A LOS EFECTOS DEL MECANISMO
DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS SOBRE
INVERSIÓN EN LOS TRATADOS DE LIBRE
COMERCIO” DE MARÍA TERESA
GUTIÉRREZ HACES**

Tahimí Suárez Rodríguez

El artículo destaca las posibilidades reales que ofrece el mecanismo del *Amicus Curiae* en el supuesto de ser admitido para la resolución equilibrada e imparcial de un caso, al proveer una perspectiva diferente y adicional a los árbitros, desde el conocimiento de las leyes y la idiosincrasia del país y del gobierno en cuestión, que habitualmente desconocen. No obstante, el texto expone cómo la admisión de un *Amicus Curiae* se asocia en primer lugar al propio hecho de la ausencia de procedimientos establecidos para ello en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), así como en las reglas del TLCAN y en los tratados en general, los cuales carecen de disposiciones explícitas para la intervención de un *Amicus*.

De ese modo, el estudio tiene el mérito de mostrar las diferencias en el abordaje del ISDS y el mecanismo del *Amicus Curiae* y de examinar tres casos contra México que tienen como fundamento legal tres tratados multilaterales: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (1994-2018); el Tratado de Libre Comercio México, Estados Unidos, Canadá (T-MEC o

UMSCA) (2019); y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) (2018). En consecuencia, se constata cómo en dos de los casos el *Amicus* resultó rechazado: *Metalclad vs. México* (1997) y *Odyssey Marine Exploration Inc vs. México* (2019). Y demuestra uno en el que se aceptó: el de *Legacy Vulcan, LLC vs. México* (2019). Tales hechos permiten constatar la necesidad de encontrar alternativas ante el rechazo del mecanismo, a partir de repensar una propuesta desde el Sur a través de movimientos sociales, comunidades, ONGs, etc., que ofrezcan soluciones determinadas o mediante propuestas de redacción de provisiones en los propios textos de los tratados.

Asimismo, el texto apunta a la falta de precisión sobre cómo el *Amicus Curiae* aporta información relevante para la resolución del conflicto; esto constituye también un factor central en la decisión de no admitir la opinión de terceras partes. A la vez, se hace énfasis en la subvaloración que se realiza de las circunstancias que desencadenaron la controversia desde la perspectiva del Estado demandado.

No obstante las cuestiones previamente esbozadas, el texto revela cómo el mencionado mecanismo proporciona transparencia y legitimidad en el proceso arbitral con la presencia de terceros involucrados, al mismo tiempo que constituye una garantía en la protección de intereses públicos, pues generalmente los casos de ISDS están asociados a derechos humanos, medio ambiente y desarrollo sostenible, tópicos con una trascendencia mayor para terceros interesados, como comunidades enteras, movimientos sociales y ONGs. Por último y no menos esencial, sobresale la contribución del *Amicus* al fortalecimiento del Derecho Internacional desde la influencia que ejerce en la necesaria evolución de las normas jurídicas aplicables en el contexto de un ISDS. Todo ello confirma la necesidad de una postura más abierta sobre el *Amicus Curiae* y el reconocimiento a los argumentos que sostienen la importancia de su admisión.

Unido a lo anterior, el trabajo refleja la evolución de la *lex mercatoria* y su influencia a partir de los arbitrajes que selecciona asociados a los temas medioambientales que no constituían

contenido en dichos arbitrajes y que en fechas recientes es sistemático su involucramiento y, por ende, la incidencia mayor de terceros interesados. Con el *Amicus Curiae*, como bien expresa la autora, se ha producido una transición de controversias centradas exclusivamente en derechos económicos y comerciales a aquellas que también consideran los impactos ambientales, pero donde la jurisprudencia en muchos casos sigue siendo inadecuada.

De este modo, el trabajo deja planteadas algunas interrogantes para ser desarrolladas en otros que traten el tema posteriormente, a saber:

¿Será posible una mayor utilización del *Amicus* en controversias desde tratados de inversión o se continuará concentrando este mecanismo sólo en los tratados de libre comercio y acuerdos multilaterales de comercio e inversión?

¿Sería válido hacer propuestas de provisión que limiten o fundamenten cuándo a consideración del Tribunal el *Amicus Curiae* podrá calificarse de "no relevante", a modo de acotar en alguna medida la discrecionalidad de los árbitros para la admisión del mencionado mecanismo?

¿No existirían acaso brechas para apelar la decisión de los árbitros de no admisión de *Amicus*, desmarcándolo de la naturaleza de los laudos? ¿Podría constituirse en excepción a la negativa de los árbitros el hecho que el tópico de la demanda se vincule a recursos minerales, alimentos, entre otros temas esenciales?

¿En qué grado se han modificado las provisiones de los tratados después del TLCAN, debido a la influencia del mecanismo del *Amicus Curiae*? ¿El mecanismo se incorpora a los Tratados bilaterales de inversión? ¿Cómo es el comportamiento del *Amicus* en dichos Tratados?

Con este arsenal de interrogantes, se deja abierto el debate.

AMÉRICA LATINA Y LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBIS)

NECESIDAD DE UNA FORMULACIÓN DESDE EL SUR

Tahimí Suárez Rodríguez

PINCELADAS NECESARIAS

Los últimos treinta años han marcado un giro en materia de inversión extranjera debido al cambio en el orden económico internacional y la internacionalización de la economía. El prolífico desarrollo sostenido en los Acuerdos Internacionales de Inversiones (AIIIs) y los primeros arbitrajes internacionales de inversión han perfilado y conformado un conjunto de normas y principios que regulan las relaciones legales entre los Estados y los inversionistas extranjeros (Alvarez Zárate y Zenkiewicz, 2021) y que se sustentan en diferentes capas del Derecho Internacional,¹ en estándares del Derecho Económico Internacional y en reglas propias, distintivas, de protección a la inversión (Dolzer y Schreuer, 2012), además de aspectos particulares del derecho interno del país receptor, dando lugar al denominado Derecho Internacional de Inversiones.

1 Le son de aplicación las fuentes del Derecho Internacional Público reconocidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia junto a otras propias. En relación con las primeras, se destacan: los TBIs; la aplicación de la Fórmula Hull; el Caso Chorzów como costumbre internacional; y la doctrina de avezados expertos internacionales como Rudolf Dolzer o Christian Schreuer. De igual modo, incorpora principios del Derecho Internacional Público como la buena fe, *rebus sic stantibus*, *res indicta*, *pacta sunt servanda*, reparación integral, entre otros.

Este Derecho se codifica desde el contenido de los AII, que alcanzan hasta septiembre de 2024 una cifra de 2.833 suscritos, unido a 472 tratados con provisiones de inversión (TIPs).² Dichos textos convencionales disponen, dentro de sus estipulaciones, de los pronunciamientos sobre la expropiación indirecta, figura que se coloca en el centro del análisis en el Derecho Internacional de Inversiones junto a otras disposiciones sustantivas, condicionada por su incidencia en alrededor del 70% de los arbitrajes inversionista-Estado a nivel mundial (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo [UNCTAD], 2020a). Esto ubica la expropiación indirecta en la segunda reclamación más alegada después del Trato Justo y Equitativo (TJE) (UNCTAD, 2021), bajo el fundamento legal de los AII, particularmente en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs).

Esta figura, surgida en el derecho estadounidense en 1872 a partir de dos casos llevados a sus tribunales (*Pumpelly v. Green Bay Co.*³ y *Mugler v. Kansas*),⁴ fue más nítidamente enunciada en 1922 a través de la sentencia del magistrado Oliver Wendell Holmes en la que se manifestó que, si las regulaciones que emitía un Estado se extralimitaban, ello se correspondía con una expropiación conforme a la Quinta Enmienda de la Constitución de ese país.⁵ En términos generales, se equipararon las limitaciones al ejercicio pleno de la propiedad por su titular a una expropiación, con fundamento en la imposibilidad de la utilización del bien en toda su dimensión por el propietario, lo que lo hacía ciertamente inservible.

La aparición en un proceso de Derecho Internacional se constata en ese propio año, en el caso *Norwegian Shipowners v. Estados*

2 Vid. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

3 La Corte Suprema se enfocó no en la privación del título por el gobierno, sino en el daño irreparable y permanente para el propietario, diferenciando expropiación implícita de explícita. Vid. https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt5-8-4/ALDE_00013283/

4 Se sentó regla de que no hay indemnización por legítimo ejercicio del poder de policía. Vid. https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep123/usrep123623/usrep123623.pdf&ved=2ahUKewjujb_kq-KAxXhVTABHeNPPeEQFnoECBcQAQ&usg=AOvVaw2JXxYoY0ptMSmqMzHZb8Ot

5 Vid. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/260/393/> y http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1449&context=journal_articles

Unidos en el Tribunal de La Haya, lo que muestra el afianzamiento de los orígenes y evolución de la expropiación indirecta hasta el presente, ligados al ámbito Internacional. En el mencionado laudo, se le definió al reconocer que la toma realizada por el gobierno de los Estados Unidos de los 15 contratos suscritos con los armadores noruegos para la construcción de barcos constituía *de facto* una expropiación en sí, en tanto, el no disponer la propiedad de dichos navíos mediante estos contratos producía el mismo efecto que si no poseyeran dichas embarcaciones después de construidas (Norway v. USA, 1922).

Seguidamente en la línea del tiempo, se iniciaron intentos en el ámbito convencional con la *Abs-Shawcross Draft Convention* que advirtió su reconocimiento al establecer que las medidas contra nacionales de una parte, privándoles de su propiedad, podían operar indirectamente como tal, sin adentrarse en ninguna otra disquisición (Abs y Shawcross, 1959). Por otra parte, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) fueron elaborados los informes segundo y cuarto sobre responsabilidad del Estado, de 1957 y 1959 respectivamente, aludiendo, en el primero, a los daños causados al extranjero por el Estado, a través de actos u omisiones de sus funcionarios contrarios a las obligaciones internacionales del Estado (ONU, 1957), que pudieran interpretarse e incluirse entre aquellos que privan del uso, disfrute y disposición de los bienes a un inversor. El segundo reconoce la existencia de expropiaciones indirectas, pero sin desarrollar ideas al respecto (ONU, 1959).

En consecuencia, se incorporó la expropiación indirecta en el primer Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) suscrito entre Paquistán y Alemania en 1959 desde el mero reconocimiento, modo en el que mayormente ha sostenido su presencia hasta el presente en este tipo de acuerdo desde diversas denominaciones (Treaty for Promotion and Protection of Investments between Federal Republic of Germany and Paquistan and its Protocol, 1959).

Ulteriormente, se destacan el *Harvard Draft Convention on the International responsibility of States* en 1961 (ONU, 1969); el *Draft Convention on Protection of Foreign Property* elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y adoptado en su Consejo el 12 de octubre de 1967 (OCDE, 1967); y el Programa de Tratados de Inversión Bilateral de Estados Unidos en

1980⁶ que introdujo la expropiación indirecta e hizo aportes al concepto. Asimismo, en 1988, el *Canada-US Free Trade Agreement* (CUSFTA, 1988) incorporó la expropiación indirecta progresiva, a la vez que, en 1992, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, NAFTA en inglés) estableció la expropiación indirecta en el conocido artículo [1110], con la redacción que ha marcado su tratamiento en los tratados y su inserción dentro de las cláusulas de los AII hasta la actualidad: “Ninguna parte nacionalizará o expropiará directamente o indirectamente una inversión de un inversor de la otra Parte en su territorio o tomará una medida equivalente a la nacionalización o expropiación [...]” (North American Free Trade Agreement [NAFTA], 1992, p. 11-7). Bajo tal ambigüedad, los inversores sustentan sus demandas contra los Estados receptores al aludir su existencia ante una determinada medida o acción estatal que erosione sus derechos sobre la inversión.

En efecto, la figura ha sido alegada entre 1987 y septiembre 2024 en 550 ocasiones de los 1.332 casos de ISDS conocidos (UNCTAD, s.f.a), lo que ha impulsado a las naciones a perfeccionar sus pronunciamientos tanto en los modelos de AII⁷ como en los propios tratados. Los primeros, como documentos base para la negociación de los segundos, se han constituido en la tendencia desde inicios del siglo XXI, generando su expansión global como plataforma en la que se asientan previamente las experiencias de los países y que es ajustada, como un traje a la medida, a los acuerdos que puntualmente suscriban los Estados.

América Latina, la segunda región más demandada en ISDS, no se encuentra alejada de la realidad descrita, y los TBIs constituyen el centro del análisis sobre la expropiación indirecta en la región por ser los instrumentos en los que se vertebra. Al mismo tiempo, se han constituido en pilar de la *lex mercatoria*⁸ desde su implosión sobre

6 Incorporado al Tratado entre Estados Unidos de América y la República de Panamá, firmado el 27 de octubre de 1982 y que entrara en vigor el 30 de mayo de 1991. Vid. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3353>

7 Los Modelos de AII constituyen el prototipo de tratados dentro del Derecho Internacional de Inversiones que los países adoptan sobre la materia, a la vez que son los documentos base a partir de los cuales se decide negociar los textos convencionales bilaterales y multilaterales que suscriben.

8 Nótese la *lex mercatoria* en los TBIs en la implicación de modo total e íntegro

dichos tratados durante las últimas tres décadas, como consecuencia de la propia y nueva dinámica del comercio internacional. Por consiguiente, las transformaciones registradas han surtido efectos en las provisiones de dichos textos. Los pronunciamientos sobre expropiación indirecta no han estado al margen y han sido reflejo de cada una de ellas, a partir de las inexactitudes que presentan y que aseguran los intereses del poder corporativo frente a los Estados.

Los acuerdos latinoamericanos, desde los primeros y hasta los más recientes, han establecido la expropiación indirecta. Sin embargo, lo han hecho bajo una formulación no garantista para los países, lo que ha propiciado su utilización por los inversionistas para arremeter contra los Estados cuando consideran que medidas adoptadas por estos afectan su inversión, destacándose entre las naciones más demandadas mundialmente a través de los TBIs (UNCTAD, 2020b): Argentina, Venezuela, México, Perú, Ecuador. Este mecanismo de presión sobre el Estado anfitrión ante cualquier interferencia estatal que genere lo coloca en una marcada situación de indefensión bajo las actuales provisiones vigentes.

Por otra parte, la región latinoamericana posee en su haber 13 modelos de AIIs,⁹ de los cuales permanecen 8 vigentes (UNCTAD, s.f.b). Entre los más progresistas en relación con la expropiación, se destacan los de Colombia y Brasil desde perspectivas diferentes. De otro modo, algunas de las naciones que no poseen modelos de AIIs han perfeccionado sus textos, específicamente con la inclusión de pronunciamientos sobre la expropiación indirecta modernos y en consonancia con el paquete de reformas lideradas por la UNCTAD en el 2018.

