

“Inversiones extranjeras en países en desarrollo: alguien debería intervenir a nivel global?”

Ezequiel Nino¹

Resumen

En este trabajo se sugiere que resulta necesaria una mayor regulación de las inversiones transnacionales –sobre todo de las que se realizan en países en desarrollo– para proteger de forma más adecuada garantías administrativas y derechos fundamentales de la población del país receptor. Esto promoverá no solo una mejor protección de esas garantías y derechos sino también una competencia más leal e igualitaria de las empresas entre sí –para desarrollar sus emprendimientos– y de los gobiernos entre sí –para atraer ese tipo de inversiones–. Se analizan dos casos de estudio que sirven para disparar las discusiones que aquí se proponen.

1. Introducción

Aunque es una materia muy reciente descubre cada vez con más frecuencia que existen situaciones globales que deben ser reguladas o más adecuadamente reguladas más adecuadamente. No se necesita ahondar demasiado en el fenómeno de la globalización –mencionado cotidianamente– para demostrar que es cada vez mayor el número de relaciones jurídicas entre gobiernos, entidades privadas, ONGs y personas individuales de dos o más países que se erigen diariamente. Es normal, por ende, que la necesidad de mayor previsión normativa también sea creciente.

¹ Abogado Universidad de Buenos Aires, LLM Universidad de Nueva York, Co-Director de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). El autor agradece las valiosas discusiones con Gustavo Daniel Maurino y Martin Sigal, los comentarios de Roberto Gargarella y las correcciones de Sara Niedzwiecki.

Se suelen ofrecer múltiples motivos por los cuales en el derecho global administrativo (de ahora en adelante GAL, por su abreviatura en inglés) se necesita mayor regulación; dejando atrás situaciones de auto-regulación o no regulación (*laissez faire*)². Dentro de este panorama, el ensayo se focalizará en la necesidad de mayor y mejor regulación para proteger garantías administrativas de la población afectada por esas transacciones -en especial las de acceso a la información, transparencia y participación- y sus derechos humanos.

Tal como explican los mentores de esta conferencia, las reglas y estándares globales determinan –en cierta medida- los contenidos de regulaciones nacionales y, por lo tanto, limitan significativamente la libertad de actores domésticos, a través de mecanismos que pueden ampliar o limitar la efectividad de derechos constitucionales y controles administrativos. Estos impactos pueden tener especial relevancia para países en desarrollo³. En el tema que nos ocupa, las reglas que se prevean para las relaciones entre empresas multinacionales y países en desarrollo serán determinantes no sólo para los desarrollos económicos de éstos sino también para los intereses individuales de sus habitantes. Las inversiones extranjeras por parte de compañías transnacionales representan un ámbito de constante crecimiento –de hecho es uno de los pilares que sustenta el proceso de globalización- y, en consecuencia, tiene cada vez mayores impactos positivos y negativos tanto en los países emisores como receptores. La mayor facilidad para trasladar capitales, las mejores capacidades y posibilidades de comunicación, el penoso estado de necesidad económica en el que se encuentran una gran

² Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard B. Stewart, “Foreword: Global Governance as administration – National and Transnational Approaches to Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems: The Emergence of Global Administrative Law*, Duke University School of Law, Vol. 68 nros. 3 / 4, pág. 3

³ Op. cit. pág. 2, la informal traducción me pertenece

cantidad de países y la dependencia cada vez mayor de éstos en relación a las inversiones genera que existan cada vez oportunidades más atractivas para las empresas y mayor competencia de parte de los estados para atraerlas.

Las consecuencias negativas que se incrementan por la falta de regulación adecuada se relacionan, como se dijo, con las vulneraciones de las garantías administrativas y los derechos humanos de los afectados por el accionar de esas compañías pero también con una competencia desleal y desigual de las empresas entre sí (quienes luchan por obtener mejores condiciones y producir con menores costos y mayores beneficios) y de los gobiernos entre sí (que pelean por recibir mayores inversiones).

El vínculo entre ambos problemas –garantías y derechos, por un lado, y competencia, por el otro- consiste en que cuanto menor sea la regulación para proteger las garantías y derechos mayor será el incentivo para que los estados y empresas mejoren sus situaciones desguarneciendo a las comunidades afectadas. A su vez, ocurre que los países –que también compiten por atraer inversores extranjeros y deben considerárselos como tales- no controlan de la manera en que deberían hacerlo las vulneraciones a las garantías y los derechos. Las condiciones laborales representan el ejemplo típico de ello (como es sabido varios de los países que más inversiones están atrayendo en la actualidad no protegen adecuadamente los derechos de los obreros que trabajan para esas compañías).

Para ilustrar el tipo de problemas mencionados y disparar una discusión con un contexto fáctico demarcado, se expondrán dos casos de estudio que exponen este tipo de impactos negativos (en materia de derechos y garantías), los que, en principio, parecen

deberse a algún tipo de falta de regulación. En primer lugar, se presenta un caso en el cual el Fondo Monetario Internacional (FMI) supuestamente efectuó presiones para que el Estado argentino decreta aumentos de emergencia en diferentes servicios públicos concesionados durante los años noventa a empresas extranjeras, mayoritariamente europeas. En segundo lugar, se presenta el caso de una empresa concesionaria del servicio público de agua y saneamiento en el área metropolitana de Buenos Aires, la mayor concesión de agua del mundo. Aquí se realizará un análisis de su comportamiento en relación a los derechos humanos de parte de sus usuarios y potenciales usuarios, y el posterior reclamo de la empresa en el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) por violaciones a los tratados bilaterales de inversión (TBIs) entre Argentina y los países de los cuales son originarias las compañías.

Estos casos, con los cuales he tomado contacto por la función que cumpla en la ONG Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)⁴ aportan elementos fácticos para poder debatir ideas sobre la necesidad de regulación presumidas en este trabajo y las formas que ésta debería tomar teniendo en cuenta la complejidad de las relaciones en juego. Además, los casos permitirán reflexionar sobre el rol de los organismos financieros internacionales, las garantías administrativas y derechos fundamentales (el GAL no puede soslayar la existencia de esos actores en las propuestas que efectúe para mejorar la regulación de los vínculos globales).

2. Sobre el concepto de garantías administrativas

⁴ Por ese motivo, el ensayo no adopta una posición académica neutral. ACIJ es una organización dedicada a cuestiones de derechos económicos y sociales y a promover el fortalecimiento institucional de la incipiente democracia argentina. Para más información ver su página de Internet: www.acij.org.ar

El término “garantías administrativas” que se utiliza en este trabajo es una manera de designar a las protecciones procesales –dirigidas a los interesados en las decisiones que se adoptan en el ámbito del derecho administrativo global-. Estas garantías son la base del derecho administrativo. Así Kingsbury, Krisch y Stewart afirman que el foco del derecho administrativo global no es el contenido específico de reglas sustantivas sino más bien la operación de existentes o posibles principios, reglas procedimentales, mecanismos de revisión y de transparencia, participación, decisiones razonadas y la legalidad en la gobernabilidad global⁵.

