

CAFTA: un tratado inaceptable

Oscar-René Vargas

Entre 2003-2006 nos dijeron que el CAFTA traía trabajo, promovía inversiones y modernizaba al país. En suma que era la globalización y que uno no puede ponerse contra ella. Y que garantizaba un ancla para que las políticas económicas quedaran fuera de los alcances de los giros electorales. En respuesta a todo ello dijimos que no se había hecho el balance adecuado de puestos ganados por exportación y perdidos por mercado interno y agricultura, y que lo más probable es que fueran muchos más estos últimos que los primeros.¹

También advertimos que las únicas inversiones que van a venir a Nicaragua son las referidas a explotación de recursos naturales y la maquila. Nadie espera inversión industrial o tecnológica, ni tampoco grandes recursos en la agricultura donde no hay mucha tierra libre que ocupar y hacer producir. En todo caso lo que se nos viene es una imposición de la peor versión de occidente, en la peor opción norteamericana (maimización), y de la misma forma que en la conquista nos muestran los espejitos de la tecnología para convencernos que es lo que nos conviene. El CAFTA es el pacto del inmovilismo de la apertura, las privatizaciones, los contratos leoninos, el abuso continuado sobre los trabajadores, etcétera.

El CAFTA adquiere un status jurídico por encima de nuestras leyes y riñe con nuestra Constitución. En el capítulo 1, artículo 1.3.2 del CAFTA dice: *“Para mayor certeza, nada en este Tratado impedirá a las Partes Centroamericanas mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración centroamericana, adoptar nuevos instrumentos jurídicos de integración, o adoptar medidas para fortalecer esos instrumentos, siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado”*. De modo que nuestras leyes, actuales y futuras, deberán estar siempre supeditadas al TLC con EE.UU.

Con el CAFTA se crea un régimen jurídico de privilegio a favor de los inversores extranjeros, con lo que, además, se concede a estos un inmenso poder de presión sobre el Estado, y para la formulación y aplicación de las políticas públicas. El Tratado obliga a que el Estado conceda a los inversores extranjeros el mismo trato que ha de dar a las empresas nacionales. Un mínimo criterio de justicia permite entender la inconveniencia de ese tipo de obligaciones ya que, sin duda, la mejor forma de propiciar la injusticia es tratando igual a los desiguales.

El CAFTA instaura una especie de sistema jurídico aparte, que permitirá a las compañías transnacionales estadounidenses demandar al Estado ante tribunales de arbitraje internacional, cuyo estatuto es privado y los cuales no tienen ninguna obligación de considerar las leyes nicaragüenses. Además, se incorpora la noción de *“expropiación indirecta”* como posible justificación para tales demandas. Este es un concepto

¹ Oscar-René Vargas, **¿Qué es el CAFTA? Un tratado entre desiguales. Centroamérica – Estados Unidos**, Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI), Managua, Nicaragua, septiembre 2003, 311 páginas.

jurídicamente impreciso que, en la experiencia práctica de otros tratados similares, ha dado lugar a múltiples arbitrariedades.

El CAFTA limita sustancialmente la posibilidad de aplicar una política nacional de desarrollo, entre otras razones por la: a) Prohibición requisitos de desempeño a inversión extranjera. b) Limitación al aprovechamiento de las compras del sector público como instrumento de desarrollo. c) Limitación de acceso al conocimiento por restricciones sobre propiedad intelectual. d) Desregulación casi total de mercados de servicios. e) Pérdida de control sobre biodiversidad.

Según quedó expresamente enunciado en la Ley de Implementación aprobada por el Congreso de los EE.UU., para este país el CAFTA solo posee la calidad de un “agreement” (acuerdo), no la de un “treaty” (tratado). Esto implica que es jurídicamente inferior a cualquier ley estadounidense, de acuerdo al artículo 102 de Ley de Implementación ya que establece que, *“las leyes ordinarias federales y estatales, prevalecerán sobre el Acuerdo”*.

La misma Ley de Implementación deja explícitamente enunciado que tal es la jerarquía jurídica que el Congreso estadounidense le reconoce y concede a este “agreement” (acuerdo). Con ello se viene a ratificar, una vez más, la tremenda asimetría de las condiciones bajo las cuales se regirá este Tratado, incomparablemente más exigente y restrictiva para nuestro pequeño país que para la superpotencia norteamericana.

La asimetría es obvia: la naturaleza jurídica y el compromiso norteamericano con el Tratado está sujeto a sus leyes internas, a diferencia de cada país centroamericano, para los cuales el Tratado está por encima de las leyes y aún de la Constitución Política en determinados temas.

La obligación potencial de que el Estado como demandado deba someterse al arbitraje internacional aun en contra de su propia voluntad, por manifestación expresa del demandante, confirma el traslado obligado de competencias jurisdiccionales a favor del tribunal internacional cuya decisión será de obligado acatamiento para el Estado demandado. El mecanismo Inversionista-Estado contenido en el CAFTA, sólo las empresas pueden demandar bajo un modelo de arbitraje que los Estados demandados quedan obligados a aceptar. Se favorece de esa forma a las empresas en detrimento del Estado.

Aparte de la pérdida de competencia de nuestros Tribunales Judiciales en materias sociales, laborales y ambientales, lo cual en sí mismo es grave, hay un factor relacionado con los procesos de arbitraje establecidos en el CAFTA que vale anotar: el derecho a recurrir y apersonarse a los procesos arbitrales solo lo tendrán los Estados firmantes y las empresas.² Esto significa que ni las comunidades organizadas ni la ciudadanía en particular, en su calidad de tales podrán apersonarse como Partes en los procesos arbitrales.

² Véase el Capítulo 10, Artículo 10.20 del CAFTA referido a la “Realización del Arbitraje”; y el Capítulo 20, Artículo 20.11 sobre la “Participación de Terceros”. Todas las referencias que se hacen al Tratado en el presente texto provienen del siguiente documento: República de Nicaragua, **Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos de América – República Dominicana (CAFTA-DR). Texto Normativo y Cartas Paralelas de Nicaragua**, Tomo I, Ministerio de Fomento, Industria y Comercio, Managua, Nicaragua, 2006.