Examinar las cláusulas de expropiación en los TBIs latinoamericanos permite identificar las carencias, disfuncionalidades e

en las provisiones que se introducen y establecen a nivel global en dichos tratados a lo largo del tiempo. Un buen ejemplo es la aplicación de la compensación bajo la Fórmula Hull ante la expropiación (adecuada, pronta y efectiva) y su incorporación sistemática en los textos de los AIIs hasta la actualidad, desde su aparición en la indemnización solicitada por el Secretario de

9 Los 13 Modelos de AII que se distinguen de la región latinoamericana son de Jamaica, Bolivia, Chile (1994), Perú (2000 y 2020), Guatemala (2003, 2010 y 2013), México (2008), Colombia (2008, 2011 y 2017) y Brasil (2015). De ellos no están vigentes los de Perú (2000), Guatemala (2003 y 2010) y Colombia (2008 y 2011), sustituidos por los adoptados posteriormente

incongruencias existentes, así como la necesidad de elaborar dichas provisiones desde una perspectiva latinoamericana, auténtica, sobre la base de las experiencias, realidades y desafíos de la región – premisa para la protección deseada frente a posibles reclamos de los inversionistas extranjeros por expropiación indirecta ante instituciones foráneas.

II. EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y TBIS LATINOAMERICANOS

De los 418 TBIs vigentes en América Latina analizados, a partir de los cuales se puede generar una demanda por expropiación indirecta, se revela un comportamiento general similar y extendido en cuanto a:

- ausencia de una definición sobre expropiación indirecta;
- carencia de presupuestos para su identificación;
- falta de elementos cualitativos o cuantitativos para medir el alcance de los presupuestos;
- ausencia de una concepción de indemnización apropiada, justa y equitativa;
- carencia de excepción a la expropiación indirecta.
-

No obstante, la expropiación indirecta entendida como la medida o serie de medidas adoptada por el Estado que, por su naturaleza, características o efectos, son equivalentes a una expropiación directa, produciéndose una transferencia de la propiedad sobre la inversión *de facto* y no formalmente, ha encontrado una expresión más acertada en algunos de los textos más recientes suscritos y en vigor por Argentina, Chile, Colombia, México, Perú, entre otros. Entre los textos desmarcados de la tradicional y omisa redacción y que se encuentran en vigor, se destacan los presentados a seguir.

El último suscrito de Chile con la Región Administrativa Especial de Hong Kong del Pueblo de China (2016), en su página 19, la reconoce bajo la expresión de medidas que tienen un efecto equivalente a la expropiación, para inmediatamente remitir el artículo al anexo correspondiente, donde se acota la definición de la figura. A la vez, establece la excepción a la expropiación indirecta regulatoria y los presupuestos para su configuración: impacto económico,

grado de interferencia en las expectativas distinguibles y legítimas del inversor y el carácter.

A su vez, los de Colombia con Perú (2007), en sus páginas 15-16 y 61-62, y con Francia (2014), en sus páginas 4-5, con siete años de diferencia en sus firmas, se destacan bajo una nueva sistemática. El primero, marcado por el contenido del tratado de Canadá con Perú, basado en el modelo canadiense de 2004, dispone de modo enfático un pronunciamiento general en negativo sobre la expropiación indirecta y uno sobre medidas equivalentes a expropiación, a la vez que remite al Anexo C, destinado a la expropiación, para definir la figura y establecer los presupuestos para su configuración: impacto económico, grado de interferencia en las expectativas inequívocas y razonables del inversor y el carácter.

Por su parte, el TBI colombiano con Francia, con huella evidente del modelo colombiano de 2011, reconoce y define la expropiación indirecta e incluye los presupuestos para su configuración. A diferencia del anterior, excluye de forma explícita el carácter de la medida y realiza modificaciones en relación con las expectativas del inversor, bifurcándolas en dos presupuestos: una enmarcada en demostrar las consecuencias de la medida en las expectativas del inversor y no en el grado de la interferencia estatal en las expectativas, la otra al situar el nivel de interferencia en el derecho de propiedad del inversionista, es decir, en el uso, disfrute y disposición de la inversión, y no circunscrito a las expectativas del inversor, como usualmente se establece. No obstante, el texto suple cualquier exclusión en los presupuestos con la expresión *entre otros factores*, elaboración ya utilizada en el TBI con el Reino Unido como *numerus apertus*. Por otra parte, ambos TBIs incorporaron la excepción a la expropiación indirecta regulatoria.

En el caso de México, se destacan algunas modificaciones mínimas con respecto a la provisión sobre expropiación indirecta dispuesta en su modelo de 2008 y en los acuerdos firmados con Turquía (2013), en la página 8, y con China (2020) en sus páginas 9-11. En el primero, al incorporar desde un pronunciamiento general sobre la expropiación indirecta la excepción regulatoria de la figura, la cual no se concibe en el citado modelo; y, en el segundo, al reconocer inicialmente la expropiación indirecta para posteriormente, en anexo

al tratado, definirla y disponer de los presupuestos para su identificación, como el impacto económico, el grado de intromisión en las expectativas distinguibles y razonables del inversor y el carácter, así como incorporar la excepción a la expropiación indirecta.

Perú muestra una postura avanzada en los acuerdos con Canadá (2006) en sus páginas 4-15 y 20, con Colombia (2007), ya comentado previamente; y con Japón (2008) en sus páginas 13 y 118-119. Pero no como consecuencia de los modelos de AII peruanos, sino marcados por el tratado de Canadá con el país andino, sustentado en el modelo canadiense de 2004. En todos se define la expropiación indirecta, los presupuestos del impacto económico, el grado de interferencia en las expectativas razonables y distinguibles, así como la excepción a la expropiación indirecta. En el caso de los firmados con Japón y Canadá, a diferencia del de Colombia, sustituyen el carácter de la medida por las características de las medidas, aun cuando la pretensión haya sido referirse al carácter, incluyendo que no sean discriminatorias. Esta redacción genera confusión e imprecisiones, pues se mezclan condiciones que debe cumplir el acto expropiatorio con los presupuestos para que se configure la expropiación indirecta.

Al mismo tiempo, Uruguay exhibe su posición avanzada en los suscritos en vigor con la República de Corea, Emiratos Árabes Unidos (EAU) y Australia. El primero incorporó, junto al reconocimiento de la expropiación indirecta y la remisión al anexo donde la define, los presupuestos para su configuración y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, en la cual incluyó novedosamente el elemento de la estabilización de los precios de bienes inmuebles (2009, página 4). Por su parte, los rubricados con EAU (2018), en sus páginas 9-10, y con Australia (2019) en sus páginas 6-7, mantienen semejante redacción que el de Corea, solo con la diferencia de que, en el primero, la excepción a la expropiación indirecta sustituyó la estabilización de los precios de los inmuebles por las cuestiones sociales. En el de Australia fue eliminado.

En relación con Guatemala, se destaca que el país cuenta con tres modelos de AII en su haber, sin embargo, sus tratados de inversión no se han distanciado de sus homólogos regionales, a excepción de aquel con Turquía (2015, página 6). Esto lleva a pensar que se debe al modelo guatemalteco de 2013, en tanto dicho acuerdo fue rubricado

posteriormente a la adopción de aquel. Este TBI define la expropiación indirecta, establece presupuestos, a saber: impacto económico, grado de intervención en las expectativas razonables y distinguibles del inversor y el carácter, e incluye la excepción a la expropiación indirecta regulatoria.

Por su parte, Brasil requiere análisis independiente. A pesar de constituir el mayor receptor de inversiones latinoamericano, se ha desmarcado de la redacción de los TBIs regionales, basado en disponer y reconocer de modo expreso y exclusivo a la directa conforme su modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de 2015. El gigante sudamericano solo ha ratificado tres de los 28 ACFIs rubricados: los de México (2015, páginas 6-7), Angola (2015, página 5) y EAU (2019, páginas 6-7). Los ACFIs con México y Angola, firmados el año de adopción de su modelo, constituyen los únicos referentes de coincidencia de textos brasileños con los acuerdos de este tipo de la región, bajo la formulación habitual, al abrir brecha a su reconocimiento a través de un pronunciamiento general, al contrario del de EAU, en el que se le excluye desde la nominación del propio artículo, concebido solo para la expropiación directa.

En cuanto a la Fórmula Hull,¹⁰ que refiere a la fórmula para la indemnización, todos los textos *ut supra* abordados la sostienen, lo cual confirma que, en materia de indemnización en la expropiación, y específicamente en la indirecta, América Latina no ha logrado posicionarse en una visión desde el Sur que abrace una compensación justa, equitativa y apropiada,¹¹ expuesta desde los años sesenta,

10 Denominación dada a la fórmula creada por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull para la compensación a los inversores estadounidenses por las nacionalizaciones mexicanas en 1938 a sus inversiones. La definió como adecuada, efectiva y pronta, lo que significa estar basada en el valor justo del mercado, pagada en moneda libremente convertible y sin demoras o, en circunstancias excepcionales, pagada en parcialidades en un plazo lo más corto posible.

11 después de esta palabra colocar cita a pie de página:

11. Tal postura fue conceptualizada en las resoluciones 1803 de 1962, 3171 de 1973 y 3281 de 1974 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU). La primera dispuso que: "[...] se pagará al dueño la indemnización correspondiente (appropriate compensation), con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional" (AGNU, 1962, numeral 4). Mientras la segunda estableció "que cada Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización y las modalidades de pago [...]" (AGNU, 1973, numeral 3). Posición esta última ratificada por la Resolución

pero sin resultados visibles. A pesar de las altas cifras que sus países han debido pagar por ISDS, no se vislumbra una modificación en la concepción de la indemnización con respecto a un tipo u otro de expropiación, desconociéndose entre otras cuestiones que:

Desde la determinación de la fecha de inicio de la expropiación, la indirecta opera bajo diferencias palpables, pues reconoce como tal la fecha del comienzo de la privación de la inversión por la interferencia del Estado o fecha en que se emite el laudo, y no cuando se hizo pública la expropiación como ocurre en la directa (Suárez Rodríguez, 2023, p. 37).

La mayor precisión sobre el pronunciamiento de expropiación indirecta en los textos *ut supra* analizados se basa en: unos, una sincronización con los modelos de AII que poseen como documentos base para emprender negociaciones de los TBIs; otros, directamente asumiendo la particularidad de los tratados que rubrican. Sin embargo, apenas 21 acuerdos establecen modificaciones a la elaboración comúnmente conocida sobre expropiación indirecta, de los cuales solo 11 están vigentes, el 2,63% de los TBIs en vigor en la región.

Además de los mencionados TBIs que lograron distanciarse de la tradicional provisión de la expropiación indirecta, ha de subrayarse que América Latina registra 13 modelos de AII, entre los cuales sólo dos abordan la figura de modo diferente a su común formulación: los de Colombia y Brasil, cada uno a través de perspectivas diferentes (UNCTAD, s.f.b): el primero con reconocimiento de la expropiación indirecta; el segundo, excluyéndola.

El modelo colombiano de 2017 no alude a la privación sobre los atributos fundamentales de la propiedad, sino que se centra en las características que distinguen a las medidas para considerarse expropiación indirecta: ser discriminatorias y arbitrarias con efecto equivalente a

3281, conocida como Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que dispuso que al producirse una expropiación todo Estado deberá "pagar una compensación apropiada teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes [...]" (AGNU, 1974, artículo 2.2 inciso c).

la expropiación directa sin transferencia del título formal o del derecho de dominio. A la vez, dispuso los presupuestos que configuran la expropiación indirecta: la duración y el carácter, estipulados en los modelos indio y anteriores al 2017 en el país, e incorpora otros como la naturaleza de la medida, para acentuar el interés público justificado por encima del individual del expropiado. En cuanto a la Fórmula Hull, introdujo el test de proporcionalidad para el cálculo de la compensación, como los modelos de la Comunidad de Desarrollo del Sudeste Africano (SADC en sus siglas en inglés) del 2012 y marroquí del 2019, unido a otros factores que posibilitan el uso de diversos métodos de cálculo. Contrariamente a sus predecesores del 2008 y 2011, describe el contenido de los términos de la Fórmula no sin confusiones, al utilizar en el artículo sobre expropiación la palabra *oportuna* y en el destinado a la compensación describir el contenido de *pronta*, generando un equívoco a solucionarse en el momento de ejecutarse la indemnización.

Colombia revela su respuesta ante la explosión de demandas de ISDS a partir del año 2016, en las que se invocó de un modo u otro la expropiación indirecta a través de su provisión en el modelo, a la vez que adiciona, como otro mecanismo de mitigación contra las reclamaciones, la firma de declaraciones interpretativas. Hasta la fecha, el país rubricó tres en los años 2018, 2020 y 2021 respectivamente. En todas hace referencia a la expropiación indirecta para una mejor interpretación de la figura.¹²

Brasil por su parte, con su modelo de ACFI, sella su posición a través de otro enfoque: la de exclusión de la expropiación indirecta y reconocimiento único de la directa, lo que ratifica con la adición de numeral en las páginas 5-6 de su texto que establece que el artículo destinado a la expropiación solo es de aplicación a la

12. Práctica colombiana ante las imprecisiones de los TBIs, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. Lo ha aplicado a los TBIs con la India, España y Francia. Vid. <https://www.mipymes.gov.co/mipymes/media/mipymes/Documentos/Declaracion-interpretativa-conjunta-4-de-octubre-2018.pdf>; <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos-1/espana/appri-colombia-espana-dic-16-09-21.aspx> y <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6954/download&ved=2ahUKEwihq5v14a-KAxVKRjABHRP-IdAQFnoECB0QAO&usq=AOvVaw0GDas1afKSBMJXXfBUGdWQ>

directa. Se afilia a la Fórmula Hull, pero sin introducir los términos de pronta, adecuada y efectiva, sino describiendo sus contenidos.

En síntesis, durante el período transcurrido del siglo XXI y hasta el 2024, la realidad latinoamericana sobre expropiación indirecta no ha registrado variaciones notables en sus TBIs ni en sus modelos de AII, a excepción de algunos países. Sin embargo, algunos de los textos recién suscritos ofrecen formulaciones que se suman a la tendencia mundial de una mayor acotación de la figura, debido a la avalancha de demandas por su invocación y sus consecuencias, que han generado una búsqueda de respuesta desde los TBIs después de constatarse los vacíos y disfuncionalidades que el contenido de sus cláusulas han propiciado.

III. EXPROPIACIÓN INDIRECTA VERSUS DEMANDAS: EL ICEBERG PERMANENTE DE LOS TBIS

Según la UNCTAD (2020a), alrededor del 70% de las demandas ISDS alegan expropiación indirecta, comportamiento sostenido en el tiempo y en incremento en los últimos años: 2019 (18); 2020 (20); 2021 (22); 2022 (16) y 2023 (8) (UNCTAD, s.f.a). Al mismo tiempo, ha de destacarse que la región latinoamericana coincide con ubicarse entre las más demandadas del planeta y algunos de sus países registrarse como los más demandados globalmente, a la vez que muestran una mayor cifra de TBIs en vigor bajo la formulación tradicional sobre la expropiación indirecta.