Esta explicación –aplicada al ámbito global pero también utilizable en el derecho doméstico- evidencia un claro principio que debería contar con mayor aplicación práctica: el derecho administrativo moderno surgió como una forma de proteger al administrado, al ciudadano. Para recordar estos conceptos adquiridos en las aulas universitarias pero olvidados en cuanto se comienza a recorrer los intrincados caminos de las burocracias estatales, puede citarse a Agustín Gordillo, uno de los administrativistas clásicos más difundidos en América Latina:

“Uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo es así la protección del particular contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa; si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho y por lo tanto su diferenciación con las normas administrativas totalitarias. Es, pues, muy importante destacar que el problema central de esta materia no es la administración pública (su organización, sus actos, sus facultades, etc.), sino su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes”.

⁵ Op. cit. pag. 29

“El derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y, en definitiva, de la libertad humana. Su protección contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa y del poder en general debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades. Debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines, y en cambio, dársele una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado, entre el individuo y el poder”⁶.

El desafío que existe es hacer efectivas esas garantías, tanto en el derecho doméstico como en el GAL. Sin embargo, en este último, el desafío es más complejo pues existen diferencias importantes, entre estos ámbitos, que deben ser examinadas. En el doméstico, más allá de que la práctica en países con estados burocráticos revele serias dificultades, el camino entre el interés de los afectados y la consecución de sus garantías administrativas suele ser relativamente recto. Dicho de otro modo, por un lado, existen menos actores de los que hay en ámbitos globales, éstos se encuentran geográficamente más cercanos y hay una mayor facilidad para su representación. Por el otro, porque en el derecho doméstico se suelen utilizar sistemas de normas más integrales y una deliberación jurisprudencial y doctrinaria más anciana. Además, como explican Gargarella y Svampa, las asimetrías entre actores son aún más grandes⁷.

En cambio, el GAL es mucho más reciente y aún tiene serias falencias en estas materias. Stewart enuncia que allí se suelen advertir procesos secretos de toma de decisiones, falta de acceso adecuado a la información, participación y adopción de los

⁶ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Capítulo V, pág. 3

⁷ Maristella Svampa y Roberto Gargarella, “Nuevos conflictos, viejas complicidades”, en Suplemento Ñ, 24/2/07, pág. 14. Muy gráficamente aluden a que “(h)ablamos de actores locales que confrontan directamente con los agentes del capitalismo global (empresas energéticas y mineras transnacionales).”

puntos de vista de la población interesada, incluyendo los intereses de los ambientalistas, trabajadores, consumidores y comunidades indígenas⁸.

En otras palabras, el GAL no sólo tiene menos regulaciones por su menor antigüedad, por la mayor cantidad de actores que participan de las relaciones jurídicas y por los múltiples intereses implicados sino también porque resulta más difícil determinar quiénes son los afectados por las decisiones que se adoptan –a diferencia del derecho doméstico donde los administrados son más fácilmente identificables-.

3. Sobre las empresas transnacionales, los derechos humanos y los organismos internacionales

La relación entre empresas transnacionales y derechos humanos se ha convertido en los últimos años en un tema muy relevante dentro de la agenda internacional. En algunos casos se han detectado graves violaciones a los derechos humanos por parte de las corporaciones mientras que en otros se ha denunciado una complicidad con las vulneraciones causadas por gobiernos. A menudo, las comunidades locales cuyas vidas pueden verse transformadas por proyectos de inversión no tienen siquiera conocimiento sobre sus propios derechos humanos. Este panorama ha generado diversos proyectos de regulación simultáneos y vinculados por parte de la comunidad internacional. Aún resta definir su valor jurídico y la interrelación con las normas locales.

El proceso fue iniciado en 2000 cuando la ONU sancionó una iniciativa que tiene por objeto involucrar a las empresas en materia de derechos humanos. A través del Pacto Global, las compañías adhieren voluntariamente a determinados principios que se fundan

⁸ Richard B. Stewart, “U.S. Administrative Law: A model for global administrative Law?” en Law and Contemporary Problems, op. cit. pág. 71

en convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, derechos laborales, protección del medio ambiente y lucha contra la corrupción y se someten a la obligación de remitir informes periódicos sobre las medidas adoptadas y a brindar explicaciones en caso de que alguna persona denuncie violaciones a esos principios. A la fecha, alrededor de dos mil empresas han suscripto al proyecto⁹.

En 2003, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas emitió las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”. Como fórmulas que utiliza la comisión para promover el cumplimiento de estas normas utiliza, entre otras, las siguientes:

“Reconociendo que aunque los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en su calidad de órganos de la sociedad, también tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”¹⁰.

“Observando también que continuamente surgen nuevas cuestiones e intereses internacionales en materia de derechos humanos, y que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales suelen estar involucradas en estas cuestiones e intereses, por lo que se hace necesario seguir estableciendo y aplicando normas, ahora y en el futuro”¹¹.

“Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar”¹².

⁹ Ver más información en unglobalcompact.org

¹⁰ Del preámbulo

¹¹ Del preámbulo

¹² Del Artículo A

A su vez, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU emitió una resolución en abril de 2005 por la cual le requiere al Secretario General que designe un representante específico en la materia. Este representante¹³ deberá elaborar un informe a la Comisión de Derechos Humanos con recomendaciones sobre estándares de responsabilidad y regulación, incluyendo temas como cooperación internacional, clarificación de conceptos como “complicidad” y “esfera de influencia” de las compañías. A su vez, deberá elaborar una metodología de impacto de los derechos humanos¹⁴.

En un informe preliminar, Ruggie destacó lo novedoso del problema y la necesidad de intervenir. Allí afirmó que:

“suele creerse que el desarrollo económico asociado a un sistema jurídico que funcione es la mejor garantía para la protección de los derechos humanos y que la globalización, al promover a ambos, conllevará mejores perspectivas para esos derechos también. Sin embargo, existe evidencia intuitiva que lleva a sospechar que la expansión de la globalización ha incrementado el posible involucramiento de las empresas transnacionales en violaciones de derechos humanos. En parte, esto puede deberse solamente a una cuestión numérica: hay muchas más empresas invirtiendo en otros países, algunos de ellos, contextos socio-políticos que son muy novedosos para quienes lideran esos emprendimientos, especialmente en relación a derechos humanos”¹⁵.

¹³ El Secretario General designó en ese cargo a John Ruggie, Profesor de Asuntos Internacionales en la Universidad de Harvard.

