

Crucitas y el arbitraje internacional. La verdadera amenaza a la seguridad jurídica de Costa Rica

JOSÉ MARÍA VILLALTA

Finalmente el Tribunal Contencioso Administrativo dictó sentencia en el juicio presentado por organizaciones ambientalistas contra el proyecto de minería metálica a cielo abierto Crucitas, que la trasnacional canadiense Infinito Gold pretendía construir en Cutris de San Carlos (resolución N° 4399-2010 de las 10:40 horas del 14 de diciembre de 2010). El fallo es contundente. Se derogó el decreto de “convergüenza” nacional que autorizaba la destrucción de más de 200 hectáreas de bosque, fuentes de agua, flora y fauna en peligro de extinción incluidas. Se revocaron la concesión de explotación y todos los permisos de la trasnacional y se anuló la viabilidad ambiental dictada ilegalmente por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (Setena). Además, se condenó a la empresa a reparar los daños ambientales causados a la riqueza natural de la zona norte y el Tribunal ordenó abrir una investigación penal contra los jerarcas que aprobaron este proyecto en clara violación a las leyes del país.

Sin duda se trata de un triunfo importantísimo del movimiento popular costarricense. Un éxito del movimiento ecologista que tiene casi 20 años de luchar contra la minería en la zona norte; de las comunidades que han resistido dignamente las amenazas y el chantaje; de miles de personas que marcharon, caminaron, ayunaron y se manifestaron.

Sin embargo, la lucha contra este proyecto minero devastador aun no ha terminado. La trasnacional canadiense ha anunciado su intención de demandar a Costa Rica ante un tribunal arbitral internacional de carácter privado administrado por el centro de arbitrajes del Banco Mundial -Ciadi-. Este reclamo se basaría en las reglas del Tratado Bilateral de Inversiones (Acuerdo de Inversiones) suscrito entre Costa Rica y Canadá -ley 7870 de 1999-, que fue incorporado íntegramente al TLC firmado con ese país dos años después -ley 8300 de 2002-.

De seguido analizaremos las principales implicaciones de esta demanda, tanto para el caso concreto de la mina Crucitas como para situaciones futuras.

¿Arbitrajes o chantajes? Mediante el régimen de solución de controversias “Inversionista-Estado” incluido cada vez con más frecuencia en tratados de “libre comercio” (TLC) se otorga a inversionistas extranjeros el privilegio de cuestionar ante tribunales arbitrales de naturaleza privada decisiones de las autoridades nacionales, cuando consideren que afectan sus inversiones en el país. Sobre esa base, se permite que sean sustraídas de la esfera de competencia de las autoridades nacionales -administrativas y judiciales- discusiones de marcado interés público que atañen directamente a la población en su conjunto, trasladándolas a tribunales privados que no tienen ninguna garantía de transparencia y que, incluso, ni siquiera tienen el deber de sesionar en el territorio nacional.

De hecho, en el pasado reciente la trasnacional canadiense interesada en construir el proyecto minero Crucitas ya ha utilizado en dos ocasiones este mecanismo de arbitraje contra Costa Rica. En ambas, más que para buscar un laudo favorable, dicho arbitraje fue utilizado como un instrumento de chantaje, para torcerles el brazo a las autoridades costarricenses a fin de que emitieran resoluciones favorables a la trasnacional minera, incluyendo la viabilidad ambiental que acaba de ser declarada ilegal.

No es de extrañar que la corporación minera nuevamente intente trasladar el caso de la mina Crucitas a un arbitraje internacional ante el Ciadi. Se trata de una forma de privatización de la justicia, diseñada “a la medida” de los intereses de los inversionistas extranjeros, donde se les otorga una gran cantidad de privilegios que no podrían obtener en la jurisdicción de ningún país.

Veamos lo que pasaría si el caso de la mina Crucitas es llevado a un arbitraje en el Ciadi.