Ante dicho panorama, Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012) decidieron como estrategia asumir el enfoque de retiro, en consonancia con la reforma enarbolada por la UNCTAD hace más de una década y que implica la denuncia de los TBIs en vigor y el retiro, de ser el caso, de la Convención de Washington (UNCTAD, 2010).¹³ Sin embargo, tal posición no prevalece en la región, y el peligro de ser demandados los países bajo los TBIs por expropiación indirecta en su concepción más

13 Vid. Comunicado de prensa del CIADI: Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcement&pageName=Announcemnet100>

tradicional es permanente. Algunos de los casos más emblemáticos así lo demuestran:

1. El Paso Energy International Company vs. La República Argentina (2011). Se alegó expropiación indirecta sustentada en destrucción del valor de la inversión, no disposición de la producción de energía eléctrica y petróleo y apropiación de los derechos por el Estado de dicha inversión. La demanda se fundamentó en el artículo 4 del APPRI entre EE.UU. y la Argentina suscrito el 14 de noviembre de 1991. Argentina fue condenada a pagar US\$ 43.000.003 más intereses.
2. Abengoa S.A. y Cofides S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos (2013). Se alegó expropiación indirecta constructiva o progresiva, debido a las medidas que se llevaron a cabo de modo paulatino y acumulativo por el Estado mexicano y sus funcionarios que privaron al inversor de forma total y permanente de su inversión en una planta de desechos peligrosos, bajo el artículo V.1 del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España firmado el 23 de junio de 1995. El Estado mexicano debió pagar US\$ 40.000.030 más intereses.
3. Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. vs. El Estado Plurinacional de Bolivia (2015). Se invocó expropiación indirecta por revocación de un Decreto Presidencial de 11 concesiones mineras, bajo el artículo VI del APPRI entre la República de Bolivia y la República de Chile firmado el 22 de septiembre de 1994. El Estado boliviano debió pagar la suma de US\$ 48.619.578 más los gastos de arbitraje correspondientes.
4. Copper Mesa Mining Corporation vs. Ecuador (2016). Se alegó expropiación indirecta debido a que el Estado revocó tres concesiones para explotación minera en Junín, Chaucha y Telimbela. La demanda se sustentó en el artículo VIII del APPRI entre el gobierno de Canadá y el gobierno de la República de Ecuador firmado el 29 de abril de 1996. En el laudo, se condenó al Estado ecuatoriano a pagar US\$ 19.400.000 por las concesiones de Junín y Chaucha, no así por la de Telimbela.

5. García Armas y García Gruber vs. República Bolivariana de Venezuela (2019). Se invocó expropiación indirecta a partir de medidas adoptadas por el gobierno venezolano contra las compañías a través de inspecciones realizadas en el año 2010 referidas a la interferencia en la administración y gerencia de la compañía, sustitución de la dirección empresarial, apropiación de los fondos existentes en las cuentas bancarias, entre otras. La disputa se fundamentó en el artículo V del APPRI entre el Reino de España y la República de Venezuela firmado el 2 de noviembre de 1995. El Estado venezolano hubo de pagar monto por encima de los 120 millones de USD, más los gastos por arbitraje, incluidas las sumas pagadas por los demandantes a la Corte Permanente de Arbitraje (CPA).

Como bien refiere la UNCTAD (2024), los laudos por daños están creciendo con cifras que exceden los 100 millones de dólares en más de un cuarto de todas las disputas inversionista-Estado ganadas por los inversores, reconociendo que provienen de la generación más antigua de TBIs (en un 98%). Las demandas por expropiación indirecta constituyen solo una señal de una arremetida contra los países por parte de los poderes corporativos e inversionistas extranjeros. Conocedores de un régimen de inversiones favorecedor a sus intereses y basados en el vacío sobre la expropiación indirecta desde las diversas perspectivas (doctrinal, normativa, incluida la convencional, y jurisprudencial), exponen a los Estados a una situación de indefensión que conlleva en muchas ocasiones al denominado “efecto de congelación”.

En efecto, las constituciones establecen pronunciamientos generales sobre expropiación con la referencia correspondiente a la indemnización, pero sin hacer distinción entre un tipo u otro;¹⁴ al mismo tiempo que las leyes sobre inversión extranjera y la legislación en su conjunto sostienen omisas referencias o, en el mejor de los casos, disponen provisiones diferentes sobre la expropiación indirecta distanciadas de lo que convencionalmente las naciones han dispuesto,

14 Vid. Constitución Política de la República de Panamá de 11 de octubre de 1972 reformada el 8 de noviembre de 2004, , artículos 48, 51, 85 y 286. <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/constitucion-politica-con-indice-analitico.pdf>

generando incongruencias.¹⁵ De este modo, los inversores aprovechan tales disfuncionalidades remitiéndose y soportando sus argumentos exclusivamente bajo lo estipulado en el orden convencional como *lex specialis*, generando una situación litigiosa en materia de Derecho Internacional de Inversiones, sustentada adicionalmente en las falencias en el tratamiento de la expropiación indirecta desde la redacción más tradicional y ambigua en TBIs suscritos en los años noventa.

IV. A MODO DE INVENTARIO: LECCIONES, APRENDIZAJES Y APORTES DESDE AMÉRICA LATINA - UNA PROPUESTA DESDE CUBA

La situación descrita acontece a pesar de poseer América Latina las mejores materias primas teóricas, conceptuales y prácticas para revertirla. Los procesos arbitrales que ha debido enfrentar por expropiación indirecta, así como la cercanía geográfica y de relaciones económico-comerciales con países proveedores de inversiones como EE.UU. y Canadá, han contribuido a que sus juristas, académicos y expertos se adentren en una materia espinosa, controversial y originada desde la doctrina norteamericana, alejada por demás de los sistemas legales latinoamericanos de derecho. Al mismo tiempo, es un área geográfica en la que México posee el pivote de la polémica sobre compensación de la Fórmula Hull, como consecuencia de la controversia por las nacionalizaciones mexicanas de 1938 con EE.UU. La Fórmula aplicada a las compensaciones por expropiación directa o indirecta es responsable de las elevadas sumas de dinero que los países del Sur han debido desembolsar durante años en los procesos de ISDS. De este modo, se hacen necesarias las requisiciones a seguir:

1. Elaborar una cláusula modelo de expropiación latinoamericana desde una perspectiva del Sur para incluir en los TBIs, en modelos de AII o en directrices para los TBIs de la región bajo dos alternativas: una con exclusión de la expropiación indirecta según propone Brasil en su modelo de ACFI y otra con inclusión de la expropiación indirecta, bajo enfoque

15 Vid. Ley 54 de 22 de julio de 1998, de la República de Panamá. [tpps://mici.gob.pa/wp-content/uploads/2021/09/01-ley-54-espanol.pdf](https://mici.gob.pa/wp-content/uploads/2021/09/01-ley-54-espanol.pdf)

opuesto al tradicional y ajustado a las realidades y experiencias de cada país y en general de América Latina en su conjunto.

2. Específicamente, ante el reconocimiento de la expropiación indirecta:

- a) incorporar un concepto con elementos que la identifiquen y que resguarden los objetivos públicos legítimos de los Estados, teniendo en cuenta los últimos modelos aprobados entre el 2014 y 2022 a nivel mundial;
- b) establecer los presupuestos para su configuración que contribuyan a tipificar la figura: el alcance de la medida, carácter, su impacto económico, entre otros;
- c) incluir para cada uno de los presupuestos elementos cualitativos y cuantitativos de acotación de las afectaciones de la medida estatal considerada expropiación indirecta;
- d) disponer la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, en la que se clarifiquen las medidas que en cada país se consideren bajo los *police powers* del Estado y que, por ende, no constituirán expropiación indirecta;
- e) concebir un tratamiento de la compensación más próximo al panorama de los países del área como naciones del Sur y conforme a su nivel de desarrollo, defendiendo una indemnización justa, apropiada y equitativa que descarte la conocida Fórmula Hull – se puede tomar de referencia el Modelo SADC del 2012 y, asimismo, incluir los métodos de valuación de la compensación más factibles para cada país y tipo de expropiación;
- f) sincronizar los pronunciamientos sobre expropiación indirecta en el marco legal vigente de los países, en función de establecer una coherencia dentro de la normativa sobre expropiación¹⁶ en general en el país y sobre la indirecta en el orden convencional.

En concordancia con el análisis previo, se proponen los pronunciamientos a seguir sobre expropiación indirecta para cláusulas de expropiación, a modo de ser perfeccionadas en cada uno de nuestros países en la medida que las realidades así lo ameriten.

i. Las inversiones de una Parte Contratante en el territorio de

16 Estas constituyen una de las propuestas que la autora ha realizado en su tesis (Suárez Rodríguez, 2023, pp. 353-355).

la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, a expropiación o sujetas a medidas con efectos equivalentes a la expropiación, excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido proceso legal, de manera no discriminatoria y acompañadas del pago de una compensación apropiada, justa y equitativa.

- ii. Las Partes Contratantes entienden bajo el presente acuerdo que el concepto de medidas con efectos equivalentes a la expropiación se reconoce con el término de expropiación indirecta; y que resulta de una medida o serie de medidas de una Parte Contratante que tiene un efecto equivalente a la expropiación directa sin producirse la transferencia formal del título, y que se priva sustancial y permanentemente al inversor de los atributos fundamentales de la propiedad en su inversión, incluyendo el derecho a usar, disfrutar y disponer de la misma.
- iii. La determinación de si una medida o serie de medidas de una Parte Contratante constituye una expropiación indirecta requiere del análisis caso a caso, basado en los hechos, considerando, entre otros factores:
 - a) la severidad del impacto económico de la medida o serie de medidas, de modo que sea equivalente a haber privado al inversionista por completo o en una parte significativa del uso o del beneficio económico razonablemente esperado de la inversión y que se refiere a un impacto igual o superior al 50% de las utilidades de la inversión – el simple hecho de que la medida o la serie de medidas genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión, en sí mismo, no implica que haya expropiación indirecta;
 - b) el alcance de la medida o serie de medidas, oscilando entre el 60 al 100% de la privación de la inversión;
 - c) la duración de la medida o serie de medidas, sea permanente o, cuando siendo temporal, el impacto económico derivado sea irreversible – se considera permanente cuando igual o superior a seis meses ininterrumpidamente cada día; en la expropiación indirecta progresiva, el tiempo a considerar en la acumulación de las medidas

- se reconocerá a partir de los cinco años de inicio de la primera medida de privación y *no excederá los siete años*;
- d) el grado de interferencia sobre las expectativas distinguibles y razonables del inversionista o de la inversión – se interpreta esa interferencia cuando la medida o serie de medidas quebrantó el compromiso previo asumido de forma escrita con el inversor ya sea por contrato, licencia u otro documento legal, ante la inversión que coincide con el resultado que un inversionista del mismo sector y en las mismas circunstancias tiene derecho a esperar;
- e) el carácter de la medida o la serie de medidas (su objeto, contexto e intención).
- iv. La compensación referida en el numeral 1 deberá:
- a. basarse en un balance equitativo entre el interés público y el interés afectado, considerando todas las circunstancias relevantes y teniendo en cuenta el actual y pasado uso de la propiedad, la historia de su adquisición, el valor justo de mercado de la propiedad, el propósito de la expropiación, la extensión de las utilidades previas hechas por el inversor extranjero a través de la inversión, la duración de la inversión y cualquier otra condición que el Estado considere pertinente incorporar conforme a sus leyes;
- b. no reflejar cambio alguno en su valor en caso de que la expropiación hubiere sido conocida con anterioridad;
- c. ser pagada en el plazo y forma que acuerden las Partes, en moneda libremente convertible a selección del inversionista, aplicando la tasa de cambio vigente el día del pago en el territorio de la Parte Contratante que expropia;
- d. ser completamente liquidable y libremente transferible.
- v. El inversionista afectado tendrá derecho, conforme a la ley de la Parte Contratante que expropia, a una pronta revisión, por parte de una autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente de esa Parte, de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios establecidos en el presente artículo.
- vi. Las medidas no discriminatorias de una Parte diseñadas y aplicadas con fundamento en la utilidad pública o el interés

- social o que tengan objetivos tales como la salud pública, la seguridad, la protección del medio ambiente o la moral, la protección social o del consumidor o la promoción y protección de la diversidad cultural, la política económica y la estabilidad financiera no constituyen expropiación indirecta.
- vii. Asimismo, no constituirán expropiación indirecta las medidas adoptadas por el Estado relativas a:
- a) medidas tributarias basadas en políticas, principios y prácticas tributarias reconocidas internacionalmente, en particular, aquellas dirigidas a prevenir la evasión fiscal;
 - b) medidas aplicadas durante desastres naturales, accidentes, epidemias u otras emergencias nacionales y que requieran la utilización de la inversión, debiendo ser devuelta al inversor sin demora a la terminación de las circunstancias que condujeron a su uso, con compensación en caso se ocasione algún daño.
- viii. El hecho que las Partes regulen, incluyendo la modificación de sus leyes, en una manera en la cual afecte negativamente o interfiera con las expectativas del inversor, incluyendo sus expectativas de utilidades, no equivale a infringir una obligación bajo este artículo y el presente acuerdo.
- ix. Las disposiciones de este artículo no se aplican a la expedición de licencias obligatorias otorgadas con relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea compatible conforme al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

V. CONCLUSIONES

La expropiación indirecta ha tomado posición cimera dentro de la agenda del Derecho Internacional de Inversiones en los últimos años, propiciada por la invocación frecuente en demandas en tribunales internacionales que tienen como fundamento los TBIs, desde su aparición prolífica en los años noventa. A pesar de ser América Latina pionera en la existencia de los acuerdos de este tipo, cuando en 1965

emergía su primer texto, la expresión en ellos de la expropiación indirecta no ha marcado una evolución notable en el transcurso de los años que indique una diferencia con el mundo. Bajo una formulación tradicional enquistada en los textos, la figura, lejos de favorecer a los países del Sur y particularmente a los latinoamericanos, los ha perjudicado al colocarlos en una situación litigiosa sistemática por parte de los inversores que la utilizan ante cualquier medida estatal que consideren afecte su inversión.

No obstante, se ha de asumir que los tratados después de los noventa y a la fecha actual han sufrido modificaciones en su contenido a partir del cambio en la geopolítica a nivel internacional, de lo cual la figura de la expropiación indirecta constituye un ejemplo de ello a partir del tratamiento que se le brinda en dichos acuerdos, aunque con la impronta del TLCAN de 1994.

De ese modo, en años recientes se han destacado textos con provisiones más elaboradas entre algunos de los países más demandados de América Latina: 21 de los nuevos TBIs suscritos lo constatan, significándose que de ellos 11 están en vigor. Tal vez, sea esta la respuesta a la avalancha de reclamaciones recibidas, que obligan a incorporar lecciones aprendidas a partir de las disfuncionalidades, incongruencias y vacíos hallados e introducir la definición del contenido de la expropiación indirecta, los presupuestos que se requieren para que se configure, la excepción a la expropiación indirecta, entre otras cuestiones, a modo de poseer una formulación desde el Sur. Sin embargo, paralelamente, subsisten los tradicionales TBIs y sus elaboraciones habituales sobre la figura.

Por otra parte, de los modelos de AII adoptados por países de la región, apenas 8 se mantienen vigentes como documentos base a presentar a las contrapartes ante las negociaciones de sus TBIs. En su mayoría, no contribuyen a un desarrollo de la figura de modo concreto, propio y auténtico para América Latina al afiliarse a las provisiones comúnmente conocidas sobre expropiación indirecta. No obstante, los modelos pueden convertirse para los países en el instrumento primario proveniente de un análisis previo en el tiempo y desde las características de los países; por ende, más precisos, donde se aseguren la protección deseada y la garantía de los intereses de los

Estados desde una visión integradora y multidisciplinaria de expertos y avezados en la materia, como lo muestran los de Brasil y Colombia en nuestra región.