En las negociaciones al interior de la OMC se han establecido principios como el de Trato Especial y Diferenciado, vale decir, la no exigencia de reciprocidad entre países desarrollados y subdesarrollados y refiriéndose específicamente la agricultura, la OMC establece: “*Los países en desarrollo Miembros dispondrán de la flexibilidad necesaria para designar un número apropiado de productos como productos especiales, basándose en criterios relativos a las necesidades de seguridad alimentaria, seguridad de los medios de subsistencia y desarrollo rural... reconocerán la importancia fundamental de los productos especiales para los países en desarrollo*”. En el CAFTA estos principios se reducen al otorgamiento de plazos de desgravación arancelaria, al vencimiento de los cuales los países firmantes “competirán” como iguales.

En los capítulos 3 al 8 se abarca la parte propiamente comercial del Tratado, y en su conjunto representan beneficios mínimos para Centroamérica, pues en su gran mayoría las preferencias arancelarias negociadas ya están contenidas en la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) y sus reformas, o en los acuerdos del GATT de la OMC. Sin embargo, la parte central del Tratado se circunscribe a los capítulos 9 al 15.

En el contexto de un mercado agropecuario mundial dominado por un puñado de gigantes y con masivos subsidios en los países desarrollados, en el CAFTA simplemente se decretó la muerte lenta de la producción de alimentos agropecuarios. Es decir, con el CAFTA se pierde la seguridad alimentaria de la región centroamericana.

El sector más golpeado será el agro centroamericano que no podrá competir con una economía que subsidia sus productos agrícolas con más US\$ 300 mil millones de dólares anuales, mientras que los Estados centroamericanos no hacen nada por sus productores agrarios, sino que, por el contrario, los asfixia económicamente y les niega el crédito agrario.

Con un modelo primario exportador consolidado con el CAFTA, el mercado interno queda abandonado. No interesa entonces mejorar la capacidad de consumo de la población, cuyo sueldo mínimo permanece estancado y no alcanza para cubrir la canasta familiar. No hay que rebanar mucho para entender que este modelo de crecimiento no asegura el desarrollo del país. Al aprobar el TLC se renunció al proyecto de país asentado en un modelo de desarrollo de base nacional, para sustituirlo por una estrategia de pura y simple transnacionalización de la sociedad y la economía.

En virtud de la ambigüedad y oscuridad de las excepciones que introduce y el contexto de la fuerza real del régimen Inversionista-Estado del capítulo 10 del CAFTA, el tratado abre la posibilidad de que la educación, la salud y el agua –en su faceta de servicios mercantiles prestados privadamente- queden sujetos a un régimen de irrestricto libre mercado.

El CAFTA no introduce explícitamente el principio de *trato especial y diferenciado*, tal como este se entendía anteriormente en los debates sobre comercio y desarrollo (GATT, UNCTAD, OMC). Sólo se hace mención al reconocimiento de las diferencias en los niveles de desarrollo y el tamaño de las economías, sin que tal reconocimiento conlleve un trato especial en materia de políticas de desarrollo para la región centroamericana.

Los negociadores se dejaron llevar por intereses inmediatos de unos cuantos, supeditando lo esencial (los intereses nacionales) a lo urgente. El “*plato de lentejas*” fue el tema de acceso al mercado norteamericano. Los temas centrales del desarrollo no se discutieron y mucho menos el tipo de inserción de Centroamérica en la “*sociedad del conocimiento*”.

Los servicios (banca, seguros y finanzas, transporte, telecomunicaciones, salud, turismo, agua, educación, electricidad, etcétera) tienen una gran importancia no sólo para la economía, sino también para las personas, ya que son productos que satisfacen necesidades básicas y vitales para la vida y el desarrollo humano. Los EE.UU. lograron, en el CAFTA, que esos servicios sean tratados como bienes; esto es, tratar a los servicios como bienes, impulsando la privatización de los mismos y la liberalización de sus mercados así creados.

Con la privatización de los servicios, lo que se pone en juego son aspectos esenciales como los siguientes: a) La penetración de capitales extranjeros en áreas como la salud, la educación y agua. b) En el campo de los servicios financieros, la pérdida de control sobre los capitales especulativos. c) El control de las empresas transnacionales en los sectores de telecomunicaciones y de Internet, áreas de tremenda importancia en la definición de una estrategia nacional de desarrollo. d) Los derechos que adquieran los inversionistas extranjeros y su poder de demandar a los gobiernos por leyes de interés público o regulaciones que a juicio de estas empresas afecten sus ganancias, reales y potenciales.³

El Tratado establece un régimen de irrestricta liberalización en relación con la oferta privada de tales servicios públicos como educación, salud y alcantarillado sanitario. Ello provocará, sin control posible, que se agudicen varias tendencias problemáticas que ya estamos presenciando: el desarrollo de servicios privados de elite de altísimo costo, la proliferación desordenada de ofertas privadas y el desmantelamiento de los servicios públicos. En el caso del agua, además, se desregula por completo su comercio en forma envasada, incluyendo su exportación, lo que pone en grave peligro la disponibilidad futura de este elemento esencial para la vida.