¹⁴ Como parte de su trabajo, el representante efectuó una encuesta dirigida a diferentes empresas, de las cuales tan sólo 80 de las 500 más importantes del mundo -catalogadas por la revista Forbes- contestaron el cuestionario. Posteriormente, un informe reveló que las industrias del petróleo, el gas y la minería concentran casi dos tercios de las violaciones de los derechos humanos, las leyes ambientales y las normas laborales. (ver <http://www.pnuma.org/informacion/noticias/2006-05/19may06.doc>).

¹⁵ John Ruggie, “Draft Interim Report of the Secretary-General’s Special Representative on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises,” (UN Doc. E/CN.4/2006/97) February 2006 at paragraph 21, la traducción me pertenece.

Sobre la posibilidad de obligar a empresas transnacionales a través de mecanismos internacionales de protección de derechos humanos sirve resaltar algunas opiniones de actores relevantes en la materia. Un documento del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) afirma que no hay mecanismos para hacer que los estándares de derechos humanos sean obligatorios para corporaciones pero las empresas transnacionales son demasiado importantes y dominantes para que sea suficiente con los códigos de conducta voluntarios¹⁶. El Ministro de Relaciones Exteriores británico Jack Straw afirmó que “debemos hacer lo que podamos para promover la responsabilidad corporativa. Pero no podemos dejar que las compañías se regulen a sí mismos a nivel global, como tampoco lo hacemos en nuestras propias economías”¹⁷.

Este tipo de reglas podría funcionar de dos maneras: una (más tradicional) que pondría la responsabilidad en los estados por los incumplimientos de las empresas. Este mecanismo de alguna manera ya existe pero sería necesario sancionar normas que precisen más este tipo de obligaciones. La otra –más innovadora- es la que prevé que los estados pueden imponer obligaciones a las empresas a nivel internacional (de hecho, esto existe en el derecho internacional). La ventaja más importante de esta opción es que prevé un mecanismo de sanción a las empresas aun en el caso en que los países en donde se producen las violaciones no quieran o no puedan condenarlos¹⁸.

4. Casos de Estudio

¹⁶ PNUD, Reporte de Desarrollo Humano 1999, Nueva York/ Ginebra, pág. 100.

¹⁷ Discurso en Manchester, Gran Bretaña, 10 de septiembre de 2001.

¹⁸ Beyond Voluntarism: Human Rights and the Developing Legal Obligations of Companies, ICHRP, Ginebra, Enero de 2002. Ver documento producido por Christian Aid: <http://www.christian-aid.org.uk/indepth/0202tnc/transc.htm>

4.1. Acuerdo secreto suscripto entre el Fondo Monetario Internacional y el Estado Argentino

El presente caso de estudio narra supuestas gestiones efectuadas por un organismo financiero internacional para garantizar la protección de inversiones extranjeras y la falta de garantías que ello generó en los administrados. El contexto es la crisis económica de Argentina de inicios de esta década y los actores son el Estado Argentino, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y organizaciones de la sociedad civil argentina.

El FMI ha ocupado un rol muy importante en la historia económica argentina. Corresponde aclarar muy brevemente que el organismo participó en reiteradas ocasiones de asistencias financieras que incluyeron imposiciones sobre contenidos de reformas que, según el FMI, eran necesarias para restablecer el orden económico. Entre ellas, la más notoria consistió en un pedido al Poder Ejecutivo para que presentara con éxito al Congreso una ley que flexibilizara el régimen laboral de los trabajadores en relación de dependencia. El Poder Ejecutivo tomó con tal “seriedad” el pedido que –aparentemente- varios de sus funcionarios llegaron a corromper a una decena de senadores de la oposición para lograr la mayoría necesaria en ese ámbito. La situación fue revelada por la prensa y el escándalo derivó en la renuncia del vicepresidente del país (el vicepresidente es, de acuerdo a la Constitución Argentina, también el Presidente del Senado) y en el reciente procesamiento penal de varios senadores, funcionarios del Ejecutivo y, probablemente -en el futuro cercano- del entonces Presidente de la Nación, Fernando de la Rúa.

Argentina se unió al FMI el 20 de septiembre de 1956. El SDR de la Argentina¹⁹ era de 2,11 mil millones de dólares, aunque el uso que la Argentina hizo del crédito alcanzó a 9,74 mil millones. El FMI también proporcionó extensa asistencia técnica a la Argentina, enviando unas 50 misiones solamente entre 1991 y 2002, principalmente en áreas fiscales, bancarias y monetarias.

Este vínculo entre el organismo y Argentina llevó incluso a plantear a nivel internacional, dudas sobre la relación del organismo financiero con sus miembros después de la crisis económica de 2001. Lo anterior se debe a que la crisis ocurrió mientras sus políticas económicas estaban bajo escrutinio cercano de programas apoyadas por el FMI. Estos apoyos se remontaban incluso hasta el año 1991, cuando el "plan de la convertibilidad" fijó el peso argentino en paridad con el dólar estadounidense. Durante la década que precedió a la crisis, el organismo efectuó cuatro acuerdos de refinanciamiento para el país, aunque rechazó un acuerdo poco tiempo antes de la crisis. Argentina debía entonces 13 mil millones de dólares, convirtiéndose en el tercer deudor del FMI.

El 24 de enero de 2003 el FMI anunció que había alcanzado y había firmado un nuevo acuerdo temporal con el gobierno de Argentina.²⁰ El acuerdo "stand-by" para la Argentina implicó un desembolso de US \$ 2.98 mil millones y fue diseñado para sustituir el arreglo anterior de la Argentina y proporcionar la ayuda financiera transitoria para el período que terminaba el 31 de agosto de 2003.

¹⁹ El SDR ("Special Drawing Rights") es de cantidad de dinero que un miembro país puede tomar prestado a otros miembros países del FMI

²⁰ Ver Fondo Monetario Internacional, *FMI Approves Transitional Stand-By Credit Support for Argentina*, Gacetillas No. 03/09, 24 de enero, 2003. (www.imf.org)

El acuerdo acentuó expresamente la necesidad de que el país reestructure el mercado de trabajo, el sistema de salud, el sistema financiero y la necesidad de que la administración central firme acuerdos bilaterales con gobiernos provinciales.

Días después de firmado el acuerdo, el Ministro de Economía, Roberta Lavagna, comentó a la prensa que éste incluía una carta paralela (*side letter*) confidencial en la cual el gobierno se comprometía a decretar aumentos de emergencia en los servicios públicos. Para explicar el secreto de ese compromiso sostuvo que “*existen documentos técnicos anexos al acuerdo, los cuales incluyen compromisos que, por circunstancias políticas y electorales, no se pueden dar a publicidad*”²¹. A su vez, el director de relaciones exteriores del FMI confirmó que el acuerdo contenía un side-letter confidencial pero rehusó brindar mayor detalles al respecto²². En realidad, los medios de comunicación venían dando cuenta de esta presión, que según mencionaban, provenía de solicitudes que, a su vez, le efectuaban los países europeos de donde eran originarios las empresas

²¹ Entre otros medios, Diario *Ámbito Financiero*, 12 de febrero 2003

²² Lo que sigue es la transcripción de una parte de la conferencia de prensa brindada el día 13 de febrero de 2003 por el vocero del FMI, Thomas Dawson en relación al tema (la entrevista completa puede consultarse en <http://www.imf.org/external/np/tr/2003/tr030213.htm>).