Cada modelo ofrece alternativas diferentes a la común y no satisfactoria elaboración tradicional desde perspectivas distintas. Colombia trata la expropiación indirecta en su modelo con una formulación similar a los textos más innovadores internacionalmente y en búsqueda de resguardo de sus intereses; el gigante sudamericano mantiene el enfoque de exclusión de la figura y el reconocimiento solo a la expropiación directa.

En síntesis, en la región latinoamericana se aprecia un escenario no lineal, sino diverso en cuanto al modo de proceder de los países ante el tratamiento convencional desde los TBIs sobre el tema, lo que confirma las necesarias polémicas que genera. Elaborar y poseer TBIs con pronunciamientos sobre expropiación indirecta que constituyan trajes a la medida, a la vez que un salto dentro del actual estancamiento de las formulaciones en la mayoría de los textos vigentes caracterizados por carencias y disfuncionalidades, constituyen un reto al que América Latina no debe renunciar. Sin embargo, coadyuvar a un escenario más equilibrado y viable en las negociaciones de este tipo de acuerdos para los países del área es un pilar a establecer y un desafío a emprender.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 6. 26 de mayo de 2015. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4718/download>

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y el gobierno de la República de Angola. Artículo 9. 1 de abril de 2015. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download>

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y Emiratos Árabes Unidos. Artículo 7. 15 de marzo de 2019. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5855/download>

Acuerdo de inversiones entre el gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China y el gobierno de la República de Chile. Artículo 10. 18 de noviembre de 2016. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5413/download>

Acuerdo entre el Perú y la República de Colombia para la promoción y protección de inversiones. Artículo 11. 11 de diciembre de 2007. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1004/colombia---peru-bit-2007->

Acuerdo entre el gobierno de la República de Turquía y el gobierno de la República de Guatemala relacionado con la promoción y protección recíprocas de inversiones. Artículo 6. 21 de diciembre de 2015. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6091/download>

Acuerdo entre Canadá y la República de Perú para la promoción y protección de inversiones. Artículo 13. 14 de noviembre de 2006. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/626/download>

Acuerdo entre Japón y la República de Perú para la promoción, protección y liberalización de inversiones. Artículo 13. 21 de noviembre de 2008. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1733/download>

Acuerdo entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones. Artículo 6. 10 de julio de 2014. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4771/download>

Acuerdo entre Australia y la República Oriental del Uruguay sobre promoción y protección de inversiones. Artículo 7. 27 de enero de 2022. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5853/download>

Acuerdo entre los Emiratos Árabes Unidos y la República Oriental del Uruguay para la promoción y protección recíprocas de inversiones. Artículo 8. 24 de octubre de 2018. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5813/download>

Acuerdo entre el gobierno de la República Oriental del Uruguay y el gobierno de la República de Corea en materia de promoción y protección de inversiones. Artículo 5. 1 de octubre de 2009. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1845/download>

Acuerdo entre el gobierno de la Región Especial Administrativa de Hong Kong de la República Popular de China y el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para la promoción y protección recíproca de inversiones. Artículo 7. 23 de enero de 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6129/download>

Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Turquía para la promoción y protección recíproca de las inversiones. Artículo 8. 17 de diciembre de 2013. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6126/download>

Abengoa S.A. y Cofides S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2. Laudo. (18 de abril de 2013). <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3187.pdf>

Abs, Hermann y Shawcross, Hartley (1959). Draft Convention on Investments Abroad: Abs-Shawcross Draft Convention. *International Investment Instruments: A Compendium*, 5. <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>

Álvarez Zárate, José Manuel y Zenkiewicz, Maciej (2021). Introducción. En José Manuel Álvarez Zárate y Maciej Zenkiewicz (eds), *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Canada -US Free Trade Agreement [CUSFTA]. Artículo 1605. 4 de octubre de 1988. http://www.international.gc.ca/trade-commerce/Trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/united_states_etats_unis/fta_ale/background_contexte_aspx?lang=eng

Comisión de Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones [CAITISA] (2015). *El sistema de arbitraje de inversiones y casos contra Ecuador* (Informe Final Eje 2). <http://caitisa.org/segundo-eje/>

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo [UNCTAD] (2010). *Denunciation of the ICSID Convention*

and BITS: impact on Investor- State Claims (IIA Issue Note 2). https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaeia20106_en.pdf

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo [UNCTAD] (2020a). *International Investment Agreements Reform Accelerator*. <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1236/international-investment-agreements-reform-accelerator>

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo [UNCTAD] (2020b). *Investor–state dispute settlement cases pass the 1,000 mark: cases and outcomes in 2019* (IIA Issue Note 2). <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf>

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo [UNCTAD] (2021). *International Investment Agreements and their implications for tax measures: what tax policymakers need to know*. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d3_en.pdf

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo [UNCTAD] (s.f.a). *Investment Policy Hub: Investment Dispute Settlement Navigator*. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo [UNCTAD] (s.f.b). *Investment Policy Hub: International Investment Agreements Navigator (Model Agreements)*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo [UNCTAD] (s.f.c). *Investment Policy Hub: International Investment Agreements Navigator*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo [UNCTAD] (2024). *Compensation and Damages in Investor-State Dispute Settlement Proceedings*. <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1297/compensation-and-damages-in-investor-state-dispute-settlement-proceedings>

Copper Mesa Mining Corporation vs. la República del Ecuador. Caso CPA No. 2012-2. Laudo. (15 de marzo de 2016). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>

Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph (2012). *Principles of international investment law (2nd edition)*. Oxford: Oxford University Press.

El Paso Energy International Company vs. La República Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/15. Laudo. (31 de octubre de 2011). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0271.pdf>

García Armas y García Gruber vs. República Bolivariana de Venezuela. Caso CPA No. 2013-3. Laudo final. (26 de abril de 2019). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11124.pdf>

Modelo de Brasil de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones [ACFI]. Artículo 7. 2015. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download>

Modelo de Colombia de Acuerdo Bilateral de Inversiones. Artículo 6. 2008. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2821/download>

Modelo de Colombia de Acuerdo Bilateral de Inversiones. Artículo VIII. 2011. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3559/download>

Modelo de Colombia de Acuerdo Bilateral de Inversiones. Artículo Expropiación. 2017. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6083/download>

North American Free Trade Agreement [NAFTA]. Artículo 1110. 17 de diciembre de 1992. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3104/nafta-1992->

Norway v. Unites States of America. Permanent Court of Arbitration [CPA] Norwegian shipowners' claims. Award of the Tribunal. (13 de octubre de 1922). <https://pcacases.com/web/sendAttach/642>

ONU (1957). Responsabilidad de los Estados - Responsabilidad internacional: segundo informe de F. Y. García Amador, Relator Especial (Documento A/CN.4/106). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2, 113-140. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_106.pdf

ONU (1959). Responsabilidad de los Estados - Responsabilidad internacional: cuarto informe de F. Y. García Amador, Relator Especial (Documento A/CN.4/119). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2, 1-39. <https://legal.un.org/ilc/>

documentation/spanish/a_cn4_119.pdf

ONU (1969). Documento A/CN.4/217 AND ADD.1, First Report of Responsibility of State por Roberto AGO, Relator Especial, Disponible en: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1969_v2.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] (1967). Draft: Convention on Protection of Foreign Property, Artículo 3. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2812/download>

Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. vs. El Estado Plurinacional de Bolivia. Caso CIADI No. ARB/06/2. Laudo. (16 de septiembre de 2015). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4389.pdf>

Resolución 1803 (XVII) de 1962 [Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU)]. Soberanía permanente sobre los recursos naturales. 14 de diciembre de 1962. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/general-assembly-resolution-1803-xvii-14-december-1962-permanent>

Resolución 3171 (XXVIII) de 1973 [Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU)]. Soberanía permanente sobre los recursos naturales. 17 de diciembre de 1973. <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/286/96/pdf/nr028696.pdf>

Resolución 3281 (XXIX) de 1974 [Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU)]. Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. 12 de diciembre de 1974. <https://www.dipublico.org/3978/resolucion-3281-xxix-de-la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-carta-de-derechos-y-deberes-economicos-de-los-estados/>

Suárez Rodríguez, Tahimí (2023). *La expropiación indirecta en sede de inversión extranjera: bases jurídicas para el perfeccionamiento de su régimen jurídico* [Tesis de doctorado]. Universidad de la Habana. <https://accesoabierto.uh.cu/s/scriptorium/item/2139064>

Treaty for Promotion and Protection of Investments between Federal Republic of Germany and Paquistan and its Protocol. Artículo 3. 25 de noviembre de 1959. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1732/germany---pakistan-bit-1959->

COMENTARIO A “AMÉRICA LATINA Y LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBIS): NECESIDAD DE UNA FORMULACIÓN DESDE EL SUR” DE TAHIMÍ SUÁREZ RODRÍGUEZ

María Teresa Gutiérrez Haces

Este ensayo analiza el concepto de expropiación indirecta, desde la perspectiva del estudio y praxis del derecho internacional aplicado a la especificidad de los países de América Latina.

Este término es indudablemente uno de los instrumentos legales más controvertidos que se utiliza en contra de las acciones y políticas de un Estado, respecto al proceder de la inversión extranjera. Se trata, *grosso modo*, de una conceptualización vasta, que alude a un comportamiento específico de los gobiernos y que, en los hechos, ha tenido una desmedida y colosal acogida dentro de los parámetros del arbitraje internacional, originalmente creado por los países que dominaban el comercio internacional y la inversión desde el siglo XVIII, y que, a través del tiempo, ha manifestado una persistencia impresionante, en gran medida, acicateada por las ganancias y ventajas que las empresas y sus gobiernos obtienen del arbitraje.

La argumentación propia del término expropiación, así como posteriormente la definición de un acto de expropiación indirecta, adquirió no sólo mayor solidez, sino un alcance de protección, casi ilimitado, a partir de la década de los años cuarenta del siglo XX, cuando las instituciones internacionales idearon un arbitraje de carácter supranacional, que favorecería la protección de la inversión de las empresas internacionales. Entre las instituciones que de manera más precisa se ocuparon de crear este tipo de arbitraje se destacan el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI), una instancia de arbitraje multilateral perteneciente al Banco Mundial (1966), y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) que, desde una perspectiva algo diferente a la del CIADI, empezó a ocuparse de los disensos entre las empresas exportadoras de capital y los gobiernos receptores de la inversión. Ambas instancias fueron una respuesta precisa y contundente de los organismos internacionales a la necesidad imperante de proteger la inversión de las primeras empresas transnacionales respaldadas por los gobiernos más fuertes de los países capitalistas desarrollados.

A través de un análisis pormenorizado referente al significado del término expropiación indirecta, Tahími Suárez, autora de este ensayo, examina con rigor el origen del término, empezando por analizar la historicidad del concepto y explicando cómo éste ha evolucionado a través de las experiencias de los países pertenecientes a América Latina. Uno de los muchos aciertos de su análisis reside en que éste nos remonta hasta el siglo XVIII y explica, con detalle, el uso y enfoque del término expropiación a partir de la lectura de una sección de la 5° Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (1789).

Aunque el término expropiación no aparece mencionado explícitamente en el *corpus* de la 5° Enmienda, de su lectura se infiere que esta acción se describía utilizando el trasfondo del verbo tomar o coger (*takings*), el cual estipulaba textualmente que: “no se tomará propiedad privada para uso público, sin una compensación justa”. Dada esta mención, la acción de expropiación, aún sin llamarla de esta forma, se consideraba como parte de los principios

constitucionales de la nueva nación. Visto así, la mención al acto de expropiación se remonta a 1872 y, a partir de esta fecha, aparecerá en todas las interpretaciones de jurisprudencia contenidas en el derecho de los Estados Unidos.

Bajo una perspectiva más contemporánea, el término expropiación aparece, desde 1922, en el caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, donde la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que una regulación puede equivaler a una expropiación si va "demasiado lejos". Esta mención estableció un precedente central para la identificación de ciertas acciones regulatorias de los gobiernos, como acciones transgresoras por parte de un ente estatal en contra de la inversión. Estas acciones serían llamadas posteriormente como expropiaciones regulatorias.

De acuerdo con el ensayo de Tahími Suárez, es a través de sentencias como la expresada por el magistrado Oliver Wendell Holmes, la cual sentó un principio de jurisprudencia: "que, si las regulaciones que emitía un Estado se extralimitaban, ello se correspondía con una expropiación, conforme a la Quinta Enmienda de la Constitución de ese país".

Visto así, la definición del acto de expropiar indirectamente una inversión o una propiedad, de acuerdo con el ensayo de Tahími Suárez, fue incorporada en el primer Tratado Bilateral de Protección a la Inversión entre Paquistán y Alemania en 1959. Paradójicamente, esta definición ha permanecido prácticamente intacta como parte del *corpus* de la mayoría de los tratados de protección a la inversión desde hace 66 años, bajo diversas nomenclaturas, sin que esto haya implicado una modificación de fondo del término, ni tampoco de su interpretación.

Un aspecto a destacar, derivado de la lectura del texto, es que finalmente el uso, abuso e interpretación de la definición de un acto de expropiación indirecta relacionado con la inversión, proviene no solamente de la jurisprudencia anglosajona, sino también de la estadounidense, lo cual tiene sentido si tomamos en cuenta que el antecedente más remoto de los acuerdos bilaterales de protección a la inversión son los Tratados de Amistad, Navegación y Comercio creados por las potencias europeas y los Estados Unidos desde el

siglo XVIII. Estos tratados fueron el antecedente directo de los acuerdos de libre comercio y los acuerdos de protección de la inversión del siglo XX y XXI.

Este aspecto reviste particular importancia a pesar de su lejanía temporal. Los principios centrales de los tratados de protección a la inversión forman parte de una estructura más amplia que implica no sólo las cláusulas establecidas en estos instrumentos, sino también el conjunto de los usos y costumbres del arbitraje y la estructura del mecanismo de solución de controversias (ISDS). Todo esto está muy marcado por la jurisprudencia anglosajona y estadounidense. En este sentido, la autora reflexiona ampliamente sobre la necesidad urgente de crear un espacio propio para el arbitraje en América Latina, que abrevie las experiencias de esta región, respecto al término expropiación indirecta como sujeto preponderante de las controversias empresa-gobierno.

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si existe alguna salida para los países en desarrollo, especialmente los latinoamericanos, para sustraerse de esta suerte de inercia en la cual se encuentran atrapados gracias a la reglamentación de tratados que los obligan a auto cuestionar su derecho a la autodeterminación en la instrumentación de políticas públicas de un amplio espectro.

Uno de los aspectos más interesantes del ensayo se refiere al análisis de algunos acuerdos recientes, en que los gobiernos latinoamericanos han redactado un modelo propio que recoge las experiencias anteriores del país sobre esta problemática, pero también las experiencias de otros países latinoamericanos. Al respecto, Suárez define la expropiación indirecta como la medida o serie de medidas adoptadas por el Estado que, por su naturaleza, características o efectos, es equivalente a una expropiación directa. Esta definición ha encontrado su propia expresión en algunos de los textos más recientes suscritos y en vigor por Argentina, Chile, Colombia, México, Perú, entre otros. Entre los textos desmarcados de la tradicional y omisa redacción, Tahími Suárez analiza el caso de Colombia, que en su modelo de 2011 llevó a cabo modificaciones en relación con las expectativas del inversor.