Arbitraje obligatorio. El TLC con Canadá establece un sistema de arbitraje forzoso, según el cual Costa Rica queda obligada a aceptar que se someta a arbitraje internacional cualquier diferencia que presenten los inversionistas canadienses. No importa que se trate de temas sensibles que afectan el interés público, como evidentemente ocurre con la explota-

ción de una mina metálica a cielo abierto que puede ocasionar graves daños al ambiente. Al país se le impide hacer una valoración del caso concreto para determinar si conviene al interés público acudir a esta vía, como ocurrió, por ejemplo, en el caso de la petrolera Harken.

Juez y parte: *árbitros parcializados*. De llevarse el caso Crucitas a un arbitraje internacional con base en el TLC con Canadá los “árbitros” que resolverán la diferencia serán nombrados con base en las reglas del Convenio del Ciadi. Este convenio establece que si no hay acuerdo entre el Estado costarricense y la empresa trasnacional sobre la cantidad de árbitros y sus nombres, se designará un tribunal integrado por tres personas: una nombrada por Costa Rica, otra nombrada por la empresa trasnacional Infinito Gold y la tercera nombrada por el presidente del Ciadi, que es el presidente del Banco Mundial. Es decir, el tercer árbitro, quien decidirá la controversia -las votaciones son por mayoría, se ganan 2 a 1-, será nombrado por Robert Zoellick, negociador por Estados Unidos del TLC con Centroamérica.

Estos árbitros no tienen que conocer la legislación ambiental de Costa Rica -solo uno puede ser costarricense-, ni tienen la independencia de los funcionarios del Poder Judicial. De hecho, en estos arbitrajes no existen regulaciones adecuadas sobre conflictos de intereses. Por el contrario, suelen ser abogados corporativos, expertos en derecho comercial y protección de los intereses de los inversionistas, que un día representan a empresas trasnacionales y al día siguiente pasan a ser “jueces” en este tipo de procesos.

Llevar el caso lo más lejos posible de la gente directamente afectada. Este es otro de los objetivos que buscaría Infinito Gold al trasladar el caso Crucitas a un arbitraje del Ciadi.

De acuerdo con el Convenio del Ciadi, el arbitraje se realiza en la sede del Ciadi, la cual actualmente se encuentra ubicada en Washington D. C. Lo anterior salvo que las partes acuerden otro lugar y este acuerdo sea avalado por el tribunal y el Ciadi. De manera que basta con que la trasnacional minera Infinito Gold se oponga a que el arbitraje se realice en territorio de Costa Rica, para que existan altísimas probabilidades de que el caso sea trasladado a Estados Unidos, o bien adonde decidan los jefes del Banco Mundial.

Así las cosas, la asistencia del público a las audiencias en un arbitraje sobre Crucitas solo sería posible para aquellas personas que puedan pagar los costos del traslado en avión hasta las lejanas sedes de los tribunales, así como los gastos de hospedaje, alimentación, etc., y que hablen inglés o tengan los medios para pagar un servicio de traducción. Es decir, las personas y organizaciones sociales que presentaron

las demandas por la destrucción ambiental de la mina Crucitas, así como los habitantes de las comunidades de la zona norte que resultarían directamente afectados por la explotación minera y el resto de los habitantes del país que tenemos un derecho constitucional a participar en asuntos donde se afecte el ambiente y que sufriríamos las consecuencias negativas si los abogados corporativos del Banco Mundial deciden condenar a Costa Rica a pagar indemnizaciones millonarias, quedaríamos prácticamente excluidos de este proceso.

Esto último fue precisamente lo que ocurrió en el caso del TLC de América del Norte (TLCAN) Metalclad contra México. El tribunal fijó la sede del arbitraje en Vancouver, Canadá, es decir, a miles de kilómetros de distancia del municipio mexicano de Guadalcázar, San Luis de Potosí, donde se desató la controversia. La consecuencia inmediata de dicha medida fue la exclusión automática en el proceso de la gran mayoría de la población del citado municipio. La mayor parte de los habitantes de Guadalcázar, los que al fin de cuentas resultarían lesionados por la eventual contaminación de las aguas y de los suelos que el vertedero de desechos tóxicos podría producir, difícilmente habrían contado con los medios necesarios para trasladarse hasta la sede fijada por el tribunal, a fin de hacer valer su derecho de asistir a las audiencias, aun cuando les hubiera sido concedido este derecho.