El CAFTA provee a los inversores extranjeros un régimen que les permite presentar demandas antes tribunales de arbitraje internacional, en cualquier caso que un inversionista extranjero se siente perjudicado en sus intereses pecuniarios por alguna decisión de la autoridad pública. Esto incluye la noción imprecisa y arbitraria de “*expropiación indirecta*”, a partir de la cual un inversionista extranjero puede demandar al Estado cuando considera que una decisión gubernamental le hace perder “ganancias potenciales” (por lo tanto futuras, no reales ni actuales) que pensaba obtener en su negocio, algo que no pueden

³ El 7 de febrero de 2007 la Asociación de Fabricantes e Investigadores de la Industria Farmacéutica de Estados Unidos (PhRMA por sus siglas en inglés), presentó una petición formal ante el Representante Comercial de Estados Unidos en la que solicita la imposición de sanciones comerciales contra Costa Rica por no aplicar las normas de protección a las patentes sobre medicamentos contenidas en el Capítulo 15 del TLC. La PhRMA expresa en su demanda que entre enero y septiembre de 2006, las farmacéuticas habrían dejado de percibir ingresos por más de US\$ 112 millones de dólares de los cuales US\$ 17,631.000 dólares serían por protección de datos de prueba y casi US\$ 94,721.000 dólares por patentes. Para mayor información ver: Hedelberto López Blanch, **Medicinas para curar o...negociar**, *Rebelión*, España, 29 de junio de 2007.

los centroamericanos.⁴ Independientemente de lo que diga el Tratado la realidad es que en el TLC los negociadores nicaragüenses no evitaron que a los inversionistas extranjeros se les dieran derechos muy superiores a los que tiene la población local. Por el contrario, expresamente favorecieron esta asimetría.

El capítulo 15, prorroga las patentes para crear monopolios en los insumos agrícolas por más de 20 años, lo cual es una imposición del CAFTA, no de la OMC, premiando a las transnacionales.⁵ En el caso de los insumos, los dueños de los productos patentados tendrán múltiples mecanismos de creación de monopolios privados vía extensiones de patentes, protección de datos y la conversión del Estado en el policía de las patentes de las transnacionales.

El CAFTA limita el acceso a los datos de prueba de las patentes de medicamentos y agroquímicos, lo que impide la fabricación y distribución de medicamentos y agroquímicos genéricos. Ello obligaría a consumir solo productos médicos y agroquímicos de marca, con un encarecimiento sustancial que afectará, necesariamente, la salud pública y la agricultura local. En el fondo, se trata de una clara limitación de la competencia por parte de los productores de genéricos y un fortalecimiento del monopolio de los productos patentados, beneficiando directamente a las grandes transnacionales de ambos sectores.

Como quedaron establecidos los Derechos de Propiedad Intelectual en el CAFTA favorecen la actividad comercial por encima del interés público y del desarrollo sustentable de los pueblos centroamericanos.⁶ Los monopolios sobre patentes hasta por veinte años, no solamente permiten a las empresas agroindustriales y farmacéuticas transnacionales dominar la compra-venta de sus productos patentados; también, en muchas ocasiones, convierten en propiedad privada lo que debe ser propiedad pública. Hay dos temas donde las reglas sobre derechos de propiedad intelectual tienen impactos profundos. En primer lugar, el trato sobre los seres vivos y, en segundo lugar, las medicinas patentadas; y que no benefician a los países centroamericanos.

Los negociadores CAFTA ignoraron los posibles efectos de la liberalización comercial sobre las mujeres que viven en la pobreza en toda Centroamérica, a pesar de contarse con el precedente del NAFTA, que según diversos estudios, ha deteriorado sensiblemente los niveles de vida y de trabajo de las mujeres en el campo mexicano. Al omitir un análisis de la forma diferenciada en que el CAFTA podría afectar a mujeres y hombres, los resultados

⁴ “Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”),...”. Capítulo 10, Artículo 10.7.1 del CAFTA.

⁵ “Cada Parte, a solicitud del titular de la Patente, deberá ajustar el término de la patente para compensar por retrasos irrazonables en el otorgamiento de la patente. Para efectos de este párrafo, un retraso irrazonable deberá incluir al menos un retraso en la emisión de la patente de más de cinco años desde la fecha de presentación de la solicitud en el territorio de la Parte, o tres años contados a partir de la fecha de la solicitud del examen de la patente, cualquiera que sea posterior, siempre que los periodos imputables a acciones del solicitante de la patente no se incluyan en la determinación de dichos retrasos”. Capítulo 15, Artículo 15.9.6 (a) del CAFTA.

⁶ Capítulo 15 del CAFTA.

de las negociaciones van a incrementar cargas de trabajo para las mujeres y a profundizar su indigencia en Centroamérica.

En principio, el comercio entre países de desarrollo similar y con economías complementarias puede ser mutuamente beneficioso, pero los argumentos se complican cuando se trata de países con desarrollos muy desiguales o abismales, como es el caso entre EE.UU. y Centroamérica. En un contexto internacional de grandes diferencias entre los países y entre los tamaños y poderes de las empresas, la competencia llevada al extremo es simplemente la sentencia de que el pez grande se coma al chico. La aplicación de este valor lleva por tanto a la desaparición de las pequeñas y medianas empresas nacionales.

En materia de comercio de bienes, los negociadores debieron tener presente que además de los aranceles, pesan mucho las llamadas barreras no arancelarias, como los subsidios internos y a la exportación, las medidas sanitarias y fitosanitarias, los mecanismos anti-dumping y las exigencias en materia de seguridad y combate al terrorismo. Ciertamente, estos mecanismos obstaculizan el libre comercio, por lo general en contra de los intereses de los países centroamericanos. Sin embargo, esos mecanismos no fueron suspendidos.

En materia de servicios y capitales, las principales barreras ocurren con el freno a las migraciones de trabajadores de los países pobres a los ricos, mientras que se busca la mayor movilidad posible para el capital financiero, aun a costa de los intereses nacionales, como ocurre con los capitales especulativos. A pesar de conocer esa realidad, los negociadores accedieron a que EE.UU. mantuvieran esas barreras.

Igual o más grave aun son las formas de protección de ciertos productos y tecnologías patentadas que perjudican a los países centroamericanos a través de un doble efecto: limitar la movilidad del capital productivo y frenar el acceso a productos básicos a precios razonables para los habitantes de los países de la región.