En su ensayo, el análisis de los diferentes criterios que cada país ha aplicado para tratar de contrarrestar los nocivos efectos del arbitraje ocupa un espacio importante. La autora concluye que, durante el período transcurrido del siglo XXI y hasta el año 2024, la realidad latinoamericana sobre expropiación indirecta no ha registrado variaciones notables en sus tratados de inversión, ni tampoco en sus modelos de acuerdos de inversión, a excepción de algunos países. Sin embargo, considera que algunos de los textos recién suscritos ofrecen formulaciones que se suman a la tendencia mundial de una mayor acotación de la figura después de constatar que los vacíos y disfuncionalidades en el contenido de las cláusulas han propiciado una avañancha de demandas ISDS.

Un aspecto particularmente interesante dentro del ensayo es la presentación de sus nueve propuestas, las cuales buscan redefinir el concepto de expropiación establecido por el arbitraje internacional. Se trata de una propuesta analítica original muy valiosa no sólo por su contenido, sino por su pertinencia en un espacio donde las propuestas de nuevos enfoques escasean y, en su defecto, predominan las propuestas de anulación del término.

El ensayo concluye exponiendo dos grandes propuestas que tienen como objetivo modificar la definición actual del término expropiación indirecta. La primera es elaborar una cláusula modelo de expropiación latinoamericana desde una perspectiva del Sur, que contemple dos alternativas: una que excluya la expropiación indirecta, como propuso Brasil en su Modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones de 2015, y otra que incluya la expropiación indirecta bajo un enfoque opuesto al tradicional y ajustado a las realidades y experiencias de cada país y en general de América Latina en su conjunto.

Seguido, ante el reconocimiento de la expropiación indirecta, Tahími Suárez propone interesantes cambios que se demarcan de los enfoques propuestos por otros autores:

0. incorporar un concepto con elementos que lo identifiquen y que resguarden los objetivos públicos legítimos de los Estados, teniendo en cuenta los últimos modelos aprobados entre el 2014 y 2022 a nivel mundial;

- a. establecer presupuestos para su configuración que contribuyan a tipificar la figura: el alcance de la medida, carácter, su impacto económico, entre otros;
- b. incluir para cada uno de los presupuestos elementos cualitativos y cuantitativos de acotación de las afectaciones de la medida estatal considerada expropiación indirecta;
- c. disponer la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, en la que se clarifiquen las medidas que en cada país se consideren bajo la fuerza pública del Estado y que, por ende, no constituirán expropiación indirecta;
- d. concebir un tratamiento de la compensación más próxima al panorama de los países del área, como naciones del Sur y conforme a su nivel de desarrollo, defendiendo una indemnización justa, apropiada y equitativa.

La autora concluye su ensayo con una reflexión sobre la región latinoamericana en la que considera que, actualmente, se “manifiesta un escenario no lineal, sino por el contrario diverso, en cuanto al modo de proceder de los países, ante el tratamiento convencional desde los TBI’s”. Para la autora resulta “necesario elaborar TBI’s que contengan pronunciamientos sobre expropiación indirecta, que constituyan trajes a la medida, a la vez que un salto dentro del actual estancamiento de las formulaciones en la mayoría de los textos vigentes, caracterizados por carencias y disfuncionalidades constituyen un reto al que América Latina no debe renunciar”.

LA AUDITORÍA ECUATORIANA AL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

LA NECESIDAD DE RESPUESTAS COORDINADAS DESDE EL SUR GLOBAL FRENTE AL CAPITAL TRANSNACIONAL, LA TRAMPA DE LA DEUDA EXTERNA Y LA CRISIS CLIMÁTICA

Christian Pino Garrido

BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

El final de la Segunda Guerra Mundial trajo consigo el surgimiento de nuevos Estados independientes, antes dominados por las potencias coloniales europeas. La emergencia de estas naciones resultó en una nueva correlación de fuerzas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que fue el germen de un movimiento de países que terminó por plantearle al mundo un proyecto alternativo, con principios y planes de acción para la reforma democrática de las estructuras económicas imperantes en la época, que finalmente se conoció como el Nuevo Orden Económico Internacional (Romero Polanco, 1981).

La posguerra, por otra parte, dio lugar al establecimiento de un mundo bipolar, determinado por la “Guerra Fría” entre Estados Unidos y la Unión Soviética, en el que el Sistema internacional se convirtió en el teatro de operaciones de la guerra ideológica entre ambas superpotencias. Las nuevas naciones recientemente independizadas junto a los demás países periféricos trataron de mantenerse alejados de estos bloques (Rojas Galdames, 2020) y dieron lugar al

surgimiento del *Movimiento de Países No Alineados*, como respuesta a la rivalidad política, económica e ideológica entre Estados Unidos y la Unión Soviética, y sus respectivos aliados.

En ese contexto, la acción de los países del entonces denominados del “Tercer Mundo”, expresados, entre otras formas, en las acciones del *Movimiento de Países No Alineados*, ejerció presión para garantizar a sus miembros verdadero control sobre sus economías. Uno de los espacios para el ejercicio de tal presión fue el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el que se adoptaron varias resoluciones que afirmaron la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y abogaron por el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, cuyo objetivo era asegurar la equidad en el comercio con los países en desarrollo y garantizar el control sobre el proceso de inversión extranjera.

Esta postura inicial, sin embargo, mostró sus primeras vicisitudes con la crisis del petróleo en la década de los setenta. Si bien en principio permitió mostrar la fortaleza de los Estados que poseían recursos naturales, en particular la acción colectiva organizada de los países productores de petróleo, y se tradujo en impactos positivos para la industrialización, pronto dio paso a la decepción, con la adopción del patrón dólar – petróleo a instancias de los principales productores de petróleo. Esto trajo consigo el desfaldo de las economías emergentes y el drenaje de las fuentes de financiamiento privado, dando lugar a la competencia de los países emergentes por captar dólares y a la crisis global de la deuda.

Tras ese primer golpe, en la década de los ochenta surgió la economía de libre mercado promovida, principalmente, por las administraciones de Ronald Reagan en Estados Unidos y Margaret Thatcher en el Reino Unido que, entre otras cosas, impulsaron los regímenes de inversión extranjera. La proliferación de la economía de libre mercado en los países de Europa Occidental y el éxito de naciones asiáticas como Hong Kong y Singapur, que crecían con la aplicación de políticas económicas liberales, hizo que varios Estados del Sur Global se vieran tentados a seguir el mismo camino. Adicionalmente, la disolución de la Unión Soviética condujo al surgimiento de

nuevas repúblicas atraídas por las formas del libre mercado (Sornarajah, 2010).

En este mismo período, la crisis de la deuda creó las condiciones para el inicio de los programas de ajuste estructural del Fondo Monetario Internacional (Merling, 2024) que supuso el cambio fundamental del paradigma de desarrollo imperante en los Estados del Sur Global, los cuales ahora procuraban su industrialización mediante la sustitución de importaciones para dar énfasis a la exportación de materias primas y a la captación de inversión extranjera.

De este modo, las ideas detrás del Nuevo Orden Económico Internacional entraron en franco declive, y las viejas potencias coloniales bajo la égida de los Estados Unidos y la instrumentalización de las -a esas alturas desnaturalizadas- instituciones de Bretton Woods, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, empezaron a ejercer presión sobre los países en desarrollo. El objetivo era retomar el control absoluto del manejo de sus economías, para liberalizarlas e imponer la “necesaria” captación de inversión extranjera y con ello recuperar el manejo de sus recursos naturales. De este modo, inició la competencia por la atracción de inversión extranjera, idealizada como el único capital disponible para impulsar el desarrollo (Mortimore, 2009).

En este contexto, bajo la promesa de garantizar la entrada de inversión extranjera, los países en desarrollo empezaron a suscribir tratados que contenían normas sobre protección de inversiones así como liberalizaron las leyes sobre la entrada de este tipo de inversiones. A partir de finales de los años ochenta y en buena parte de la década de los noventa, se firmaron, en muchos casos sin real conocimiento de su alcance, centenas de Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBI). Estos tratados, en su conjunto, forman un extenso enjambre que hoy suma alrededor de 2.800 TBI.¹ De ellos, 525 fueron suscritos en África y 445 en América Latina. Un tercio de los TBI firmados a nivel mundial se concentran en estas dos regiones del planeta.

1 Información obtenida en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investmentagreements/by-economy>.

En este período también proliferó la suscripción de tratados regionales de libre comercio como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), tratados sectoriales como el Tratado de la Carta Energética y otros tratados con provisiones relativas a inversiones.

El denominador común en todos estos instrumentos internacionales es el establecimiento de un conjunto de disposiciones, establecidas para la promoción y protección de la inversión extranjera, que dieron origen al sistema de solución de controversias inversor-Estado, ISDS (por sus siglas en inglés).

El sistema de solución de controversias inversor-Estado

Este sistema se concretó en el establecimiento de tribunales, centros, cámaras y paneles de arbitraje, que progresivamente prorrogaron la jurisdicción de los Estados soberanos en materias de interés público, elevaron injustificadamente a las grandes corporaciones transnacionales a la categoría de sujetos de derecho internacional e hilvanaron un ordenamiento jurídico internacional que ha favorecido desproporcionadamente al capital transnacional, condenando a los Estados al pago de indemnizaciones crecientes y montos exorbitantes (Bonnitcha y Brewin, 2020), por cientos y miles de millones de dólares. Esto, por una parte, hundió a los países en la trampa de la deuda externa y, por otra, minó sus capacidades soberanas para definir políticas públicas para el desarrollo y protección de los derechos de sus ciudadanos, particularmente en política fiscal, laboral y ambiental (Columbia Center on Sustainable Investment [CCSI], 2021). Adicionalmente estos tribunales de arbitraje imponen la obligación a los Estados de desarrollar marcos normativos en extremo beneficiosos para los inversionistas.

Las exorbitantes sumas por indemnizaciones constituyen una pesada carga para los presupuestos de los Estados de las naciones del Sur Global que deben ser cubiertas con esquemas de endeudamiento normalmente asociados a esquemas de austeridad fiscal, redundando en afectaciones severas a los derechos económicos, sociales y culturales de la población. De igual manera, la carga presupuestaria trae aparejada, inevitablemente, un aumento a la presión sobre los recursos naturales de los países afectados, principalmente los combustibles fósiles y la minería con las

consecuentes afectaciones a los ecosistemas, al cumplimiento de los acuerdos internacionales sobre emisiones de carbono y las formas de vida ancestrales de las comunidades y nacionalidades donde se encuentran localizados estos recursos. Esto último porque los principales acreedores de estas nuevas formas de deuda son precisamente las empresas transnacionales y los fondos de inversión vinculados a estas industrias extractivas.

En Ecuador por ejemplo, el gobierno incluyó en su proforma presupuestaria de 2024 la suma de USD 2.479 millones como pasivo contingente para el pago de laudos arbitrales, es decir casi el 9% de todo el presupuesto del Estado. La mayor parte de este monto corresponde al pago de laudos obtenidos por empresas hidrocarburíferas, cuyo cumplimiento deberá ser cubierto con la contratación de deuda o con concesiones petroleras y mineras en términos muy desfavorables para el Estado. En uno u otro caso, será muy complejo que el país adopte una política de reducción de su producción de petróleo o de otros minerales como consecuencia de la carga que la aplicación de este sistema representa para el presupuesto del Estado.

Adicionalmente, la imposición de marcos normativos es particularmente preocupante en materia ambiental. En ese sentido, la manera como se han desarrollado las distintas instancias de la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, son reveladoras respecto de cómo hoy la retórica de las grandes corporaciones y del Fondo Monetario Internacional están permeando la gobernanza ambiental (Haar y Brennan, 2021). Estos actores hoy promueven en esta plataforma internacional la austeridad y la liberalización de las normas legales internas para asegurar la atracción de inversiones como instrumentos que pueden incentivar asegurar la reducción de emisiones y ayudar a combatir el cambio climático,² lo que no sólo que no están ayudando a alcanzar los compromisos de reducción de emisiones fijadas en el Acuerdo de París,³ sino que solo permiten asegurar los retornos de las empresas transnacionales que más contaminan.

2 Vid. <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>

3 Vid. https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf

A pesar de las crecientes críticas sobre la figura de los TBI, sus estándares y el sistema ISDS tanto desde círculos académicos como en la acción misma de algunos Estados soberanos del Sur Global (entre ellos: Sudáfrica, Bolivia, Argentina, Ecuador, Indonesia, etc.) y en el rechazo que en el último tiempo han expresado algunos países europeos firmantes del Tratado de la Carta de Energía (Reino Unido, Alemania, España, Francia, Polonia), el sistema no ha experimentado ninguna reforma significativa (CCSI, 2021) y hoy sigue operando y golpeando, ahora sí con conocimiento de causa, a las economías emergentes, limitando el acceso a sus recursos naturales, permitiendo la contaminación impune de frágiles y únicos ecosistemas, y afectando la salud y las prácticas sociales y culturales de miles de personas en todo el mundo.

Múltiples espacios de discusión y estudio en foros internacionales, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o las diferentes rondas de negociaciones para la reforma de la Carta de Energía, han fallado en conducir el establecimiento de cambios importantes (García-Ceca, 2024) que permitan equilibrar las relaciones asimétricas que se han creado entre las empresas transnacionales y los Estados donde se localizan las mayores reservas de minerales, combustibles fósiles y agua.

De igual manera, el camino hacia el establecimiento de un instrumento jurídico vinculante a nivel internacional que determine responsabilidades a las empresas transnacionales lleva casi una década de negociación en el seno de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sin que se cuente con consensos mínimos que permitan limitar efectivamente el poder del capital transnacional (Zhang, 2021).

De este modo, se pulió un mecanismo jurídico que, camuflado bajo la promesa de la atracción de inversiones en realidad asegura la expropiación de los recursos de los países del Sur Global, mediante la desregulación de los flujos financieros del Sur al Norte, maximiza y asegura el retorno de las grandes empresas transnacionales -mayoritariamente extractivas-, les otorga impunidad por violaciones a los derechos humanos y delitos ambientales y limita

la soberanía de los Estados nacionales sobre sus recursos naturales y sus capacidades regulatorias para el establecimiento de políticas.

Este mecanismo reconocido en el derecho internacional y el sistema financiero internacional forman un engranaje bajo los cuales se sostiene un orden económico internacional con el cual las naciones hegemónicas logran sostener sus privilegios, influencia y control sobre las economías y recursos naturales de los países del Sur Global, lo que constituye un escollo insalvable para que estos países puedan alcanzar sus objetivos soberanos de desarrollo.

Como se ha podido advertir, los países del Sur Global enfrentan hoy un obstáculo gigante, no solo para su desarrollo y la garantía de los derechos de sus ciudadanos, sino también para enfrentar las contingencias propias de la emergencia climática provocada por el cambio climático que amenazan también su seguridad, su soberanía energética y alimentaria y su capacidad para gestionar riesgos. Esto último es particularmente grave en el entendido que la emergencia global provocada por el cambio climático es una crisis no solo de carácter ecológico ambiental, sino una crisis civilizatoria (Riechmann, 2015) que pone en riesgo la sobrevivencia misma del planeta (McKibben, 2019).