Sin derecho de participación. En el proceso contencioso administrativo, donde se determinó la ilegalidad de la concesión minera del proyecto Crucitas, la población costarricense tuvo amplias posibilidades de participación, conforme con lo establecido en el artículo N° 50 de la *Constitución Política*.

En caso de realizarse un arbitraje ante el Ciadi, las partes son los Estados demandados y los inversionistas demandantes. La gente afectada por la mina no tiene opción alguna de ser tenida como parte o al menos como coadyuvante en el proceso, como sí establece nuestra legislación. Las personas que sufrirían las consecuencias de la explotación minera no tendrían derecho a ser oídas en el arbitraje, exponer pruebas, realizar preguntas o al menos recurrir las resoluciones del tribunal. Sencillamente, en estos arbitrajes corporativos la gente afectada en asuntos de interés público está pintada en la pared.

Ni siquiera tendrían oportunidad de participar las organizaciones ecologistas que presentaron las demandas contra Industrias Infinito ante el Tribunal Contencioso y que son parte directamente interesada en cualquier cosa que se resuelva en relación con la sentencia de dicho Tribunal. Las reglas de estos juicios privatizados al servicio de las trasnacionales no lo permiten.

El pueblo de Costa Rica en total indefensión. Se ha cuestionado la actuación de la Procuraduría General de la República en el juicio Crucitas, donde, en vez de defender el interés nacional, realizó una labor parcializada a favor de los intereses de la empresa minera. En caso de un arbitraje en el Ciadi, será mucho peor. La representación de los intereses de Costa Rica sería ejercida por el Ministerio de Comercio Exterior (Comex).

Es decir, la defensa de los intereses del pueblo costarricense que se ha opuesto a los daños ambientales de la minería metálica a cielo abierto quedaría en manos de funcionarios que se han dedicado en los últimos años a negociar tratados comerciales abusivos para el Estado costarricense; a defender y promover los intereses de inversionistas extranjeros, aun en perjuicio del interés público.

Sobre el derecho aplicable. Los privilegios para los inversionistas están por encima de la legislación ambiental del país. Si el caso Crucitas se lleva a un arbitraje ante el Ciadi, no será con base en las normas y principios de la legislación ambiental de Costa Rica. Será para discutir si, con la resolución de este caso en el derecho interno nacional, el Estado costarricense ha violado los derechos y beneficios que el TLC con Canadá les otorga a los inversionistas extranjeros.

Este tratado dice que los tribunales arbitrales deben resolver las diferencias aplicando en primer lugar

las normas del TLC y el Acuerdo de Inversiones. De manera que, si surge una contradicción o una discrepancia entre las normas y principios del ordenamiento jurídico costarricense y las normas del TLC con Canadá sobre los derechos de los inversionistas extranjeros, prevalecerán estas últimas.

Por supuesto que aquí lleva todas las de perder la legislación ambiental costarricense. No importaría que el Tribunal Contencioso haya aplicado correctamente el principio precautorio de la legislación ambiental de Costa Rica. Si el tribunal arbitral determina que este principio no es compatible con la obligación de dar un “trato justo y equitativo y protección total” a la transnacional minera canadiense, entonces podrá desconocer dicho principio y hacer prevalecer las normas del TLC. Tampoco interesaría que de acuerdo con la legislación costarricense la anulación de una concesión minera obtenida ilegalmente nunca pueda constituir una expropiación, si para el tribunal arbitral esa legislación resulta incompatible con la cláusula de “expropiación indirecta” del TLC.

Algunos defensores de las industrias “sucias” han dicho que la sentencia de Crucitas afecta la “seguridad jurídica” del país. Por eso -dicen- serían necesarios los arbitrajes internacionales. Pero la verdad es que no hay peor amenaza a nuestra seguridad jurídica y ambiental que estos arbitrajes donde el pueblo de Costa Rica tendría mucho que perder y nada que ganar.



Gino Biamonte