EE.UU. no aceptó un mecanismo de “cooperación” o de “compensación” que en algún grado permitiera tomar en cuenta el tema de las abismales asimetrías entre ese país y los centroamericanos. Para dar la imagen de aceptar las asimetrías aceptaron algunas medidas de salvaguarda, plazos y canastas de desgravación más favorables para algunos de los sectores productivos sensibles de la región.

Centroamérica otorgó derechos y privilegios a las empresas transnacionales por encima de la soberanía de nuestros países. Los privilegios otorgados son, entre otros: en el campo de las compras del sector público, la propiedad intelectual, la solución de controversias, los servicios e inversiones.

El objetivo estratégico de EE.UU. fue potenciar al máximo los beneficios de los inversionistas, las empresas y los agricultores de norteamericanos -por lo menos, de los grupos de interés políticamente bien conectados. El interés de los EE.UU. con el tratado es, con mucho, más estratégico y geopolítico que económico, ya que en términos comerciales la región es insignificante para la gigantesca economía de los EE.UU.

Después del fracaso del AMI (Acuerdo Multilateral de Inversiones), que pretendía homologar los derechos de los Estados y de las empresas transnacionales, EE.UU. optó por llevar adelante tratados bilaterales que fortalezcan su posición en el comercio mundial y en las negociaciones al interior de la OMC. En el caso centroamericano, el objetivo de estas negociaciones fue el CAFTA, a través del cual favoreciera sus intereses comerciales y estratégicos. En este camino, el TLC con Centroamérica tenía dos objetivos claros: i) debilitar la posición brasileña de crítica abierta al ALCA en los términos en que lo impulsaba EE.UU., y ii) aprobar acuerdos bilaterales que incluyan condiciones y plazos de apertura comercial más “libres” que los de la OMC y más próximos a las condiciones del NAFTA.

Si los negociadores por ingenuidad política o por convicción ideológica consideraron que las negociaciones del CAFTA se referían básicamente a cuestiones técnicas del comercio, las inversiones y el derecho comercial; e ignoraron las cuestiones estratégicas que obviamente EE.UU. sí las tenía muy en cuenta, es claro que se estrechó aun más el margen de posibilidad de que los países centroamericanos obtuvieran provecho a largo plazo de esas negociaciones. Desde luego, para quienes piensen que los intereses de los EE.UU. y los de Centroamérica son básicamente idénticos, la simple anexión era la mejor estrategia.

El CAFTA liberaliza la importación de la mayoría de los productos agrícolas alimenticios, y lo hace a pesar de la enorme desventaja que representa para nuestros productores, en virtud del masivo subsidio que sus contrapartes estadounidenses reciben de su gobierno. Esto implica la segura desaparición de nuestra agricultura de producción de alimentos para el mercado nacional, la ruina, por lo tanto, de quienes la producen. Pero, además, nos hará definitivamente dependientes de la importación de alimentos, con todas las consecuencias que esto tendrá para la soberanía política de nuestra nación.

La liberalización económica impulsada por el TLC seguirá mermando los niveles actuales de empleo y la seguridad laboral en Centroamérica. Por otro lado, no existe en el Tratado un compromiso expreso de los países de ratificar los convenios internacionales a que se hace referencia en la Declaración de la OIT. Sin embargo, en otras áreas como en la propiedad intelectual sí se encuentra la obligación de ratificar los instrumentos jurídicos internacionales sobre esa materia.

El CAFTA va a tener severos impactos sociales y ambientales. Desde una perspectiva ecológica, los problemas con la política de comercio e inversión a los que hay que poner una crítica atención son los siguientes: a) No se consideran los costos ambientales y sociales. b) Se tiende a intensificar el uso de la energía sobre todo con combustibles fósiles. c) Se tiende a sobreexplotar los recursos naturales y a dañar la biodiversidad, erosionando la base de la actividad económica y social. Estas políticas intensifican la expropiación de recursos genéticos, la destrucción de ecosistemas naturales, la degradación ambiental en sectores agropecuarios y urbanos, la desregulación ambiental y la violación de los derechos humanos individuales y colectivos de las generaciones presentes y futuras.

El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), que da propiedad intelectual privada sobre la vida de las plantas y permite que las empresas se apropien de nuestros recursos; traerá como consecuencia que el sector campesino pase a ser

un mercado cautivo de las transnacionales, que podrán conseguir las patentes y así reproducir semillas que tendremos que comprar al precio que cobren, incluso con penas de cárcel para los agricultores que comercialicen o intercambien semillas sin el permiso de la empresa dueña de la patente.

En el CAFTA no se clarifica lo que ha de entenderse por ser vivo, ser vivo genéticamente modificado, materia viva y derivados genotípicos, dejando un gran espacio de libertad en cuanto a la interpretación que se le ha de dar a esos términos, lo que iría en conveniencia de las empresas transnacionales para patentar seres vivos. Así entonces, no hay forma de saber de previo qué se está protegiendo o, contrario sensu, qué se está desprotegiendo.

En los asuntos de interés general, como lo es el ambiente y los recursos generados por éste (agua, pureza del aire, biodiversidad), la prioridad la tiene el sentido comercial, y nunca la normativa protectora podrá ser antagónica o “dificultar” el tráfico comercial y la inversión. Lo principal en estos temas consiste en tener presente no lo que el tratado plantea, sino lo que no plantea; las ambigüedades y las incertezas de las afirmaciones, contradicciones y demás que se dan dentro del Tratado, son resultado de no haber puesto las cuestiones en claro, por lo que quedan a la interpretación. No se protege claramente la biodiversidad; no se evalúa el impacto en la salud; ni se proteger el patrimonio genético.

En los Capítulos de Propiedad Intelectual y Ambiente se generan obligaciones desiguales, pues mientras en propiedad intelectual se obliga al país a respetar acuerdos existentes (OMC) y a suscribir nuevos (UPOV), en lo que respecta al tema ambiental no se da ningún tipo de obligación, quedando por fuera convenios internacionales ambientalistas tan importantes como el de la Biodiversidad y el de Cambio Climático. Ello genera un claro favoritismo del comercio, en detrimento del ambiente, máxime en el caso de EE.UU., que es uno de los países más contaminantes y que no ha ratificado convenios internacionales como los mencionados en líneas anteriores. El TLC no impone algún tipo de obligación para adoptarlos.