EL CASO ECUATORIANO

Como muchas de las naciones del Sur Global con recursos naturales, el Ecuador es el quinto país de América Latina más demandado en el sistema de solución de controversias inversor-Estado, con 29 demandas en su contra (Müller y Ghiotto, 2024a). La mitad de esas demandas corresponden a reclamos relacionados con los sectores de minería e hidrocarburos. El país, hasta la fecha de publicación de este artículo, ha sido condenado a pagar alrededor de USD 2.900 millones y sólo en gastos defensa legal ha pagado alrededor de USD 1.500 millones (Müller y Ghiotto, 2024b).

La información recabada en relación a la actividad de las empresas de inversión extranjera que demandaron al Ecuador son reveladoras respecto a su comportamiento, así como en relación a la verdadera naturaleza del sistema de protección de inversiones: paupérrimos niveles en indicadores sociales, afectaciones a la

propiedad campesina, afectaciones a las costumbres, la calidad de vida, las actividades productivas, alimentación y valores culturales de la población ubicada en la áreas de influencia de las empresas demandantes y daños ambientales severos, causados especialmente por empresas de inversión extranjera directa (IED) vinculadas al sector hidrocarburífero.

El caso Chevron⁴ es un ejemplo paradigmático en el que cada uno de los elementos subrayados en el párrafo anterior se cumplen de manera cartesiana, pero además es revelador de lo irracional del sistema de solución de controversias inversor-Estado desde la perspectiva jurídica (CAITISA, 2017).

La compañía operó en el país desde 1967 a 1990, período en el cual se documentaron al menos tres derrames calculados en 26.388,62 barriles y la construcción de 1.000 piscinas utilizadas para depositar los residuos tóxicos de su operación. Esto trajo como consecuencia la contaminación de las cuencas de los ríos Quijos, Shiripuno y, principalmente, el río Aguarico afectando a las nacionalidades Cofán, Secoya, Siona y Huaorani, entre otras. Estas comunidades fueron forzosamente desplazadas de sus tierras debido a las alteraciones del ecosistema que impidieron sus actividades de subsistencia, y afectaron la salud de sus habitantes quienes, hasta el día de hoy, muestran alta prevalencia a diferentes tipos de cáncer.

Ante este desolador panorama, las familias perjudicadas por la operación de la compañía obtuvieron a su favor una sentencia validada por todas las instancias de la justicia ecuatoriana que condenaba a Chevron al pago de una indemnización de USD 9.500 millones. Sin embargo, la transnacional demandó a Ecuador por el mismo valor en el sistema de arbitraje internacional y obtuvo un laudo definitivo que condenó al país a indemnizar a la compañía y a “anular” la sentencia que inicialmente falló en contra de Chevron. Aunque la cuantía no ha sido determinada aún, el Ministerio de Finanzas del Ecuador incluyó en su presupuesto 2024, como pasivo contingente, el pago de

4 Chevron III.

una indemnización para Chevron por USD 2.426 millones.⁵ En este caso, la compañía podría quedar libre de su responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos y los daños sociales, ambientales y culturales, y además sería injustamente indemnizada.

El proceso arbitral terminó con el laudo en contra del Estado ecuatoriano. Sin embargo, presenta algunos elementos que llaman la atención en relación a su juridicidad. A continuación se señalan algunos:

1. La aplicación retroactiva del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones con Estados Unidos: el TBI con EE.UU. entró en vigor en 1997 y, como se señaló, la compañía abandonó sus operaciones en Ecuador en 1990.
2. La definición de inversión: uno de los elementos que sirvió de base al tribunal para pronunciarse sobre su jurisdicción y la aplicación retroactiva con EE.UU. tiene que ver con la calificación como instrumento de inversión al acta de remediación ambiental suscrita por la compañía y funcionarios de gobierno de aquella época. Dicha acta, en la que la compañía reconoció (en parte) su responsabilidad ambiental, fue calificada como un instrumento de inversión y fue uno de los argumentos esgrimidos por el tribunal para aceptar la aplicación del TBI suscrito entre Ecuador y EE.UU., y en consecuencia asumir jurisdicción en el caso (Procuraduría General del Estado de Ecuador, 2015).
3. Coetáneamente con la tramitación del proceso arbitral, en Ecuador la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos condenó a Chevron a pagar una millonaria suma de dinero a los demandantes por los daños y perjuicios ocasionados. Ante esa decisión, el tribunal arbitral, que a esa altura aún no había resuelto sobre su propia jurisdicción, en una arrogación inaceptable de funciones que demuestra la irracionalidad jurídica del sistema, primero ordenó al Estado ecuatoriano suspender la ejecución de

5 Base de Datos Deuda Pública 2024, Ministerio de Finanzas del Ecuador, disponible en: <https://www.finanzas.gob.ec/https-wwwdeuda-publica-nueva-metodologia/>

la sentencia de la Corte de Sucumbios y posteriormente a realizar acciones para impedir su ejecución (CAITISA, 2017).

4. Durante la tramitación del procedimiento arbitral es también posible advertir las diferencias en el trato que el tribunal dio a las partes: mientras los incidentes y solicitudes realizadas por la compañía se resolvían rápidamente, las realizadas por la defensa del Estado ecuatoriano se dilataban, quedando desplazadas para resolución posterior. Esto se puede apreciar en las diversas solicitudes de inspecciones *in situ* solicitadas por la defensa del Estado ecuatoriano que fueron atendidas apenas tres años después de haber sido pedidas (CAITISA, 2017).

Finalmente, en el laudo definitivo también es posible advertir dos aspectos clave que revelan con meridiana claridad la irracionalidad jurídica detrás del sistema de solución de controversias inversor-Estado:

1. En su laudo, el tribunal arbitral ordena al Estado a desconocer una decisión de su sistema judicial que ha sido revisada en todas sus instancias, incluida su máximo órgano jurisdiccional que es la Corte Constitucional, con un agregado: la función ejecutiva del Estado ecuatoriano está obligada a realizar todas las gestiones para impedir la ejecución de la sentencia favorable a los afectados por el desastre ambiental ocasionado por la compañía. Esta obligación es contraria a principios esenciales del orden público como la separación de funciones, así como a la obligación del Estado de velar por los derechos de sus ciudadanos.

2. El tribunal arbitral, en su laudo, niega a los afectados por el desastre ambiental ocasionado por la compañía, la posibilidad de reiniciar demandas colectivas en contra de Chevron, lo que constituye una violación al derecho constitucional de todas y todos los ciudadanos de ejercer acciones colectivas, a la luz de la Constitución del Ecuador.

ORIGEN DE LA AUDITORÍA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO EN ECUADOR⁶

Hacia principios del nuevo milenio, la opinión pública y en particular las organizaciones y movimientos sociales ecuatorianos, se empezaban a escandalizar por algunos de los casos emblemáticos que se entablaron contra el país en tribunales de arbitraje internacional. Particular alarma generaron las demandas entabladas por transnacionales petroleras como Occidental, Chevron, Perenco, en buena medida por la poca prolijidad de estas empresas en el manejo ambiental de sus operaciones (Acción Ecológica, 2006).

Por esos años, el país vivía una efervescencia de transformación democrática sin precedentes en su historia reciente, aupada por la convergencia de diversos sectores organizados de la sociedad civil, que fue *“el resultado de una acumulación de fuerzas ciudadanas contra tres ejes: primero, la afirmación de un modelo empresarial de desarrollo inspirado en el neoliberalismo y favorecido por las condiciones internas e internacionales; segundo, la consolidación de una clase política que institucionalizó un Estado de partidos; y, tercero, la desinstitucionalización del Estado Nacional”* (Paz y Cepeda, 2007, p. 193). Esta misma transformación dio paso a la redacción de la nueva Constitución de Montecristi, aprobada de manera amplia en referéndum en septiembre de 2008 y expedida en octubre del mismo año.

La Constitución de 2008 es, en buena medida, una respuesta jurídico-institucional a la acción de las organizaciones y movimientos sociales en contra de esos tres ejes. El modelo de desarrollo empresarial de corte neoliberal vigente desde los años ochenta había aplicado a rajatabla la receta fondomonetarista que, entre otras cosas, cimentó el camino para la implementación del sistema de arbitraje internacional de inversiones, a través de la adhesión al convenio de creación del Centro de Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -Convenio del CIADI- y la aprobación de 29 de los 30 Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBI). Esta subordinación al sistema internacional de

6 CAITISA, 2017.

solución de controversias formaba parte de un andamiaje jurídico que implementó un modelo de desarrollo neoliberal, uno de cuyos objetivos era lograr un ambicioso proceso de privatizaciones y que se concretó en la promulgación de la Constitución de 1998 y de leyes como la Ley de Modernización del Estado, que creó el Consejo de Modernización del Estado, y las denominadas Leyes Trole I y II, llamadas de esta manera porque se trataba de proyectos de ley que contenían reformas a diversos cuerpos normativos que regulan los sectores estratégicos (hidrocarburos, telecomunicaciones, electricidad) así como reformas a la legislación laboral con el propósito de precarizar el trabajo (Paz y Cepeda, 2015).

En ese sentido, la Asamblea Constituyente del 2008 estableció un régimen de desarrollo (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Título VI, artículos 275 y siguientes) orientado al logro del Buen Vivir que requiere para su consecución la recuperación de la soberanía del Estado, el restablecimiento de la planificación estratégica, y a partir de ella, la orientación de todos los recursos al goce efectivo de los derechos de los ciudadanos.

Ello, entre otras cosas, requería recuperar el control sobre los recursos estratégicos, privilegiar la inversión nacional, orientar la inversión extranjera al cumplimiento de los objetivos de desarrollo y consecuentemente revertir progresivamente y bloquear el sistema de protección de inversiones. Para ello, en la Constitución se introdujo el Artículo 422 que, de manera expresa, prohíbe la posibilidad de que el Estado pueda suscribir tratados internacionales por los que se autorice la prórroga de la jurisdicción a instancias de arbitraje internacional.

SURGIMIENTO DE LA COMISIÓN DE AUDITORÍA INTEGRAL CIUDADANA DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y DEL SISTEMA DE ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES EN ECUADOR (CAITISA)

En coherencia con estas ideas e incluso antes de la aprobación de la Constitución de Montecristi, el gobierno del Presidente Rafael Correa inició en el 2008 el proceso de denuncia de ocho TBI. Posteriormente en el mes de julio de 2009 dio por terminado el

Convenio del CIADI, y a partir del año 2010, con un nuevo marco constitucional vigente, reinició el proceso de denuncia de los restantes 17 tratados de los 26 vigentes a la época.

En ese mismo curso de decisiones y acciones tendientes a poner fin al sistema internacional de solución de controversias ISDS en el Ecuador, y para contar con elementos que permitan fundamentar esa posición y denuncia internacional de dicho sistema, Correa creó la Comisión de Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador (CAITISA) mediante el Decreto Ejecutivo 1506 del 6 de mayo de 2013.

La Comisión se integró paritariamente por autoridades del Estado ecuatoriano y expertos nacionales y extranjeros en representación de la sociedad civil. De parte del Estado, participaron los titulares de las carteras de planificación, relaciones exteriores, política y asesoría jurídica de la Presidencia de la República. Por parte de las organizaciones de la sociedad civil se sumaron especialistas e investigadores en materia de inversiones de Argentina, Colombia, México, Ecuador, Paraguay y Singapur.

Para su trabajo, la Comisión adoptó una metodología similar al proceso de auditoría de la deuda externa realizada en 2007, también establecida por iniciativa del Presidente Correa.

La labor de CAITISA se llevó a cabo en torno a tres ejes:

1. Análisis de los TBI en Ecuador

En este eje, las y los comisionados realizaron un análisis pericial del proceso de formación, negociación, suscripción y ratificación de los 30 tratados suscritos por Ecuador en un período comprendido entre 1969 y 2002, así como del Convenio del CIADI.

Este análisis consistió en la búsqueda de todos los antecedentes escritos de dicho proceso en los archivos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, y otras dependencias relacionadas de la Función Ejecutiva y de la Asamblea Nacional con la finalidad de determinar cómo se negociaron, cuál fue su tratamiento en el marco del debate legislativo, la prolijidad y responsabilidad de los equipos de negociación, y el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el

ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En relación con este levantamiento de información, llamó la atención de la Comisión el mal estado de los archivos e incluso, en algunos casos, la inexistencia de los mismos, la falta de digitalización de los existentes, y el desconocimiento de los funcionarios sobre el adecuado manejo de la documentación.

Como elementos relevantes de este análisis, se determinaron algunas situaciones particulares, como por ejemplo: en 11 procesos de aprobación legislativa no existen actas de aprobación de estos tratados, lo que se esgrime como un vicio que implicaría la falta de ratificación de dichos instrumentos por parte del órgano legislativo. Esto último, tomando en cuenta la naturaleza de estos instrumentos, que impactan en la soberanía y jurisdicción del Estado, sería inadmisibles a la luz de los textos constitucionales vigentes a la época, es decir, las Constituciones de 1979 y 1988.

Siete tratados se aprobaron simultáneamente en la misma sesión con dos informes similares de la comisión, lo que devela la falta de discusión y debate para la aprobación de este tipo de instrumentos en el seno del órgano legislativo. En el ámbito internacional se realizaban procesos similares de suscripción conjunta de TBI en reuniones intergubernamentales promovidas por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo -UNCTAD- y que se conocieron como “bodas masivas” (El Telégrafo, 2013). Otras particularidades dan cuenta de tratados aprobados por sub-comisiones especiales sin pasar por la Comisión Permanente respectiva o tratados aprobados sin debate en el pleno del órgano legislativo.

Sobre el análisis acerca de la negociación, firma y aprobación de tratados, el caso del Convenio del CIADI merece particular atención, pues es uno de los cimientos principales sobre los que se estructura el sistema. La auditoría pudo determinar que en enero de 1985, Edgar Terán Terán, Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno del ex Presidente León Febres Cordero, se arrogó atribuciones al informar mediante un comunicado escrito a la secretaría del Banco Mundial que la adhesión de Ecuador al CIADI se encontraba en plena vigencia en el país, cuando en realidad el convenio se había suscrito el día anterior y, de acuerdo con la Constitución

de 1979 (vigente a la fecha) este tipo de instrumentos internacionales requerían aprobación por el órgano legislativo. La Comisión determinó que dicha irregularidad también fue constatada por la Procuraduría General del Estado, entidad que en 1987 y en 1994 informó del particular al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Energía y Minas respectivamente. Finalmente el Convenio del CIADI fue aprobado por el Congreso Nacional apenas el 7 de febrero de 2001.

En este eje, la Comisión también evaluó el contenido de los treinta TBI suscritos por Ecuador. Las y los comisionados cotejaron sus cláusulas principales con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, principalmente el constitucional, desde la perspectiva de su compatibilidad con la política, normativa interna y capacidad regulatoria del Estado, con los objetivos de desarrollo, los procesos de integración regional y los derechos humanos.