QUESTIONER: Minister Lavagna in Argentina has said that his government entered into some technical agreements with the IMF separate from the letter of intent, and that one of the issues covered by one of the agreements is utility prices. I'm wondering: What other issues are covered by these agreements, and why were these issues treated in this way and not in the letter of intent?

MR. DAWSON: We do not discuss what is or is not or when there is or is not a so-called side letter. That is usually the term of art for when there is a non-public aspect of an agreement. On the other hand, I would direct you to the discussion of the issue of side letters and our policy on side letters and when they are appropriate and when they take place. And that was the subject of a fairly extensive series of Board meetings that culminated with a PIN, I believe around September 27th, I think, approximately. It was a discussion of IMF transparency policy. And if you go in there, you can see the circumstances under which the Board and the authorities have these so-called side letters. But I'm not in a position to talk about the position of Argentina or of any other country that may or may not have had a side letter. Just so you want to know, because I learned a little bit about our website yesterday. If you just go on to the website, go into the transparency discussion, or actually you can search "side letter," then find the September document. There is both a PIN, but there is also the underlying Board document which goes into a reasonable amount of more detail about what a side letter is. It's a longstanding practice in the Fund. There have been them, although they are not very common.

afectadas²³ (las empresas privatizadas son, en su mayoría, subsidiarias de empresas europeas²⁴). Varias organizaciones de usuarios y consumidores y derechos humanos presentaron una acción judicial para que el Estado revele los contenidos del convenio secreto. El juez rechazó la acción en base a argumentos procedimentales²⁵. Cabe aclarar que en aquel momento, Argentina no contaba con ninguna norma que garantizara el derecho de acceso a la información pública. Al año siguiente fue sancionado un decreto que lo contempla²⁶.

Al poco tiempo, el Poder Ejecutivo dispuso aumentos de emergencia para los servicios de luz y gas, y anunció incrementos en varios otros servicios. Algunas organizaciones de usuarios y consumidores solicitaron a la justicia su suspensión basados en que los aumentos no habían sido acordados en el marco de la renegociación integral de los contratos que había dispuesto el Congreso en una ley de emergencia económica sancionada días después de la crisis económica. La Justicia hizo lugar a los pedidos y dispuso la suspensión de los aumentos²⁷. El Gobierno apeló esas medidas pero no logró revertirlas. Hasta el momento, varios de los servicios siguen sin haber aumentado las tarifas y un número importante de contratos se siguen discutiendo de manera integral.

A su vez, las mismas organizaciones presentaron un planteo a la Oficina de Evaluación Independiente (OEI) del FMI, en el que le expresaban su rechazo a los

²³ Ver entre otros La Nación Line, Versión en internet, www.lanacion.com, 5/11/2002, Clarín 6/12/2002, La Nación Line 12/11/2002, Clarín 20/11/2002, Diario Clarín, 5/12/2002, La Nación, 24/11/2002, Pagina 12 2/11/2002.

²⁴ Por ejemplo, parte de la telefonía está en manos de la empresa Telefónica de España (que presta servicios de telefonía básica en casi toda América del Sur), el agua estaba concesionada a la empresa francesa Suez, la distribución de gas pertenece al grupo británico BP y al español Repsol YPF.

²⁵ Paradójicamente el juez en aquel entonces (Osvaldo Guglielmino) fue designado Procurador del Tesoro de la Nación, representa al Estado Nacional en las demandas contra el país en el Ciadi y comparte los pedidos de apertura que organizaciones de la sociedad civil le han efectuado al tribunal.

²⁶ Sin embargo, el país aún no cuenta con una ley nacional.

²⁷ Diario Clarin 11 de diciembre de 2002, <http://www.clarin.com/diario/2002/12/11/e-00301.htm>

pedidos de aumentos de tarifas que había efectuado el organismo. La presentación sostenía, entre otras cosas, que:

“El FMI debería promover el fortalecimiento de las instituciones democráticas de los países y, en ese sentido, respetar el marco legal existente y los procedimientos establecidos para su implementación. Sin embargo, fue clara en todo momento la actitud de los representantes del Fondo tendientes a satisfacer a toda costa los intereses de las empresas privatizadas –de capitales mayormente europeos-, aún violando los procedimientos establecidos legalmente. Tan evidente y a la vez irracional fue la exigencia del FMI que inicialmente solicitaron sin ningún tipo de criterio un aumento fijo para todos los servicios del 30%, sin atender a las características de cada servicio público”.

Además, en principio, el pedido de aumento de tarifas no se corresponde con los fines del FMI establecidos en su Convenio Constitutivo, sino más bien parece responder a la protección de intereses empresarios. De hecho, las autoridades del FMI que pretenden el aumento de tarifas de servicios públicos representan a varios de los países que tienen intereses económicos concretos en el desempeño de las empresas privatizadas. Ello afecta su imparcialidad y hace presuponer que actúan en defensa de los intereses de sus países y no en procura de los intereses de un organismo internacional, que no debería representar en mayor medida a ninguno de los países del mundo”²⁸.

La OEI no receptó el planteo porque su análisis de la actuación del FMI en relación a la Argentina iba a estar acotada al período 1990-2001, pero transmitió el documento al titular del organismo Horst Köhler.

Tiempo más tarde, llegó a Buenos Aires una misión del FMI y el Banco Mundial para discutir, entre otros temas, las tarifas de los servicios públicos. En la misma semana, el vocero del Fondo, Thomas Dawson, había explicado que "no es una misión negociadora sobre el aumento de las tarifas", pero también señaló que lo que traía a los

funcionarios eran "varios asuntos relacionados con la cuestión de las tarifas de los servicios públicos"²⁹.

De todas maneras, los aumentos de emergencia no se pudieron concretar y algunos vieron la luz recién cuando se llevó adelante la renegociación integral de los contratos. Podría pensarse que el Poder Judicial y el Congreso (que no modificó la ley de renegociación integral) cumplieron con su rol institucional en enfrentar el embate internacional pero también cabe decir que la mejora en la *performance* de las compañías de servicios públicos fue otro de los factores que hicieron disminuir esa presión.

Por último, la utilización de "side-letters" confidenciales está justificada, según las reglas del FMI, "solamente si su publicación puede dificultar que las autoridades implementen el programa o lo vuelvan más costoso. En ese sentido, su uso está limitado a casos en los que la exposición prematura de la información pueda causar reacciones adversas de los mercados o complicar los esfuerzos de los funcionarios para preparar el terreno doméstico para la medida. Esto incluye cambios en las reglas de mercado, cierre de bancos, medidas fiscales contingentes y medidas que afectan precios claves"³⁰. Pese a que la norma establece que lo que se busca evitar son las consecuencias negativas producidas por la difusión prematura, el contenido de ese acuerdo confidencial no pudo ser obtenido ni siquiera varios años después de firmado³¹.