En el capítulo 10, artículo 10.9 sobre los “Requisitos de Desempeño” prohíbe al Estado “*comprar, utilizar y otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio*”,⁷ o “*alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional*”.⁸ Quiere decir que el CAFTA prohíbe la acción del Estado para proteger y premiar los encadenamientos productivos y la producción nacional, y por lo tanto la destruye.

En el capítulo 3, que tiene que ver con la “Administración e Implementación de Contingentes Arancelarios”, dice: “*no asigne ninguna porción de una cuota a una asociación de la industria y organización no gubernamental, excepto que se disponga lo contrario en este tratado*”.⁹ En el capítulo 11 en lo relacionado al “Trato Nacional” dice: “*Cada parte otorgará a los proveedores de servicios de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios proveedores de*

⁷ Capítulo 10, Artículo 10.9, inciso c del CAFTA.

⁸ Capítulo 10, Artículo 10.9, inciso b del CAFTA.

⁹ Capítulo 3, Artículo 3.13.2, inciso c del CAFTA.

servicios”.¹⁰ El Estado se prohíbe a sí mismo favorecer o estimular al sector productivo nacional, pero sí le abre la puerta a las transnacionales.

El TLC no introduce ninguna mejora significativa en las condiciones de acceso al mercado estadounidense, en comparación con las existentes anterior al CAFTA (Iniciativa de la Cuenca del Caribe). En cambio, abre indiscriminadamente nuestro mercado nacional a las importaciones provenientes de ese país, incluso las de su agricultura altamente subsidiada. Tampoco propicia ninguna modificación que pueda favorecer la atracción de más inversión extranjera, ya que esto depende de aspectos como la estabilidad social y política, la calificación de la mano de obra y la disponibilidad de adecuada infraestructura. Por lo tanto, nada en el TLC permite creer que este vaya a generar en el corto plazo grandes cantidades de empleo. Como sus efectos en el mediano y largo plazos serán los de un ahondamiento de las desigualdades sociales, es muy posible que este Tratado contribuya a deteriorar aún más las condiciones de estabilidad social y deslegitimación del sistema político, lo que resulta un desestímulo para la inversión privada.

El CAFTA es la estocada final de las políticas de apertura que se han aplicado desde 1990 a favor de las grandes empresas agropecuarias transnacionales, que atentan abiertamente contra el derecho del país a producir sus alimentos (soberanía alimentaria) y de los consumidores a contar con los productos básicos (seguridad alimentaria). El TLC amenaza y atomiza la organización campesina, agudiza la tendencia de concentración de tierras en manos transnacionales, e impulsa una “agricultura sin campesinos”.

En el Capítulo 16 se estipula la creación de un Consejo de Asuntos Laborales para supervisar la implementación y el avance en los objetivos laborales del Tratado;¹¹ en caso de un conflicto por incumplimiento con la legislación laboral que afecte el comercio entre las partes, este debe ser resuelto por ese Consejo. Esto podría implicar que una parte importante de la actividad jurisdiccional en materia laboral (derecho procesal laboral) sería regulada al margen del Poder Judicial, lo que podría establecer un roce con nuestra Constitución Política. Por otro lado, el CAFTA no abre espacios para la participación de representantes de los trabajadores en los diversos organismos que se crean.

En el Capítulo Laboral, la posibilidad de entablar una demanda queda supeditada, en el artículo 16.6.7,¹² a que el incumplimiento de la normativa sea recurrente y a que afecte el comercio, ya que “*Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado*”.¹³

Para el CAFTA los “servicios de enseñanza” (nuevo nombre que se da a la educación), se transforman en un servicio comercial más, junto a otros servicios como los financieros, los transportes, los seguros o los servicios de construcción. En el CAFTA, tales “servicios de

¹⁰ Capítulo 11, Artículo 11.2.1 del CAFTA.

¹¹ Capítulo 16, Artículo 16.4.1 del CAFTA.

¹² “*Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo, salvo con respecto al Artículo 16.2.1(a)*”. Capítulo 16, Artículo 16.6.7 del CAFTA.

¹³ Capítulo 16, Artículo 16.2.1 (a) del CAFTA.

enseñanza” quedan comprendidos en el Capítulo 11. El Artículo 11.1, define cuáles servicios públicos quedan fuera del tratado: *“Este Capítulo no se aplica a los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales”*. Para acto seguido aclarar: *“Un servicio suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios”*.¹⁴

Obviamente, la educación pública no cumple este riguroso criterio de exclusión. La educación general básica cumple con la primera parte de la definición (que no se suministre en condiciones comerciales), pues se supone que es gratuita; pero no cumple con la segunda parte (que no exista competencia con uno o varios proveedores de servicios), ya que junto a los centros educativos públicos (jardines infantiles, escuelas y colegios), coexisten proveedores privados de “servicios de enseñanza”, a lo largo y ancho del país. La educación universitaria no cumple con ninguno de los dos criterios de la definición (ni es totalmente gratuita ni es suministrada exclusivamente por el Estado).

Los inversionistas extranjeros en el área de los “servicios de enseñanza” adquieren plenamente los derechos (privilegios) contemplados en los capítulos 10 y 11.¹⁵ Estos derechos adquieren rango supra legal, pues como se explicó antes, el Tratado tendría rango superior a las leyes nacionales. Lo anterior significa que, por ejemplo, el Estado no podrá imponer ninguna restricción de “acceso a mercados” a universidades extranjeras. Tampoco se les podrá imponer “requisitos de desempeño”, ni regulaciones sobre nombramiento de profesores o personal administrativo nacionales: todos podrían ser extranjeros y enseñar con los textos y métodos que consideren convenientes o ventajosos.

En materia de Agricultura (Sección F),¹⁶ los principales problemas que se pueden señalar son:

- Dadas las enormes asimetrías en subsidios, servicios gubernamentales de apoyo y productividad, los plazos establecidos para la desgravación de productos centroamericanos en competencia o con sustitutos cercanos son insuficientes. Debieron negociarse otras exclusiones que protejan a los pequeños productores locales.
- Las salvaguardias agrícolas dejarán de aplicarse cuando termine el período de protección arancelaria.
- Los apoyos directos a la producción (subsidios) quedaron fuera de la negociación, favoreciendo claramente el interés de los EE.UU. y sin ningún tipo de compensación a cambio.
- Eventuales problemas de triangulación de productos entre los países centroamericanos, dada la insuficiente armonización arancelaria a la fecha.
- Se ve amenazada la posibilidad de establecer una política de soberanía alimentaria, si el país decidiera su conveniencia, con el consiguiente efecto destructivo sobre la agricultura de pequeños productores y la vida rural.

¹⁴ Capítulo 11, Artículo 11.1, inciso 6 sobre el tema del “Ámbito de Aplicación” del CAFTA.

¹⁵ Acceso a Mercados, Trato Nacional, Requisitos de Desempeño, etcétera.

¹⁶ Capítulo 3, Artículos 3.13 al 3.19 del CAFTA.

En lo referente a los procedimientos y reglas de origen, nos preguntamos: ¿Propician estas normas de origen el desarrollo de encadenamientos productivos con alto valor agregado nacional, o más bien lo debilitan? Consideramos que estas normas lo que pretenden es consolidar el papel de las economías centroamericanas como economías maquiladoras, estrategia a la que los gobiernos centroamericanos neoliberales se acoplaron plenamente y sin crítica alguna.

En cuanto a las medidas sanitarias y fitosanitarias, una vez más no se contempla el principio de *trato especial y diferenciado*, más allá de lo establecido en el Acuerdo sobre MSF de la OMC. Aunque según lo negociado en el Capítulo 3 en materia agrícola, el acceso al mercado estadounidense puede hacerse de manera inmediata en muchos rubros, los estrictos controles de sanidad y calidad usualmente exigida y recientemente endurecida (Ley contra el bioterrorismo), son una limitante fundamental para las exportaciones centroamericanas.

Los umbrales establecidos para acceder a un trato nacional en los EE.UU. son inalcanzables para la inmensa mayoría de las pequeñas y medianas empresas (PYMES). No se negoció un verdadero trato especial y diferenciado en esta materia a favor de Centroamérica, tal como sería lo adecuado, dados los enormes desniveles de desarrollo entre ambas regiones. Lo único que EE.UU. aceptó fue conceder umbrales más altos para Centroamérica durante los primeros tres años. Tales asimetrías continuarán luego de ese período.

En cuanto al Comercio Transfronterizo de Servicios, Centroamérica accedió a que la mayoría de los servicios se liberalice mediante la metodología de “lista negativa”, lo cual abarca no sólo a los servicios actuales sino incluso a los futuros, es decir, aquellos que actualmente no se suministran en mercado alguno. De paso, muchos de estos servicios pasan a considerarse mercancías, y ya no derechos.

La apertura negociada (Acceso a Mercados) prohíbe limitaciones en cuanto al número de proveedores, el valor total de los activos y las formas jurídicas que adquieran las empresas. Se trata de un duro golpe para las empresas cooperativas u otras de economía solidaria, las cuales no podrán recibir ningún trato especial del Estado, a menos que sean catalogadas como pequeñas y medianas empresas (PYMES).

Algunos de los problemas que plantea el TLC en el tema ambiental son los siguientes: Se restringe sensiblemente la capacidad regulatoria del Estado en la protección del ambiente. Cualquiera medida de protección al ambiente y la salud queda sujeta a la condición de que no resulte “restrictiva” para el comercio cosa que, evidentemente, limita seriamente la capacidad de regulación por parte de los gobiernos.¹⁷

En el anexo al capítulo ambiental leemos que entre las prioridades de cooperación ambiental se encuentra el “desarrollo y promoción de bienes y servicios ambientales beneficiosos.”¹⁸ Sin embargo no hay ninguna definición acerca de lo que deba entenderse por bienes y servicios ambientales. Si este asunto es colocado en el contexto de las

¹⁷ Capítulo 11, Artículo 11.8.3 del CAFTA sobre la “Reglamentación Nacional”.

¹⁸ Capítulo 17, Anexo 17.9 del CAFTA sobre “Cooperación Ambiental”, Artículo 3, inciso (h).

negociaciones en el seno del GATS sí se le encontrará sentido pleno a esa prioridad así formulada. En realidad, “promoción y desarrollo” de tales servicios atiende más bien a la privatización a mediano plazo del suministro de agua y otros “servicios ambientales”.

La liberalización y apertura negociada abarca sectores cruciales para un desarrollo nacional sostenible, como lo es el campo de la bioprospección (la biodiversidad pasa a ser un servicio más que se ofrece en el mercado, con ínfimas limitaciones), a lo que habría que sumar las concesiones hechas en este campo en el Capítulo de Inversión. Los servicios públicos que fueron expresamente excluidos son los “servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales”, como el cobro de impuestos o la emisión de moneda, pero esto no excluye servicios públicos como la educación, la salud o la seguridad ciudadana. Ninguna concesión fue hecha por los EE.UU. en el tema migratorio; ni siquiera, como sí ocurre en los TLC con Chile y Singapur, en el sector de ejecutivos y profesionales.

El CAFTA dice claramente que el agua es una mercancía. Por eso con el CAFTA sería muy fácil privatizarla. Privatizarla quiere decir que en lugar de que sea el Estado quien nos venda el agua a precios justos, serían empresas privadas extranjeras las que harían el negocio y además se llevarían las ganancias fuera del país. Y según el Capítulo 10 del TLC cualquier funcionario les puede entregar los acuíferos a las empresas extranjeras. Y una vez entregados nadie se los podrá quitar, ni siquiera limitar, porque el TLC está por encima de todas las leyes y en muchos casos hasta por encima de la Constitución.

El CAFTA no garantiza, per se, ningún crecimiento del empleo. Un aspecto que llama poderosamente la atención por parte de los defensores del CAFTA es que sólo se refieren a los empleos que supuestamente se crearían con las inversiones que se instalen en Nicaragua debido al TLC, pero no mencionan los empleos que de seguro se perderán en los sectores económicos orientados al mercado interno y a la región centroamericana. Pérdida que se dará por dos razones básicas: a) Las pequeñas y medianas empresas y las exportadoras a la región centroamericana son las mayores “generadoras de empleo” (más del 80 por ciento del empleo privado). En vista de la liberación arancelaria contenida en el TLC, dichas empresas tendrán que “competir” supuestamente de “igual a igual” con las empresas estadounidenses que tienen ventajas indudables, no solo por las economías de escala debidas a su volumen, sino por su mayor tecnificación comparativa y las protecciones estatales de que gozan. A esto habría que agregar los privilegios derivados del propio TLC. b) En relación con la protección y privilegios estatales de parte de los EE.UU. resaltan las empresas del “agrobusiness” que reciben millonarios subsidios de los cuales carecen prácticamente en forma absoluta los agricultores centroamericanos.

En el ámbito de las inversiones, EE.UU. logra garantías para sus empresas en caso de venir a invertir aquí, Nicaragua pone a las empresas locales en igualdad de condiciones frente a las externas, lo que significa “competir o morir” asumiendo esto como un proceso de “selección natural”. Las pequeñas y medianas empresas no tienen las herramientas de competitividad que necesitan para enfrentar el libre comercio planeado por el CAFTA. Al ratificar el TLC, en las actuales circunstancias, es condenarlas a una segura desaparición, con el deterioro en las condiciones de vida y en la disminución del empleo que esto conlleva. Por ejemplo, las pequeñas empresas que producen ropa para el mercado interno no tienen el nivel tecnológico ni el acceso a materiales que les podría permitir competir con

la ropa proveniente de EE.UU., de manera que su sobrevivencia se pone en peligro con la entrada libre de la ropa norteamericana.

El enfoque de “listas negativas”, consiste en que las Partes asumen las obligaciones del Capítulo 11 y del Capítulo 10, son aplicables a todas las actividades que califiquen como servicios o inversiones, independientemente de si son mencionados o no en el Tratado, con la única excepción de aquellas que explícitamente se encuentren en las listas anexas y únicamente para las obligaciones sobre las que se diga, también de forma explícita, que no son aplicables.¹⁹ Es decir, si una medida relativa no está contenida allí, se asume que debe cumplir con las obligaciones de apertura y desregulación que el TLC impone.²⁰

¿Cuáles serán los beneficios que la micro, pequeña y mediana empresa obtendrán con el CAFTA?, si partimos de los antecedentes que muestran cómo la gran empresa nacional -supuestamente el sector más competitivo de la economía nicaragüense- deben acudir al auxilio del Estado para que les proteja de la competencia internacional. A la luz de la experiencia mexicana, el TLCAN o NAFTA conllevó a la quiebra de ramas enteras de este sector y a la extinción de muchas unidades de producción que no fueron capaces de enfrentar la competencia generada por la invasión de productos extranjeros. ¿Qué hace pensar que la situación en Centroamérica pueda ser distinta?, sobre todo si tomamos en cuenta la desarticulación productiva y los bajos niveles de competitividad de las empresas centroamericanas en general, y de este sector en particular.

Las posibles inconstitucionalidades que tiene el CAFTA son: la afectación del derecho a la propiedad, mediante lo que se conoce como expropiaciones indirectas, así como una posible violación a la soberanía nacional, al obligar al Estado a ir a arbitrajes internacionales.²¹

- En Nicaragua, la expropiación de terrenos o bienes, previa indemnización, es exclusiva del Estado y se limita a ciertas restricciones a la propiedad privada en razón de intereses sociales o colectivos; es decir, debe tener un interés público, como una carretera o un aeropuerto. Sin embargo, el TLC agrega a la legislación los conceptos de expropiación indirecta y medidas equivalentes a la expropiación. Por ejemplo, la expropiación indirecta se dará cuando una empresa extranjera solicite al proveedor dominante del servicio (el Estado) para que practique las respectivas diligencias de expropiación a un particular, el cual por su ubicación, situación o medida, represente para el inversionista una propiedad estratégica para la mejor prestación del servicio privado que implementará en nuestro país. En la vía contraria, cuando el Estado debe realizar una expropiación con base en intereses públicos, podría ser acusado de confiscación por las empresas extranjeras en el marco del TLC.

¹⁹ Capítulo 10, Artículos 10.13 y Capítulo 11, Artículo 11.6 del CAFTA.

²⁰ José María Villalta Flórez-Estrada, **El Tratado de Libre Comercio: Un golpe de gracia al estado social de derecho. El caso del Capítulo 10 “Inversión” y del Capítulo 11 “Comercio Transfronterizo de Servicios”**, en el libro titulado: Tratado de Libre Comercio. Estados Unidos- Centroamérica –República Dominicana. Estrategia de Tierra Arrasada. San José, Costa Rica, EUNED, 2005, p. 170.

²¹ Henry Mora Jiménez, **25 Preguntas y respuestas sobre el TLC**, Frente Nacional de Apoyo a la Lucha contra el TLC, San José, Costa Rica, s/f, 94 páginas.

- Otra inconstitucionalidad es aquella que obliga al Estado a ir a un arbitraje internacional en caso de que sea demandado por un inversionista, sin derecho a pasar primero por los tribunales nacionales. Esta obligación podría ser violatoria a los principios de soberanía nacional y justicia. La regulación del arbitraje, como medio de solución alterna de conflictos dentro del CAFTA, constituye uno de los contenidos de dicho instrumento comercial que vulnera derechos fundamentales de los habitantes y violenta la Constitución Política. Como derecho fundamental e instrumento de acceso a la justicia, las partes tienen dentro del arbitraje la libertad de escoger la vía por la cual resuelven sus conflictos, no pudiendo existir ley o acto del Estado que deniegue, restrinja u obligue la posibilidad de ejercitar esta vía de solución de controversias. Sin embargo, el TLC sí establece esta obligación para el Estado, con lo cual se desnaturaliza el instituto del arbitraje, en el tanto faculta al inversionista a acudir al proceso arbitral y someter de manera obligatoria y genérica al Estado a dicho proceso, violentándose la potestad soberana del Estado para decidir si acude o no y qué asuntos someterá al proceso arbitral que propone el inversionista de una parte. En el CAFTA se incluyó un inciso en el que se acepta un mecanismo de arbitraje obligatorio para el Estado, el cual se verá forzado a cumplir en la eventualidad de que surjan controversias con los inversionistas cada vez que éstos lo soliciten. Por otro lado, el TLC condiciona que el demandante puede someter al Estado a un arbitraje y el Estado no puede decir que no, porque ya dijo que sí. Sin embargo, en temas que afecten intereses sociales o difusos, como son los temas ambientales, se restringe la posibilidad que tiene los interesados de presentarse como coadyuvantes o interesados legítimos en un conflicto por materia ambiental en un arbitraje, pues en el TLC solo se ven como partes legítimas el inversionista y el Estado. A los terceros interesados no se les toma como parte del proceso.
- La violación a la soberanía por un órgano supranacional, como lo es la Comisión de Libre Comercio que está integrada por los ministros de comercio de las partes signatarias del TLC y tiene la potestad de resolver controversias, modificar la materia de contratación pública (lo cual ya implica una vulneración a la decisión gubernamental de contratar) y dictar las interpretaciones necesarias al texto del tratado.
- La definición de legislación ambiental planteada en el tratado deja por fuera temas cruciales como: la conservación y uso del agua, la protección y aprovechamiento del suelo y la administración de los recursos energéticos, entre otros, debilitando la garantía constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
- La negociación por medio del mecanismo de listas negativas, genera una desigualdad irrazonable y desproporcionada, en el tanto Nicaragua no incluyó una reserva en el Anexo II que le permitiera mantener o adoptar cualquier medida en materia de acceso a mercados (Artículo 11.4), situación que sí fue reservada por EE.UU.; con lo cual, dicha parte no está obligada a aplicar lo negociado en el capítulo de comercio.
- Mediante el mecanismo de listas negativas (incluye todo menos lo que se especifique en esas listas) modificó, violentándose el principio constitucional de razonabilidad, la estructura de negociación que repetidamente Nicaragua ha utilizado en la OMC. Las listas negativas lesionan de forma directa el derecho

fundamental a la seguridad jurídica, ya que con dicho mecanismo no se logra establecer con certeza la aplicabilidad y la determinación de los servicios e inversiones que serán liberalizados ante el comercio internacional, situación que, al no estar definida, es sujeto de controversia.

- El capítulo de solución de controversias es inconstitucional. Los intereses y bienes públicos sometidos al Derecho Público, no pueden quedar sometidos a paneles de arbitraje; figura aplicable en el Derecho Mercantil pero absolutamente inaceptable cuando se trate de tales intereses y bienes tutelados constitucionalmente.
- El Capítulo 15, es inconstitucional porque al otorgar privilegios indebidos, contrarios incluso a los límites que la propia ley de EE.UU., le puso a sus negociadores frente a las contrapartes, pondrá al Sistema de Salud nicaragüense a mediano plazo, en imposibilidad de satisfacer por razones económicas el derecho constitucional a la salud.
- El Capítulo 9, es inconstitucional, pues favorece la contratación directa afectando así la licitación pública, y también se omiten las potestades de la Contraloría General de República a ejercer fiscalización en esta materia.
- La inconstitucionalidad del Capítulo 17 es por sobreponer la esfera comercial sobre la legislación ambiental, limitar la autonomía municipal y la legitimación para impugna y dirimir los conflictos ambientales.
- El capítulo 16 es inconstitucional en cuanto a la definición de legislación laboral. Es limitante y restrictivo, porque identifica solo regulaciones que estén directamente relacionadas con la asociación, organización y negociación colectiva; prohibición de las peores formas de trabajo forzoso, obligatorio y de trabajo infantil, y condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

En el derecho interno de los EE.UU., los “Congress Executive Agreements” no son “treaties” o tratados de plena fuerza legal aprobados por dos tercios del Senado (artículos. 2 y 6 de su Constitución), sino acuerdos condicionados, disminuidos y aprobados por mayoría simple del Congreso. Ello implica que en estos pueden establecerse condiciones, como es el caso del “Implementation Bill” (HR-3045), o ley mediante la cual el Congreso estadounidense aprobó el CAFTA-DR. En efecto, el Congreso fijó múltiples condiciones, empezando por el condicionamiento a toda la legislación interna norteamericana, salvo la permitida por aquella ley. En igual forma rigen los “agreements” o acuerdos en el ámbito externo, los cuales, por su naturaleza, nacen, se ofrecen y son aceptados por sus contrapartes como pactos condicionados.²²

El CAFTA, es la culminación del proceso neoliberal para nuestras naciones centroamericanas, no traerá más que una mayor inequidad para sus habitantes: un puñado de millonarios con más poder todavía y algunas nuevas transnacionales o las ya existentes con mayor presencia en el mercado y en el otro extremo, un pueblo aun más empobrecido.

Managua / Nicaragua - Washington / Estados Unidos, julio 2007.

²² Alvar Antillón, Elías Soley Soler, Rafael González Ballar, Manrique Jiménez, Jaime Ordóñez, Juan José Sobrado, **Por un TLC a Derecho**, *Costa Rica Solidaria*, 6 de febrero de 2007.