Finalmente, en este eje, la CAITISA analizó de manera detenida la denuncia de los TBI y su relación con la cláusula de supervivencia o de remanencia, lo que resultaba significativo tomando en cuenta que el gobierno del Ecuador para esa fecha había completado la denuncia de nueve TBI y los dieciséis TBI restantes estaban en proceso de denuncia. En ese escenario, la posibilidad de contar con argumentos en el marco del Derecho Internacional que pudieran neutralizar el efecto de dicha cláusula resultaba crucial pues, de acuerdo al análisis de la Comisión, los plazos de supervivencia de los tratados por aplicación de esa cláusula se extendían entre 5 y 20 años. Hoy, países como Noruega y Chile han logrado la neutralización de la cláusula de supervivencia, no a través de la interpretación de la misma como se planteaba en las discusiones internas de la Comisión, sino a través de acuerdos denominados “*inter se*” o *side letters* entre las partes involucradas que permiten modificar el contenido de algunas cláusulas e incluso eliminarlas. Este es el caso de Chile y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TPP11) que, a pesar de no ser un TBI, ejemplifica cómo el Estado chileno llegó a un acuerdo con México, Nueva Zelanda y Malasia para llevar a cabo cambios en el contenido del TPP11, entre ellos, la eliminación de la cláusula de solución de controversias. Esto es

un paso sustantivo para dismantelar los efectos nocivos de estos instrumentos del sistema.

2. Ecuador ante el sistema internacional de arbitraje sobre inversiones

En este eje, la Comisión analizó el estado de las demandas presentadas en contra de Ecuador en el sistema de arbitraje internacional con base en un TBI. De ese análisis, se determinó que, del total de las demandas de las que había sido objeto el Ecuador al 2017, el 80% correspondían a actividades vinculadas a sectores extractivos o de apropiación de recursos naturales y que la mayoría de las demandas tuvo lugar a partir del año 2006, época en la que el país empezó a cambiar sus políticas internas respecto del ejercicio pleno de su soberanía sobre sus recursos naturales.

También se estudiaron las indemnizaciones establecidas y demandadas. Hasta el 2017, este análisis arrojó como resultado que las cuantías potenciales a las que podría ser condenado el Estado ecuatoriano ascendían a USD 14 mil millones, los pagos por indemnización a las que el Estado ecuatoriano ha sido condenado en tribunales de arbitraje internacional de inversiones alcanzaban un monto de USD 1.300 millones y los gastos en honorarios de abogados por las defensas en arbitrajes de inversiones en USD eran 1.400 millones.

En este punto, la Comisión también analizó el proceso de ejecución de los laudos emitidos en contra del país y, en ese contexto, recomendó la reposición del proceso de homologación y reconocimiento para la ejecución de laudos extranjeros de manera previa a su ejecución de conformidad con la Convención de Nueva York, lo que finalmente tuvo lugar en abril de 2015, en el marco de la aprobación del Código Orgánico General de Procesos.

Las y los comisionados realizaron también un breve estudio de los estándares invocados por las empresas transnacionales y cómo han sido tratados por los tribunales de arbitraje y realizaron un análisis jurídico de casos emblemáticos. En este punto fue posible advertir que, en diversos casos, los árbitros realizaron interpretaciones expansivas de las cláusulas de los tratados con la finalidad de adaptar sus decisiones a las demandas de los inversores.

Finalmente, se estudiaron los mecanismos de selección de

los árbitros en los casos contra Ecuador y sus antecedentes. La Comisión determinó que las reglas de selección no brindan garantías institucionales a los Estados, lo que sumado a su estatus de inmunidad -que los excluye de responsabilidad y blinda sus decisiones- constituyen un elemento de grave riesgo para el Estado.

Adicionalmente quedó en evidencia que buena parte de los árbitros que laudan en casos contra el país, mantienen una actividad profesional que trae aparejada graves conflictos de interés, por lo que la comisión recomendó fijar una serie de criterios y principios generales para definir estrategias de selección y recusación sobre la base de tres categorías: conflictos de interés, conflicto de cuestiones y conflictos sistémicos.

3. Implicaciones socioeconómicas, macroeconómicas, de Derechos Humanos y ambientales de las inversiones realizadas por empresas que han presentado demandas contra Ecuador

En este eje, la Comisión analizó el impacto de la inversión extranjera directa en la economía nacional. La Comisión pudo establecer que las empresas de inversión extranjera que han demandado al país han aportado escasamente al dinamismo de la producción global en sus áreas de influencia, es decir generaron baja expansión productiva en esos territorios.

En ese mismo sentido, la Comisión logró establecer que estas empresas aportan escasamente a la generación de trabajo por ser de naturaleza extractiva, es decir, intensivas en equipos y maquinarias. Tampoco estas empresas demostraron interés por generar empleo indirecto a través de la adquisición de insumos o servicios locales. Finalmente, el aporte de la Inversión Extranjera Directa (IED) que ingresó al país durante el período analizado (2008 - 2013) evidencia baja influencia en la formación bruta de capital fijo, es decir: dicha inversión deja muy poca capacidad sistémica e infraestructura al acervo patrimonial del país.

Por otra parte, CAITISA demostró para el caso ecuatoriano la nula relación entre la aprobación de este tipo de tratados y la atracción de IED. La mayor IED que ingresó al Ecuador durante el período analizado (2008 - 2013) provenía de países con los que no se habían suscrito TBI y adicionalmente, las remesas al extranjero

de las empresas de IED en el Ecuador en un solo año (2013) fueron superiores a toda la IED registrada entre 2008 y 2017.

En relación con el estudio de las implicaciones socioeconómicas en derechos humanos y ambientales de las inversiones realizadas por las empresas transnacionales que demandaron al Ecuador, la Comisión determinó que el impacto social, económico, ambiental y cultural de las empresas de IED vinculadas a actividades extractivas fue extremadamente perjudicial para las comunidades indígenas, pues afectó su propiedad y sus modos de vida, y tuvo un gravísimo impacto ambiental. El caso Chevron, como se mencionó anteriormente, es ejemplificador al respecto

En el marco de este análisis, la Comisión también pudo determinar la ausencia de estadísticas especialmente diseñadas para estudiar el comportamiento de la inversión y que la poca data existente que se obtiene a partir de la aplicación de los manuales del Fondo Monetario Internacional no aporta para dimensionar el impacto efectivo de la IED pues se limita a medir los flujos de entrada y de salida, y no toma en cuenta la naturaleza de dichas inversiones.

IMPACTO DEL TRABAJO DE LA AUDITORÍA

La Comisión culminó sus actividades en mayo del 2017 y pocos días después, el gobierno del Ecuador, siguiendo una de sus recomendaciones, denunció los 17 TBI restantes. Y aún antes de la entrega de su informe final, en el 2015, a instancias de CAITISA y en el marco de la expedición del Código Orgánico General de Procesos, se restableció el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos

A partir del año 2017, el país experimentó un drástico cambio en la orientación de sus políticas y un agudo proceso de desinstitucionalización del régimen de desarrollo plasmado en la Constitución de Montecristi. A partir del año 2018, esto se materializó con la aprobación de las primeras reformas legales que hicieron viables los cambios estructurales exigidos por el Fondo Monetario Internacional (Dávalos, 2024) y dieron paso a la suscripción del primer programa de endeudamiento aprobado por el Directorio del Fondo en septiembre del 2020.

Esos cambios exigen, entre otros aspectos, el retorno del Ecuador al sistema internacional de solución de controversias y, para ello, se ha aplicado un plan consistente de reformas normativas como el reingreso del país al CIADI (que tuvo lugar el 21 de julio del 2021 durante el interrumpido gobierno de Guillermo Lasso), la eliminación del procedimiento de homologación de laudos y sentencias extranjeras (equiparándolas a sentencias firmes y ejecutoriadas de los tribunales ecuatorianos) y la inclusión en disposiciones reglamentarias que regulan la formación del Presupuesto General del Estado (PGE) con la finalidad de permitir que el pago de los montos determinados en contra del Estado en laudos arbitrales se financie con deuda pública, contraviniendo normas expresas de la Constitución de la República.

En este proceso de reestructuración del ordenamiento jurídico, el objetivo principal, incumplido hasta la fecha, ha sido la reforma del Artículo 422 de la Constitución de la República que, como se señaló anteriormente, establece la prohibición para la suscripción de tratados que prorroguen la jurisdicción estatal a instancias de arbitraje internacional. Para tal efecto, se han presentado acciones de interpretación en la Corte Constitucional e incluso se convocó a una consulta popular para reformar su contenido y eliminar dicha prohibición.

En el proceso de consulta y referéndum, los contenidos del informe de CAITISA, así como el apoyo de muchos de sus comisionados y comisionadas y equipos técnicos, fueron claves para informar a la ciudadanía sobre la naturaleza del sistema, el impacto real del arbitraje internacional en términos de la afectación que históricamente ha tenido sobre el país, el comportamiento abusivo de las empresas transnacionales que han demandado al Ecuador en el sistema, la nula relación entre estos tratados y la atracción de inversiones y, por último, la mala calidad de estas inversiones en términos económicos, sociales y ambientales. El 65,16% de los electores votaron en contra de la reforma y el Artículo 422 mantiene indemne su contenido y le sigue estando vetado al Estado la posibilidad de negociar y suscribir acuerdos y tratados internacionales que contengan cláusula de arbitraje internacional.

CONCLUSIONES

Las crecientes voces críticas en los círculos académicos y los resultados de trabajos como el de CAITISA dan cuenta de la existencia de un problema de escala mundial que afecta directamente a los países del Sur Global en su capacidad para aplicar políticas públicas de desarrollo y financiarlas, ya que hacerlo aumenta injustificadamente sus niveles de endeudamiento. A lo anterior hay que agregar los severos niveles de impunidad del accionar de empresas transnacionales en el cumplimiento de los marcos legales de los países donde realizan su inversión respecto de sus obligaciones laborales, tributarias, ambientales y sobre el respeto de los derechos humanos de los pueblos y comunidades donde se asientan estas inversiones.

No obstante, en la actualidad existe cierto conocimiento y consenso en diversos sectores respecto del diagnóstico antes señalado. La red de TBI en el mundo y el sistema de arbitraje internacional de inversiones parecen inmutables y sus cambios, si los hay, son cosméticos o dirigidos exclusivamente a morigerar sus efectos exclusivamente respecto de los países hegemónicos del Norte.

Estamos en momentos en los que las tensiones sobre el ambiente y los recursos naturales se vuelven más acuciantes. Por una parte, debido al declive de la hegemonía de los EE.UU., el surgimiento de un nuevo polo hegemónico, liderado principalmente por China y Rusia, y los cambios en la geopolítica mundial y, por otra parte, por la crisis climática y ecosistémica cuyos efectos en términos de exclusión han acrecentado la pobreza y encarecido las condiciones de vida especialmente en el Sur Global. Es urgente entonces trabajar a nivel regional en mecanismos como CAITISA que permitan:

- Iluminar sobre la manera en la que los Estados nacionales (en primera instancia los del Sur Global y posteriormente ciertas naciones del Norte) han sido sometidos al establecimiento de un orden jurídico internacional que progresivamente ha impuesto el predominio del capital financiero transnacional por sobre los intereses comunes y globales de los ciudadanos del mundo.

- Establecer cómo opera el desarrollo y la producción de este orden económico y jurídico internacional, que avanza hacia la privatización de la justicia y del derecho internacional público, limitando las potestades regulatorias de los estados nacionales.
- Desmitificar la relación entre TBI y la atracción de inversión extranjera directa a las economías de los países emergentes y su impacto efectivo en su desarrollo.
- Comunicar a la comunidad internacional sobre cómo la protección que el sistema establecido por los TBI y el arbitraje internacional brinda al capital transnacional le ha permitido apropiarse ilícitamente de los recursos naturales de estados soberanos, y cometer impunemente violaciones a las legislaciones locales y a los derechos humanos.

La conjunción de estos elementos hoy resulta vital para establecer consensos, principalmente entre los países del Sur Global para que puedan tomar medidas respecto a los TBI y otros acuerdos internacionales de inversión que han suscrito, revisar su participación en centros de arbitraje (particularmente complejos, como el CIADI), establecer en sus ordenamientos jurídicos niveles de restricción a la ejecución de laudos, así como la aplicación de requisitos o condiciones de desempeño a las inversiones extranjeras. Estas medidas deben adoptarse unilateralmente, pero requieren ser coordinadas entre los Estados para producir un impacto real en la comunidad internacional y, consecuentemente, lograr una salida viable del sistema y el establecimiento de un nuevo orden jurídico internacional en materia de inversiones menos asimétrico, más justo y respetuoso de la soberanía de los países por sobre los intereses del corporativismo neocolonial.

BIBLIOGRAFÍA

Acción Ecológica (5 de junio de 2006). Carta a Petroecuator con respecto al caso Oxy. <https://www.accionecologica.org/carta-a-petroecuator-respecto-al-caso-oxy/>

Bonnitcha, Jonathan y Brewin Sarah (2020). *Compensation under investment treaties: what are the problems*

and what can be done?. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development. <https://www.iisd.org/publications/compensation-under-investment-treaties>

CAITISA (2017). *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador* (Informe ejecutivo). https://www.tni.org/files/auditoria_integral_ciudadana_2015.pdf

Columbia Center on Sustainable Investment [CCSI] (2021). *Primer On International Investment Treaties and Investor-State Dispute Settlement*. <https://ccsi.columbia.edu/content/primer-international-investment-treaties-and-investor-state-dispute-settlement>

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. 20 de octubre de 2008 (Ecuador). https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

Dávalos, Pablo (20 de enero de 2024). El Retorno del FMI al Ecuador. *Pablo Davalos Aguilar*. <https://pablo-davalos.blogspot.com/2024/01/la-doctrina-del-shock-para-asegurar-el.html>

El Telégrafo (24 de abril de 2013). “Una Moratoria a la Firma de Tratados debe ser urgente” (entrevista a Cecilia Olivet). <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/nacionales/1/una-moratoria-a-la-firma-de-los-tratados-debe-ser-urgente>

García-Ceca, Celia (21 de marzo de 2024). El Congreso aprueba la salida de España del Tratado de la Carta de Energía. *Energías renovables*. <https://www.energias-renovables.com/panorama/el-congreso-aprueba-la-salida-de-espaa-20240321>

Haar, Kenneth y Brennan, Brid (2021). *COP26: Al mando, los financiadores de los peores contaminadores*. Amsterdam: Transnational Institute (TNI) 2021. <https://www.tni.org/es/publicaci%C3%B3n/cop26-al-mando-los-financiadores-de-los-peores-contaminadores>

McKibben, Bill (2019). *Falter: Has the Human Game Begun to Play Itself Out?*. New York: Henry Holt and Company.

Merling, Lara (22 de octubre de 2024). “Greenwashing” structural adjustment. *Phenomenal World*. <https://www.phenomenalworld.org/analysis/greenwashing-structural-adjustment/?s=09>

Mortimore, Michael (2009). Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas

y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe (Serie Desarrollo Productivo 188). Santiago de Chile: CEPAL. <https://hdl.handle.net/11362/4583>

Müller, Bettina y Ghiotto, Luciana (2024a). ISDS en números: impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe. Amsterdam: Transnational Institute (TNI). <https://isds-americalatina.org/impactos-isds-en-alc/>

Müller, Bettina y Ghiotto, Luciana (2024b). ISDS en números: Ecuador - Impactos del arbitraje Internacional. Amsterdam: Transnational Institute (TNI). https://isds-americalatina.org/wp-content/uploads/2024/03/Reporte-ISDS_ECUADOR_Marzo2024.pdf

Paz, Juan J. y Cepeda, Miño (2007). La Historia Inmediata del Ecuador y la Deuda Histórica con la sociedad ecuatoriana. En *Removiendo el presente: latinoamericanismo e historia en Ecuador*. Quito: Abya Yala.