Algunos puntos que surgen del caso de estudio

²⁹ Clarín 17 de febrero de 2003, <http://www.clarin.com/diario/2003/02/17/e-01301.htm>

³⁰ Decisión 12067 99/108

³¹ En 2006, la ACIJ volvió a solicitársela al Poder Ejecutivo sin éxito. Por ende, no solo fue secreto durante la tramitación del acuerdo sino que continúa siéndolo en la actualidad.

- Aparece clara la desigualdad en el flujo de información y en la capacidad de influencia que tienen las partes y los representantes de los usuarios. La existencia del acuerdo secreto fue revelada a la prensa por el entonces Ministro de Economía –que, por supuesto, no era ingenua- pero si no hubiera sido por esa infidencia, el acuerdo secreto hubiera permanecido como tal. A su vez, es claro que la capacidad de gestión de intereses por parte de las empresas europeas era, en el ejemplo, infinitamente superior a la de las organizaciones intervinientes. Vinculado a ambos temas, la publicidad de la gestión de intereses no está adecuadamente regulada en el FMI, como pareciera que no lo está en la mayoría de los organismos internacionales. Sobre la participación de los interesados, no existe ningún mecanismo por el cual los potenciales afectados (por una condicionalidad que el organismo irá a imponer) puedan participar para dar su perspectiva.
- En principio, es difícil justificar la existencia de “side-letters” secretas, por varias razones. Una de ellos es que se contradicen con los derechos de acceso a la información cada vez más extendidos en las democracias del mundo. Pero más allá de eso, estos acuerdos secretos no cuentan con una adecuada regulación pues son solamente funcionarios del organismo quienes revisarán las exigencias de estos instrumentos³². Esta parte de la carta de intención que no fue difundida –la exigencia de los aumentos de emergencia- no cumple con esos requisitos pues no aparece como la situación para la que pueden efectuarse. Sin embargo,

³² Pueden consultarse en la página de Internet del organismo
([http://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/index.asp?decision=12067-\(99/108\)](http://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/index.asp?decision=12067-(99/108)))

difícilmente algún interesado podrá alguna vez pedir su revisión y la investigación de la responsabilidad de quienes la suscribieron.

- Los beneficios que pueden obtener las empresas estatales de los países más poderosos a través del poder de esos países en los organismos financieros internacionales se incrementan por la falta de transparencia y acceso a la información. El resto de las compañías se encuentra en situación desventajosa frente a ellos.
- El tipo de reglas que permite acuerdos confidenciales debe ajustarse a los derechos domésticos que prevén el acceso a la información pública. Si existen razones excepcionales que justifican el secreto –salvedades que suelen estar contempladas en las normas que regulan ese acceso a la información- debe existir una revisión judicial suficiente, sea a través del sistema internacional o de procedimientos domésticos.
- La imposibilidad de acceder a la información del contenido de los acuerdos secretos y la falta de reglamentación del lobby en organismos internacionales, genera menores posibilidades para las compañías que no tienen acceso a estos ámbitos (en principio, las empresas estatales provenientes de países desarrollados cuentan con amplias posibilidades de incidir en la toma de decisiones a nivel internacional). En el caso, los aumentos de emergencia que se intentaron decretar correspondían a las empresas originarias de países con fuerte presencia en el FMI. Muchas empresas de servicios públicos –sin esa capacidad de influencia- no fueron beneficiadas con esos incrementos en sus tarifas.

4.1. Caso de Estudio: El impacto en derechos humanos de una concesión de agua y el posterior reclamo de la concesionaria ante el CIADI

A. Impacto en derechos humanos de la empresa Aguas Argentinas

A fin de efectuar un aporte en el proceso de elaboración de una metodología de impacto en derechos humanos que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU le encomendó al representante John Ruggie, la ONG canadiense Rights and Democracy se encuentra elaborando una propuesta a partir del estudio por parte de organizaciones locales de diferentes inversiones extranjeras en países en desarrollo. De esa manera, el trabajo en el terreno examina una experiencia concreta que revelará aspectos que deben ser incluidos en el estudio de impacto. Se han examinado tres inversiones mineras en Perú, Filipinas y Congo, una concesión ferroviaria que atraviesa Tibet y la concesión de aguas en Argentina. Esta última fue elaborada por las organizaciones argentinas ACIJ y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

La empresa Aguas Argentinas tuvo a su cargo dicha concesión desde el año 1993 hasta el año 2006. En los inicios, los principales accionistas de esta sociedad eran Suez Lyonnaise (Francia), Sociedad Comercial del Plata (Argentina), Vivendi Universal (Francia) y Aguas de Barcelona (Agbar - España). La Corporación Financiera Internacional (CFI), brazo financiero del Banco Mundial también era accionista de la empresa. Posteriormente, los accionistas mayoritarios pasaron a ser solamente Suez, Vivendi y Agbar. A principios del año 2006, el Estado decidió rescindir el contrato por serios incumplimientos en su ejecución y creó la empresa Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima (AYSA), una sociedad con capital mayoritariamente estatal, que desde entonces está a cargo de la prestación del servicio.

El estudio está estructurado siguiendo la metodología de la Observación N° 15 (el derecho humano al agua) del Comité DESC de Naciones Unidas. Así, concluye que tanto la empresa como el regulador y controlante (el Estado argentino) han vulnerado, durante la concesión -en reiteradas ocasiones- derechos humanos, medio ambientales y de consumidores.

Sobre la accesibilidad física –uno de los aspectos más sensibles del derecho al agua- el informe concluye que los planes de expansión del servicio de agua potable de red fueron modificados reiteradas veces y la forma en que se establecieron los criterios de extensión a ciertas zonas de la concesión fue arbitraria y sin ningún debate público.

Según se alega, los ejecutivos de la empresa y los funcionarios del ente de control manejaron discrecionalmente la forma en que planeaban cumplir con la meta de cobertura universal estipulada. En términos generales, no primaron los parámetros de urgencia y la condición de vulnerabilidad de la población y se privilegió el rédito económico de la empresa. Por otra parte, los objetivos establecidos fueron incumplidos por la empresa, que fue sancionada reiteradas veces por el Ente regulador estatal. Sin embargo, el accionar de la empresa no fue modificado ni corregido y el poder sancionatorio del Ente fue diluido por las diversas modificaciones contractuales. El resultado visible fue la disparidad en el ritmo de extensión de las redes de agua, en la medida en que las zonas más postergadas fueron aquellas donde el nivel socioeconómico de los residentes es el más bajo del territorio de la concesión.

El estudio sostiene también que la ausencia de criterios de expansión vinculados a las condiciones de vulnerabilidad de ciertos sectores de la población resulta violatoria del derecho humano al agua en los términos establecidos por el Comité DESC, que obliga a

los Estados parte del PIDESC a “prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho”³³ y a “velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles”³⁴, que no podrán desentenderse ni suspenderse³⁵. En particular, las zonas urbanas desfavorecidas fueron privadas del acceso a agua potable de red por la irregularidad del título de sus viviendas, hecho altamente significativo en el territorio de la concesión, donde existen 700 barrios carenciados con más de 2 millones de habitantes. Esto también implica una violación al derecho al agua, ya que “no debe denegarse a ningún hogar el derecho al agua en razón de la clasificación de su vivienda o de la tierra en que ésta se encuentra”³⁶. En el último año de la concesión se encontraron nitratos en un nivel muy superior al tolerado por los estándares de la Organización Mundial, en la provisión del servicio a sectores de bajos recursos.

El estudio también detectó, entre otras, vulneraciones a la obligación de no discriminar en la provisión del servicio, a la obligación de proveer información adecuada a los usuarios y a la participación de los usuarios en las modificaciones a la prestación del servicio.

Buenos Aires no es el único lugar en el que estas compañías han recibido denuncias por serias violaciones a los derechos humanos de las poblaciones a las que proporcionan el suministro. En Manila³⁷, Suez aumentó las tarifas entre 400% y 700% y excluyó así a miles de personas del servicio. Además se reportaron 6 muertes y 725

³³ Comité DESC, Observación General N° 15, párr. 16.

³⁴ Comité DESC, Observación General N° 15, párr. 37 inc. e).

³⁵ Comité DESC, Observación General N° 15, párr. 40.

³⁶ DESC, Observación General N° 15, párr. 16 inc. c).

³⁷ Que al igual que Buenos Aires privatizó la provisión de agua y cloacas a consejo del Banco Mundial.

personas enfermas por gastroenteritis³⁸. En Jakarta, el porcentaje de extensión de la red disminuyó luego de la concesión a Suez (antes de la privatización, entre 1988 y 1997 era un promedio de 31.246 de nuevos clientes por año; después de la privatización bajó a 15.007). En 2005 la población de la ciudad sin conexión a agua corriente había aumentado a 41,89%.³⁹ En El Alto, Bolivia, se produjeron serias revueltas populares luego de que la compañía dispusiera un cargo de conexión de entre US\$ 335 a US\$ 445 (el salario promedio es de US\$ 915 anuales). Según varios estudios, los incumplimientos de la compañía en la extensión de la red dejaron a más de 200.000 personas sin acceso al servicio⁴⁰. Vivendi Universal ha sufrido similares denuncias en Tucumán (Argentina), Paraná (Brasil) y Cochabamba (Bolivia), entre otros lugares.

2. El reclamo de la empresa frente al CIADI

Como se explicó, en 2002, el Estado argentino debió devaluar la moneda y eliminar la paridad entre el dólar y el peso argentino. A su vez, se decidió que los contratos de servicios públicos –que contemplaban esa paridad- debían ser renegociados integralmente. La empresa consideró que esas medidas dañaban sus inversiones y representaban una infracción de los compromisos contraídos con ellas al obtener la concesión, trataron de conseguir del Gobierno de Argentina ajustes en las tarifas que AASA podía cobrar por los servicios de suministro de agua potable y desagües cloacales, así como modificaciones en otras condiciones de operación.

38 Sison, Marites “Philippines: Awash in Water Bills after Privatization” Inter Press Service Wednesday, January 22, 2003 y “Loaves, Fishes and Dirty Dishes: Manila’s privatized Water Can’t Handle the Pressure”, International Consortium of Investigative Journalists, Feb. 7, 2003

³⁹ Editorial de The Jakarta Post, 5 de febrero de 2007,
<http://www.thejakartapost.com/yesterdaydetail.asp?fileid=20070205.F04>

⁴⁰ Pacific News Service, 17 de diciembre de 2004,
http://news.pacificnews.org/news/view_article.html?article_id=f3311202b4be2c2aea1955b6bbc202fd

En abril de 2003 la empresa presentó la controversia al arbitraje del CIADI⁴¹. Los demandantes alegaron un incumplimiento a un tratamiento justo y equitativo y una expropiación por parte del Estado argentino. Este planteo es muy similar a los numerosos casos sometidos a la jurisdicción del CIADI contra Argentina después de las medidas adoptadas por el país después de la crisis. De hecho, Argentina es por lejos el país que más disputas enfrenta ante ese tribunal⁴². Por otra parte, la mayoría de los litigios que allí tramita enfrenta a una empresa originaria de un país desarrollado y un país en desarrollo.

En enero de 2005 varias organizaciones de usuarios y de derechos humanos (las mismas que habían presentado el planteo al FMI en el anterior caso de estudio descripto) junto a la organización ambiental estadounidense Center For Internacional Environmental Law (CIEL) –y con el asesoramiento técnico de la Lowenstein Clinic de la Universidad de Yale- presentaron un pedido para poder presentar al tribunal un amicus curiae, presenciar las audiencias y acceder a los documentos del caso. Las ONGs sostuvieron que tenían un interés directo en el conflicto pues allí se tratan cuestiones vinculadas a servicios públicos esenciales. Afirmaron, para justificar su aporte -entre otros argumentos- que “los tratados bilaterales sobre inversiones deben ser coherentes con los demás compromisos internacionales asumidos por los mismos Estados en materia de derechos humanos y medio ambiente”.

⁴¹ Durante los noventa, Argentina había suscripto tratados bilaterales de inversión (TBIs) con numerosos países desarrollados. Estos preveían entre otras cuestiones la competencia del CIADI.

⁴² Argentina ha recibido en los últimos años 37 arbitrajes en contra por más de US\$ 17.000 millones. Cerca de una docena –la mayoría de empresas prestatarias de servicios públicos- se cerraron o suspendieron por acuerdos. La renuncia provisoria más importante fue en octubre de 2006 cuando Telefónica de España suspendió su reclamo por US\$ 1000 millones⁴². En el caso de las empresas de servicios públicos los acuerdos para suspender o cerrar los arbitrajes se debieron a mejores condiciones en el proceso de renegociación que se viene llevando a cabo entre el Estado Nacional y 59 concesiones de servicios públicos desde la devaluación del peso en 2002.

El tribunal remitió la presentación a cada una de las partes. La parte demandada consintió los pedidos de las ONGs pero la parte demandante los rechazó. El tribunal emitió una resolución preliminar en la que, por un lado, rechazó la solicitud de acceder a las audiencias pues las reglas establecían que solo podían presenciarlas las personas autorizadas por las partes y, por el otro, decidió aceptar preliminarmente el *amicus curiae* sujeto a la condición de que los peticionantes demostraran la identidad y los antecedentes, la naturaleza del interés del peticionario en el caso y las razones por las cuales el tribunal debería aceptar el escrito. Además de las ventajas de transparencia, los árbitros afirmaron que:

“La aceptación de las presentaciones *amicus* también tendría como consecuencia beneficiosa adicional el incremento de la transparencia en el procedimiento de arbitraje entre inversionistas y Estados. Una mayor apertura y un mayor conocimiento sobre la forma en que se conducen estos procedimientos reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema arbitraje internacional, en particular cuando involucran a Estados y materias de interés público. Es este imperativo el que ha impulsado el aumento de la transparencia en los procedimientos de arbitraje de la Organización Mundial del Comercio y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. A través de la participación de representantes idóneos de la sociedad civil en los casos apropiados, el público adquirirá un mejor conocimiento de los procedimientos del CIADI”⁴³.

Meses después los peticionarios presentaron los detalles adicionales que el tribunal había requerido y aquél pasó la solicitud a las contrapartes. La demandante sostuvo que el caso había perdido interés público pues el Estado había rescindido la concesión (por incumplimiento en la prestación de servicio, entre otros motivos, por haberse descubierto la presencia de nitratos en el agua que la empresa proveía a varios

⁴³ Ver resolución en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0319-AC-sp.pdf>

barrios carenciados) y, por ende, lo que ocurra en el litigio no tiene el potencial de afectar la prestación del servicio ni a sus usuarios. Por otra parte, sostuvo que todos los documentos que forman parte del expediente eran privados y la empresa no aceptaba que fueran consultados por las organizaciones.

Los jueces volvieron a decidir la cuestión en una decisión del 12 de febrero de 2007⁴⁴. El tribunal rechazó los argumentos de la compañía en relación a la presentación del escrito pero también rechazó los argumentos de las ONGs en relación al acceso a la información.

Sobre la presentación de *amicus curiae* recordó que incluso después de su primera decisión –que abrió las puertas, por primera vez, a la presentación de este tipo de escritos-, el propio CIADI había modificado su reglamento, el cual ahora tiene una norma que establece que después de consultar a las partes, cada tribunal arbitral puede aceptar la recepción de escritos de *amicus curiae* sobre algún tema a su conocimiento. Las nuevas reglas establecen que el interesado deberá acreditar que su aporte se relaciona con la situación fáctica o legal en discusión y que puede brindar una perspectiva o conocimiento particular diferente de los que brindan las partes. Además exige que el peticionante tenga un interés significativo en el procedimiento.

A su vez, rechazó los argumentos de la compañía en relación a la modificación de la situación fáctica –por la finalización de la concesión-. Con argumentos muy innovadores, el tribunal afirmó que:

“Incluso si la decisión se encontrara limitada a un reclamo monetario, el tribunal tendrá que determinar la responsabilidad internacional de Argentina. En este sentido, deberá considerar cuestiones que tienen que ver con la provisión de ‘un servicio básico a millones de personas’. Para esto, deberá resolver ‘complejas preguntas de derecho

⁴⁴ La decisión no había sido publicada al momento de finalizarse este artículo.

internacional, incluyendo consideraciones de derechos humanos´ (decisión del 19 de Mayo de 2005, párrafo 19). Es verdad que este fallo no le será aplicable al nuevo operador de agua y saneamiento de Buenos Aires. Sin embargo, podrá tener de todos modos un impacto en la forma en que el sistema debe y será operado. En línea más general, debido a las altas posibilidades que este arbitraje y la alta difusión de los fallos del CIADI, no podemos descartar que la futura decisión tenga alguna influencia en cómo los gobiernos y los inversores extranjeros que operan empresas de agua y saneamiento se vinculan con las concesiones e interactúan en momentos de dificultades”⁴⁵.

Sobre el pedido de acceder a la documentación de las actuaciones –con el fin de preparar el escrito- el tribunal rehusó hacer lugar al pedido. Sostuvo que la presentación que los interesados efectuarán –según ellos mismos- trata de temas amplios y generales que no requieren mayor información que la que existe y a la que pudieron acceder.

Algunos puntos sobre el caso de estudio

- La experiencia de Aguas Argentinas presenta numerosos ribetes interesantes sobre el control de sus actividades en relación a los derechos humanos de, sobre todo, los sectores más postergados del área de su concesión y a la posterior posibilidad de acceder a garantías administrativas por parte de los usuarios de ese área en el CIADI.
- Sobre el primero de los puntos, el caso es revelador por cuanto explicita una situación reiterada en esta materia: el Estado se mostró en complicidad con la concesionaria en las acciones y omisiones que se tradujeron en las vulneraciones de derechos mencionadas. Como es bien sabido, los Estados pueden no representar los intereses de los ciudadanos en la relación entre éstos y los inversores –por diferentes motivos, desde la indiferencia, la necesidad de atraer

⁴⁵ El fallo aún no fue traducido al español. La traducción me pertenece.

esas inversiones o propio interés-. El caso ilustra la gravedad de las consecuencias en los derechos humanos de la población que puede llegar a generar la “connivencia” entre el Estado y la compañía transnacional. Este tipo de contexto es el que resulta más arduo para que los ciudadanos reclamen por sus derechos.

- La circunstancia de que sean las mismas empresas las que enfrentan reclamos similares por parte de usuarios de diferentes partes del mundo –lo cual dados los avances de los procesos de transnacionalización de las inversiones no sería infrecuente- parece justificar la necesidad de que se controlen esas inversiones a nivel global. De hecho, los usuarios de las diferentes ciudades en las que las compañías de aguas mencionadas han sido denunciadas no conocen los problemas que atraviesa la empresa en otras partes (a veces, incluso, porque las compañías utilizan nombres locales). En otras palabras, a la sociedad civil le convendría unificar las normas y procedimientos de control pues, además de las ventajas que se han venido mencionando, ayudaría a comprender con un panorama más global las actitudes de los inversores transnacionales.
- A su vez, el caso también parece demostrar que el GAL debe poner el foco en el control de los organismos internacionales de crédito. No sólo en los últimos años, el Banco Mundial ha instado a la privatización de numerosos servicios públicos (favoreciendo de alguna manera) los intereses de los países con mayor poder dentro del organismo, sino que, además, pareciera tener un conflicto de intereses cuando una institución –el CFI- que es parte del organismo adquiere acciones de la compañía. Estos casos demuestran la necesidad que exige de que las

- instituciones internacionales de crédito mejoren sus prácticas de transparencia y participación.
- En relación al litigio ante el tribunal del CIADI, la actitud de los jueces muestra a las claras que existe una imperiosa necesidad de una mayor transparencia y participación por parte de los afectados. El propio organismo modificó sus reglas en 2006 para ampliar esos institutos. Sin embargo, esos cambios han sido duramente criticados pues no permiten garantizar efectivamente esos derechos. Tal como ocurre en el caso de Aguas Argentinas, la nueva regla establece que las partes pueden oponerse a la presencia de terceros en las audiencias (la propuesta del Secretario General era la de que previa consulta con las partes, el tribunal decidía si permitía la presencia de terceros). Schreuer sostuvo que los gobiernos de los países desarrollados se opusieron a esa posibilidad y dictaron lo que en definitiva es un veto a esos principios⁴⁶.
 - La decisión del tribunal de permitir a las organizaciones presentar un *amicus curiae* pese a que la empresa no es la actual concesionaria del servicio, con el argumento de que la decisión que se adopte puede influir en las próximas decisiones que se adopten en relación a la concesión de agua y saneamiento, constituye una importante ampliación de los límites a la participación. Tal como queda implícito en dicha decisión, el principio siempre debe ser el de *pro participatione* pues las posibles implicaciones de las resoluciones que se adopten en los ámbitos internacionales son extendidas.
 - El fallo del tribunal arbitral de no permitir el acceso a las actuaciones ni a las audiencias –sustentado por las reglas del CIADI- vulnera claramente las garantías

⁴⁶ “Watered changes to arbitration”, Bretton Woods Project, Boletín N° 50, 21 de diciembre de 2006

administrativas de los interesados. Si como dijimos, el derecho administrativo tiene por uno de sus objetivos más importantes el de salvaguardar los intereses del administrado, la decisión que impide tomar contacto con los elementos más básicos del litigio, es absolutamente contraria a ello. Llama poderosamente la atención que en momentos en que existen amplios avances en materia de acceso a la información y transparencia (incluso con la puesta en práctica de convenciones internacionales contra la corrupción) se sigan perpetuando este tipo de prácticas. Más aún, téngase en cuenta que una importante cantidad de los casos frente al CIADI constituyen reclamos de empresas de servicios públicos en países en vías en desarrollo, por lo que los afectados suelen ser personas desaventajadas socio-económicamente. A estas personas –que ya de por sí tienen un acceso a la justicia muy limitado- hay que facilitarles la posibilidad de tomar contacto –por sí o a través de representantes- con esos procedimientos internacionales.

- Además de ese tipo de impedimentos, limita también la consecución de las garantías administrativas la circunstancia de que todas las audiencias y procedimientos del CIADI se lleven adelante en países desarrollados. Esto ocurre pese a que la gran mayoría de los países demandados resultan países en desarrollo. Este tipo de decisiones también dificulta la protección de las garantías pues, entre otras cosas, entorpece la cobertura periodística de los procesos. Del lado de las organizaciones de la sociedad civil, las alianzas entre ONGs de países en desarrollo y países desarrollados –como lo muestra el caso de estudio- resultó en el caso una manera de achicar las distancias.

- En relación a la defensa de la competencia, las empresas que perdieron la licitación pública internacional pudieron verse perjudicadas por el posterior comportamiento de la concesionaria y -la necesaria- falta de control suficiente por parte del Estado. Es más, durante el proceso de privatización existieron serias sospechas de corrupción –incluso explicitadas por algunas de las competidoras- que no pudieron ser comprobadas por los jueces que investigaron las denuncias. Sin embargo, para quien efectuó un serio estudio de toda la concesión, parecería claro que durante las sucesivas modificaciones del contrato hubo una suerte de connivencia entre el poder público y la compañía. Si existieran normas que hicieran responsable a las empresas que vulneran derechos humanos, la competencia entre los inversores no incluiría este tipo de resquicios que tienen esas concesiones, que les permite abaratar los costos y maximizar las inversiones, una vez iniciada.
- La posibilidad por parte de los inversores extranjeros de reclamar en un tribunal internacional –que no permite acceder a la información que se produce, participación de los afectados y revisión judicial suficiente- parece otorgarles un privilegio a los inversores extranjeros –de los países que firman TBIs- frente a las empresas nacionales u originarias de los países que no firmaron ese tipo de tratados con el país receptor. Aquí también se observan deficiencias en la defensa de la competencia pues el sistema permite que algunas empresas puedan elegir entre dos tipos diferentes de fueros (o incluso utilizar ambos).

5. Consideraciones finales

El contexto en el que se debe producir la regulación que aquí se propone, no es el más favorable. Pese al antiguo principio que establece que “una república pequeña no es un estado menos soberano que el reino más poderoso”⁴⁷, la realidad global política y económica dista infinitamente de ese ideal. En ese marco, existe el riesgo de que la protección de los derechos humanos y la protección de las inversiones no se encuentren equilibradas y la balanza se incline hacia los intereses de estas últimas. De todas maneras, esto ya ocurre –y exageradamente- en la actualidad. Existen, en primer lugar, mecanismos de protección de las inversiones transnacionales que, como vimos, no permiten acceso a la información que producen y una participación activa de las comunidades afectadas y, en segundo lugar, espacios de lobby informales que tienen esas compañías sobre las decisiones que se adoptan. En otras palabras, el ‘laissez faire’ implica una regulación por omisión y todo indica que está siendo favorable a una de las partes de la relación. Las modificaciones difícilmente puedan constituir un retroceso.

La regulación para proteger las garantías administrativas y los derechos humanos de las comunidades donde se efectúan las inversiones, debería contener las normas de derecho internacional de los derechos humanos, mecanismos que permitan compatibilizar las reglas que rigen las relaciones internacionales con los derechos domésticos y procedimientos que admitan, por parte de los afectados, el acceso a la información, participación y la revisión judicial suficiente.

Resulta importante agregar a la perspectiva de derechos humanos la de defensa de la competencia. Este principio también es un bien público y –más allá de las circunstanciales ventajas que pueda generar para los competidores

47 E. DE VATTEL (1758), quoted in A. CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, II ed., 2005, p. 52.

desleales- apareja beneficios tanto para los ciudadanos como para las empresas que compiten lealmente. En definitiva, esta competencia que deberá desarrollarse sin las vulneraciones de derechos humanos que se denuncian cotidianamente traerá mayor protección para los ciudadanos pero también mayor prosperidad para los países y ese último tipo de compañías. La defensa de la competencia, por un lado, y las garantías administrativas y los derechos humanos, por el otro, no son materias que se analicen conjuntamente. Sin embargo, el análisis efectuado revela que existen importantes puntos de relación que hacen que la mejor protección de los últimos fortalezca al último de los principios mencionados.

Como se dijo el GAL aún está en una etapa exploratoria que requiere una intensa deliberación sobre las falencias que existen en la materia y que deben ser corregidas. En una segunda etapa, habrá de comenzarse a efectuar propuestas de modificaciones y mejora de las estructuras existentes. El presente apunta a efectuar un aporte hacia un mejor diagnóstico del panorama actual. Un diagnóstico que incluye la desprotección de las garantías administrativas y los derechos humanos en relación a las inversiones extranjeras en países en desarrollo. En un futuro muy cercano debe resolverse esta deficiencia.