Paz, Juan J. y Cepeda, Miño (2015). Políticas Laborales y de Seguridad Social en el Ecuador Contemporáneo: Visión sobre trabajo, trabajadores y Estado, desde la perspectiva de la Historia inmediata (Historia y Economía, Boletín del Taller de Historia Económica) Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. https://puce.the.pazymino.com/JPYMC-POLITICAS_LABORALES_Y_SEGURIDAD_SOCIAL_ECUADOR.pdf

Procuraduría General del Estado de Ecuador (2015). Caso Chevron: defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversión. http://www.pge.gob.ec/images/publicaciones/2015/libro_Caso_CHEVRON.pdf

Riechmann, Jorge (2015). *Autoconstrucción: La transformación cultural que necesitamos*. Madrid: Catarata.

Rojas Galdames, René (2020). El nuevo orden económico internacional. *Revista de Política Internacional*, (166), 5-18. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/34915rpi166005.pdf>

Romero Polanco, Emilio (1981). La crisis y el nuevo orden económico internacional. *Problemas Del Desarrollo*, 12(45), 127-144. <http://www.jstor.org/stable/43906714>

Sornarajah, Muthucumaraswamy (2010). *The International*

Law in Foreign Investment. Cambridge: Cambridge University Press.

Zhang, Joe (20 de diciembre de 2021). Avance en la negociación de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/es/2021/12/20/breakthrough-in-business-and-human-rights-binding-treaty-negotiation-but-be-prepared-for-a-bumpy-road-ahead/>

**COMENTARIO AL TEXTO “LA
AUDITORÍA ECUATORIANA AL SISTEMA
INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN
DE INVERSIONES: LA NECESIDAD DE
RESPUESTAS COORDINADAS DESDE EL SUR
GLOBAL FRENTE AL CAPITAL
TRANSNACIONAL, LA TRAMPA DE LA
DEUDA EXTERNA Y LA CRISIS CLIMÁTICA”
DE CHRISTIAN PINO GARRIDO**

Sebastián Espinosa

El texto presenta una perspectiva crítica general al sistema de arbitraje inversionista-Estado y su evolución histórica en el sur global adentrándose en la experiencia ecuatoriana en su despliegue, resistencia y readaptación.

Pone el foco en el trabajo realizado por la inédita *Comisión de auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y el sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador* (CAITISA) y en los antecedentes para su creación. Destaca la dura transición de un régimen jurídico internacional, transnacional y doméstico privatizador, hacia uno encaminado a potenciar el rol del Estado en fundición de su derecho (obligación) de regular y ejercer su soberanía sobre recursos naturales y estratégicos. En este orden, el texto subraya la arrolladora eficacia del arbitraje inversionista-Estado para reaccionar frente a esta transformación, ubicando al Ecuador entre los más demandados dentro de este régimen.

Esta reacción demostró el gran poder domesticador del arbitraje inversionista-Estado y avivó el ímpetu por un nuevo diseño constitucional. Finalmente, alumbró la Constitución del 2008 al incorporar una cláusula constitucional sin precedentes: la prohibición del arbitraje inversor-Estado (Art. 422). Esta transformación constitucional es tan sorprendente como la creación de la referida comisión de auditoría. También lo son su composición y hallazgos que, gracias a un proceso de toma de decisiones, plural, fundamentado, interdisciplinario y transparente, ha tenido hasta ahora más eco a nivel internacional que nacional.

Las críticas y transformaciones que se han perfilado cada vez con mayor impacto dentro del sistema de arbitraje inversionista-Estado (del cual algunas voces especializadas han vaticinado inclusive su extinción) demuestran la vanguardia y clarividencia de las conclusiones del informe de la CAITISA. En el contexto actual, aquello podría ser destacado. También se lo puede vincular a las posteriores acciones de resistencia ensayadas a partir del 2017 que, con pocos recursos y de manera imaginativa, han logrado resistir al embate restaurador que busca pulverizar la prohibición del Art. 422 de la Constitución y esconder los resultados de la CAITISA.

En ese orden, es remarcable la alineación de todos los poderes del Estado junto a la academia y las cámaras de comercio e industrias nacionales e internacionales para utilizar todos los mecanismos constitucionales que estuvieron a su alcance para recapturar esta área de influencia. Para ello, utilizaron tácticas de atropello pagadas por los mismos contribuyentes. En efecto, el referéndum de abril de 2024 que incluyó la pregunta para rehabilitar el arbitraje inversionista-Estado costó aproximadamente 70 millones de dólares.

Aquello incluyó una acción de interpretación constitucional y un referéndum que no recibió el apoyo popular. Esto fue posible gracias a una campaña austera pero muy creativa y efectiva. Contra todo pronóstico, logró vencer la postura de un gobierno abiertamente neoliberal que, a esa fecha, contaba con un altísimo nivel de aceptación. Quizás ese haya sido un logro de la pedagogía popular y de la coalición de actores transnacionales (TNI, ATTAC Argentina,

M. Sornarajah, K. Pistor, N. Perrone) críticos al sistema de decisiones que se cocinan y operan entre las élites de la práctica jurídica. Este fue un resultado sorprendente de un proceso sostenido de resistencia.

Me parece que el texto podría enriquecerse del abordaje más dedicado de este fenómeno. También, gracias al despliegue de mecanismos domésticos, podría contraponer la resiliencia del sistema de arbitraje inversionista-Estado. Por ejemplo, a diferencia del largo proceso de terminación de los TBIs que tomó casi una década, el retorno meteórico del Ecuador al sistema CIADI en el 2021 sólo requirió de un decreto ejecutivo y un lacónico dictamen de la Corte Constitucional. Ésta estaba conformada por jueces afines a la industria arbitral y le permitieron al presidente de la República ratificar el Convenio de Washington de modo directo; es decir, no hubo control constitucional, deliberación legislativa ni popular. Todo ello aconteció en tan solo un mes. De esta manera, se reintegró al Ecuador al régimen de arbitraje inversionista-Estado. Aquello es indicativo de la capacidad de readaptación del sistema a través del concurso de innumerables mecanismos y operadores jurídicos, principalmente domésticos, que se galvanizan con recaudos del Derecho Internacional, como las cláusulas de supervivencia.

En definitiva, considero que este interesante texto refresca el importante impacto del trabajo de la CAITISA. Además, ofrece una guía de toma de decisiones para países que buscan reconfigurar su participación en el régimen internacional de protección de inversiones y, en especial, al sistema de arbitraje internacional inversionista-Estado. No obstante, debe tenerse en cuenta la complejidad de aplicar un "copia-pegar" del funcionamiento de una comisión como la CAITISA. Se debe tener en cuenta el escenario legal y político de cada país, siendo ideal, como se señala en el trabajo, una respuesta coordinada. Asimismo, esta contribución abre otros interrogantes con respecto a la utilidad de un mecanismo de arbitraje inversionista-Estado en el ámbito del Derecho Internacional, ante la arremetida autoritaria de gobiernos, paradójicamente neoliberales, que están tomando medidas confiscatorias, como en el caso de Ecuador. Finalmente, esta contribución deja sobre el tapete interesantes

interrogantes con respecto a la descentralización de mecanismos de resistencia y pedagogía social, así como un trabajo permanente de “desmitificación” de la atracción de inversiones como un fin absoluto, para lo cual la reciente experiencia demuestra que es más efectivo y práctico mirar hacia dentro (derecho y actores domésticos) que hacia afuera (derecho internacional).

SOBRE LAS AUTORAS Y AUTORES

Magdalena Bas Vilizzio - Profesora Agregada (Grado 4) de Derecho Internacional Público de la Universidad de la República e Investigadora Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores (Uruguay). Profesora de Retos y Dinámicas Globales de la Universidad de Monterrey (México). Doctora en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Posdoctorado en el Instituto de Empresas y Derechos Humanos de la Universidad de Monterrey (México). Correo electrónico: magdalenabas@gmail.com

Dario Clemente - Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (UBA) e investigador del CONICET, Argentina, en el Instituto de Investigaciones Políticas (IIP) de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM). Se desempeña como docente en varias universidades públicas y es miembro de dos Grupos de Trabajo de CLACSO.

Javier Echaide - Doctor en Derecho (UBA) y Abogado (UBA) especializado en derecho internacional. Investigador Adjunto del CONICET de Argentina. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas

y Sociales Ambrosio Gioja (Facultad de Derecho, UBA) y Fellow Researcher del Transnational Institute (TNI) de Países Bajos. Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ). Correo electrónico: jechaide@hotmail.com

Sebastián Espinosa Velasco - Ph.D. en Derecho y Máster en Derecho Económico Internacional y Europeo (LL.M) por la Universidad de Maastricht, Países Bajos. Fue consultor de litigios de la Secretaría Ejecutiva del Comité de Sanciones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y asesor de la Presidencia de la República, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, y la Asamblea Nacional del Ecuador. Trabajó como coordinador técnico de la Comisión de para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA).

Gonzalo Durán - Profesor asistente en el Departamento de Trabajo Social de la Universidad de Chile. Es economista por la Universidad Católica de Chile, Máster en Economía del Trabajo por la Universidad de Turín y PhD por la Universidad de Duisburg-Essen. Es investigador de la Fundación SOL.

Luciana Ghiotto - Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigadora en CONICET, Argentina, con sede en el Instituto de Investigaciones Políticas (IIP) de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM). Profesora Adjunta de Economía Política Internacional. Co-coordinadora del Grupo de Trabajo CLACSO "*Lex Mercatoria, poder corporativo y derechos humanos*". Miembro del Transnational Institute (TNI). Correo electrónico: lghiotto@unsam.edu.ar

María Teresa Gutiérrez Haces - Doctora en Ciencias Políticas por la Universidad de la Sorbona París III con especialidad en Relaciones Internacionales. Investigadora del Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Julián Kan - Profesor y Doctor en Historia por la Universidad de Buenos Aires (UBA) e investigador del CONICET, Argentina, en el nodo CIHESRI del Instituto IDEHESI-CONICET. Es docente de las carreras de Historia de la UBA y de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional San Martín (UNSAM). Es integrante del Grupo de Trabajo CLACSO “Propuesta para la Integración Regional”.

Jairo Vladimir Llano Franco - Ph. D. en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Becario del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Universidad del País Vasco. Antropólogo y Especialista en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca. Investigador Senior Minciencias. Correo electrónico: jairofranco.franco@gmail.com y jairoderecho1@hotmail.com

Paloma Milá - Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), Argentina.

Rodrigo F. Pascual - Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la Universidad Nacional de Tierra del Fuego (UNTdF), Argentina. Investigador del CONICET.

Christian Pino Garrido - Abogado. Ex Secretario Ejecutivo de la Comisión de Auditoría Integral de los Tratados y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) del Ecuador.

Carla Poth - Licenciada en Ciencia Política y Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Actualmente es docente investigadora en el Área de Ecología del Instituto del Conurbano, en la Universidad Nacional de General Sarmiento. Coordina el equipo de Investigación y Extensión en Ambiente y Salud Colectiva (ICI-ICO/UNGS). Integra el comité organizador del Congreso CoLCA, Congreso Latinoamericano de Conflictos Ambientales.

Fiorella Ricagno - Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), Argentina. Maestranda en Investigación en Ecología Política y Alternativas al

Desarrollo en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.
Correo electrónico: fiorella.ricagno@gmail.com

Santiago Rosselot - Economista de la Universidad de Chile.
Investigador de la Fundación SOL.

Ana Saggiaro Garcia - Profesora Adjunta de Relaciones Internacionales y del Programa de Postgrado en Ciencias Sociales en Desarrollo, Agricultura y Sociedad (CPDA) de la Universidad Federal Rural de Río de Janeiro. Profesora colaboradora del Programa de Postgrado del Instituto de Relaciones Internacionales de la PUC-Rio. Co-coordinadora del Grupo de Trabajo CLACSO "*Lex Mercatoria, poder corporativo y derechos humanos*". Miembro del Consejo de la Asociación Brasileña de Relaciones Internacionales (ABRI). Doctora en Relaciones Internacionales por el IRI/PUC-Rio y máster en Ciencias Políticas por la Universidad Libre de Berlín (Alemania). Correo electrónico: anagarcia@ufrj.br

Juan Camilo Sarmiento Lobo - Abogado Litigante, Profesor de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander, Colombia. Integrante del Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales-GIDCA de la Universidad Nacional de Colombia. Magister y candidato a doctor en Ciencias Sociales del Ambiente.

Andrea Sato - Licenciada y profesora de Historia y Ciencias Sociales por la Universidad de Santiago de Chile. Máster en Sociología de la modernización por la Universidad de Chile. Actualmente está cursando el doctorado de Sociología en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP). Es investigadora de la Fundación SOL

C. Tahimi Suarez Rodríguez - Asesora Legal. Doctora en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y diplomada en Administración Pública, Asistencia y colaboración económica; Sociedades mercantiles; Seguros; Negociaciones comerciales y en Derecho y gestión consular. Ex-Asesora Legal del

Ministerio de Relaciones Exteriores. Actualmente Coordinadora Ejecutiva de SMG, SURL, La Habana, Cuba, vinculada al Grupo de Trabajo de CLACSO “*Lex mercatoria*, poder corporativo y derechos humanos”, correo: tahimi8375@gmail.com

Xiomara Torres Jimenez - Estudiante del Doctorado en Historia de la Universidad Nacional de San Martín (Argentina). Becaria del Gobierno de Argentina para la Maestría en Historia y Memoria de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Especialista en Políticas del Cuidado con Perspectiva de Género (CLACSO). Investigadora de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: alexandrat932@gmail.com

Mariano Treacy - Investigador del CONICET y Profesor Adjunto del Instituto del Desarrollo Humano (IDH) de la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS). Correo electrónico: mtreacy@campus.ungs.e

COLECCIÓN GRUPOS DE TRABAJO

A escala global se engrosan las bibliotecas que explican la *lex mercatoria*, las condiciones para su constitución y su funcionamiento. Sobre esta literatura, podemos decir que el desarrollo teórico no es homogéneo, en el que una parte importante de los estudios se encargan solamente de describir esta arquitectura jurídica, entendiéndose incluso como una estructura necesaria para suplir el funcionamiento deficiente y parcial de los Estados. Así, la red de tratados de comercio e inversión habría sido un paso necesario para otorgar seguridad jurídica al capital circulante en forma de inversiones, y de este modo garantizar el arribo de capitales a los países del sur global.

Este libro, en cambio, intenta enmarcarse dentro de otra parte de la literatura, la que sostiene una mirada crítica sobre el surgimiento y funcionamiento de la arquitectura jurídica internacional. La mirada crítica que sostienen los artículos de este libro aporta a pensar desde otro foco la relación entre los Estados, las empresas transnacionales y las luchas sociales. Por ello presentamos artículos que muestran el vínculo entre la *lex mercatoria* y la pérdida de soberanía y capacidad regulatoria de los Estados, a la vez que se entiende que estos tratados tienen por objetivo disciplinar las luchas sociales al interior de los territorios.

De la Introducción.

Patrocinado por



Agencia Sueca
de Desarrollo Internacional



CLACSO

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais

