



Página 6

Edición 2 – Otoño 2007

En este Ejemplar	1
Promoviendo la causa de la intervención parlamentaria en los AII	2
Noticias en Breve Juicio de Mineros por regulaciones de California podría ser la coyuntura crítica del TLCAN	2
Noticias en Breve Tribunal designado para conducir caso contra Sudáfrica	3
Si, Estamos abiertos a la Inversión Extranjera, Pero no a costas de la Soberanía Estatal	4
Noticias en Breve ONGs siguen presionando por mayor transparencia cuando se utiliza el reglamento de arbitraje de la ONU	4
EN SUS PROPIAS PALABRAS: Legisladores Estatales y Locales de EUA hablan sobre los AII...	5
Bolivia se retiraría del Centro de Arbitraje de Inversiones del Banco Mundial	6
¿Los AII resistirán el escrutinio constitucional?	7
P&R	7

Reacciones, comentarios o preguntas: insighter@iisd.ca

iisd International Institute for Sustainable Development / Institut international du développement durable

<http://www.iisd.org/investment>

Informe AII

Guía para Parlamentarios sobre los acuerdos internacionales de inversión y sus implicancias en la creación de políticas internas

En este Ejemplar

Si se los deja desatendidos, la más mínima rasgadura puede convertirse en un enorme agujero, requiriendo una reparación de tiempo intensivo.

Similarmente, en las relaciones internacionales, la falta de atención a los compromisos legales asumidos por los gobiernos más adelante puede tener ramificaciones de amplio alcance.

Los tratados económicos que contienen lagunas que pueden ser fácilmente pasadas por alto tienen el potencial de hacer trizas políticas públicas muy delicadas o regulaciones de interés público.

Tal como deja en claro nuestra historia documental de la página dos, los acuerdos internacionales de inversión (AIIs) que albergan repercusiones demasiado generales de políticas públicas a todo nivel del gobierno (local, estatal y nacional) están siendo celebrados con mínimo escrutinio o supervisión parlamentaria.

Muy frecuentemente, se asumen compromisos vinculantes de derecho internacional, y solo un grupo reducido de funcionarios técnicos consideran las implicancias de políticas más amplias de tales iniciativas.

“Si bien resultan útiles para proteger a los inversores extranjeros frente a un trato abusivo y atroz por parte de sus gobiernos anfitriones, estos AII pueden sobrepasarse...”

“Si bien resultan útiles para proteger a los inversores extranjeros frente a un trato abusivo y atroz por parte de sus gobiernos anfitriones, estos AII pueden sobrepasarse...”

En un número de artículos en esta última edición de *IIA Insider* se brindan actualizaciones sobre diferencias de inversión extranjera en curso con amplias implicancias de políticas públicas. Un juicio iniciado por compañías mineras extranjeras contra la República de Sudáfrica involucra una recusación de políticas que otorgan

preferencias sociales y económicas a personas históricamente desfavorecidas. Otro juicio presentado por un inversor extranjero contra Estados Unidos enfrenta los intereses de una compañía minera canadiense con las medidas del gobierno de California destinadas a preservar la integridad espiritual y ambiental de las tierras nativo-americanas tradicionales.

Por supuesto, no todos estos juicios entre inversor-estado son conducidos — o incluso iniciados — ante la mirada pública.

Por eso, dos organizaciones no gubernamentales han puesto en marcha varias iniciativas para reformar el reglamento de arbitraje de las Naciones Unidas, que permiten a las corporaciones extranjeras lanzar juicios confidenciales en contra de los gobiernos.

Mientras tanto, los funcionarios electos están prestando mayor atención a los tratados firmados a un nivel de gobierno-a-gobierno, como para garantizar un adecuado balance entre los intereses de los inversores extranjeros y el interés público. En nuestra columna de opinión de escritores invitados (véase página cuatro), dos políticos estatales estadounidenses subrayan la necesidad de que los funcionarios electos dirijan una mirada atenta a los AII (así como a los tratados comerciales que contienen protecciones de la inversión extranjera).

Por supuesto, habiendo más de 2.500 AII ya celebrados, el público recién se está dando cuenta del impacto de tales acuerdos *después* de que ya han entrado en vigor. Quizás no resulte sorprendente que algunos cuestionen la constitucionalidad de tales tratados — particularmente en cuanto a las extensivas protecciones legales que se ofrece a los inversores extranjeros y a los especiales procesos de arbitraje internacional que giran en torno a los tribunales internos. En nuestro artículo de P & R, destacamos los esfuerzos de un activista canadiense que está trabajando con diferentes aliados para garantizar que los intereses básicos de derechos humanos no sean sacrificados en el altar de la promoción y protección de la inversión extranjera.

Promoviendo la causa de la intervención parlamentaria en los AIs

Los acuerdos internacionales de inversión pueden tener un amplio impacto

No es común que los acuerdos internacionales de inversión atraigan la imaginación del público.

Pero estos acuerdos, a menudo oscuros, tomaron un rol central durante un corto tiempo a fines de la década de 1990 cuando la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos puso la mira en la negociación del Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI).

Este acuerdo atrajo amplia oposición de ciudadanos y organizaciones no gubernamentales (ONGs) interesados. También captó una inusual cantidad de atención de parlamentarios y funcionarios electos.

Francia, Australia, el Reino Unido y Canadá condujeron intensivas investigaciones legislativas y audiencias públicas sobre el AMI. Inclusive los gobiernos sub-nacionales dedicaron un amplio debate a este Acuerdo. En la provincia canadiense de British Columbia, se celebraron extensas audiencias sobre el AMI y sus potenciales implicancias internas.

El Comité Especial de B.C. sobre el AMI concluyó que era “esencialmente defectuoso y debería ser descartado a favor de un nuevo enfoque a las negociaciones internacionales futuras...”. Legisladores del gobierno nacional, más notablemente de Francia, llegaron a una conclusión igualmente condenatoria, llevando finalmente a la desaparición de este tipo de Acuerdo.

Los comités legislativos temían el hecho de que el AMI permitiese a los inversores extranjeros demandar a los gobiernos por daños financieros cuando alguna acción gubernamental tuviera un impacto negativo sobre su empresa.

Pero cuando los legisladores de B.C. examinaron el AMI propuesto, también se dieron cuenta de que alrededor de 20 tratados bilaterales de inversión (TBIs) habían sido celebrados por Canadá, sin “ningún tipo de escrutinio o debate público significativo”. De hecho, mientras los parlamentarios de diferentes partes del mundo descartaban el AMI, miles de TBIs,

muchos reflejando la propuesta de un trato multilateral, estaban siendo firmados con muy poco ruido o escrutinio público.

El ex Fiscal General de Pakistán, Makhdoom Ali Khan, ha llamado estos tratados bilaterales de inversión (TBIs) como acuerdos “*photo-op*”, es decir, que son utilizados por los políticos como una oportunidad para mostrarse ante el público. Disertando en una conferencia de arbitraje recientemente celebrada en Washington señaló: “Cuando alguien va a visitar un lugar debe firmarse un documento “sin importancia” ... hasta hace muy poco (un TBI) era considerado como un documento (sin importancia) como tal”.

Pero a medida que los gobiernos se han visto atacados por juicios en virtud de los TBIs por acciones que varían desde legislación impositiva a normas ambientales, la ilusión de que estos tratados son simbólicos, en vez de instrumentos legales de peso, se ha desvanecido.

Los tratados bilaterales de inversión garantizan a los inversores extranjeros ciertas normas de trato, tales como la promesa de que serán tratados justa y equitativamente, una norma que es inherentemente ambigua y que ha sido interpretada de diferentes maneras por varios tribunales. Y a diferencia de los inversores locales, que deben utilizar tribunales locales para recusar las acciones de los gobiernos, a menudo los TBIs disponen el arbitraje internacional para la resolución de diferencias. Si bien la protección de las inversiones extranjeras puede ser un objetivo importante, estos tratados han generado gran preocupación porque le dan funciones de adjudicación a tribunales arbitrales que son inimputables para los ciudadanos.

“De muchas maneras, el inversor extranjero está buscando una revisión arbitral internacional de las diferentes clases de conducta gubernamental sobre temas importantes de políticas públicas — temas que, hasta hace poco tiempo, eran inmunes de todo escrutinio no-interno”, dijo el anterior Fiscal General de Pakistán Makhdoom Ali Khan en una conferencia organizada en 2006 por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Un reducido número de parlamentarios ha liderado la campaña en pos de una supervisión legislativa de los acuerdos económicos internacionales, incluyendo los tratados de inversión. Una de estas personas es Erica Mann, Miembro del Parlamento Europeo, quien sostiene que la intervención parlamentaria resulta más

(continuado en la pagina 3)

Noticias en Breve

(de Noticias sobre Tratados de Inversión,
<http://www.iisd.org/investment/itn>)

Juicio de Mineros por regulaciones de California podría ser la coyuntura crítica del TLCAN

Tribunal determinará si inversor extranjero merece compensación

Se espera ansiosamente el fallo de un controvertido arbitraje entre una compañía minera canadiense y los Estados Unidos. Glamis Gold Ltd. causó gran sorpresa cuando inició un juicio multimillonario, alegando que funcionarios de EUA y California infringieron las protecciones de los inversores extranjeros contenidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Glamis afirma que los nuevos requerimientos de California para el relleno de las minas a cielo abierto sirvieron para perjudicar a su proyecto de una mina de oro en el desierto del Sur de California. “La compañía alega que dos regulaciones de California la han sometido a un trato “injusto”...”



Glamis Gold inició un juicio multimillonario contra los Estados Unidos. iStockphoto

Por su parte, el gobierno de California se mantuvo firme en su iniciativa para requerir el relleno de las minas a cielo abierto. Entre las razones del cambio regulatorio se encontraba un deseo de asegurar que los sitios sagrados nativo-americanos adyacentes a las minas se vieran mínimamente afectados por la actividad minera.

Pese a que Glamis aun tiene demandas mineras en California, la compañía insiste en que el valor de aquellas demandas ha disminuido hasta tal punto que el gobierno de EUA es responsable de compensar a la compañía en virtud de los términos del Capítulo 11 del TLCAN.

(continuado en la pagina 3)

Promoviendo la causa de la intervención parlamentaria en los AII's (continuando de la página 2)

importante que nunca dado que estos tratados internacionales se han entrelazado muy profundamente con políticas internas en áreas tales como la propiedad intelectual, fijación de impuestos y contratación del gobierno.

“Es preciso que desarrollemos conocimientos entre los parlamentarios (sobre los acuerdos económicos internacionales)”, señaló la Sra. Mann. “La mejor manera de hacerlo es cargar responsabilidades a ellos”. Dichas responsabilidades varían desde cierto grado de consulta y aportes durante el proceso de elaboración del tratado, hasta el poder de decidir si un tratado a de ser ratificado o no.

Tal como sucede actualmente, el grado de escrutinio parlamentario de los tratados internacionales varía en gran medida. Conforme a la Constitución post-apartheid, el Parlamento de Sudáfrica debe aprobar todos los tratados internacionales antes de que se conviertan en instrumentos legales vinculantes. En cualquier otro lado, sin embargo, la elaboración de tratados internacionales se encuentra circunscripta al ámbito del Poder Ejecutivo, dijo Joanna Harrington, Profesora de Derecho en la Universidad de Alberta, Canadá, y especialista en derecho internacional de tratados. Se refiere a Canadá como “un ejemplo de Estado que virtualmente no requiere la intervención parlamentaria, ya sea federal o provincial, en el proceso de elaboración de tratados”.

“También se necesita un parlamentario activo y a menudo una fuerza externa, tal como una ONG, para promover este asunto” señaló la Prof. Joanna Harrington de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alberta. “Los tratados comerciales y el AMI han captado gran atención en lo que respecta a la mayoría de los tratados”, agrega. “Pero los tratados bilaterales de inversión son una excepción”.

Para la supervisión parlamentaria efectiva de los tratados internacionales, se requiere un mecanismo institucional, afirmó la Prof. Harrington. Hizo referencia a Australia, que ha creado un comité parlamentario, denominado Comité Conjunto Permanente de Tratados (*Joint*

Standing Committee on Treaties, en adelante JSCOT), el cual se encarga de la revisión de todos los tratados antes de su entrada en vigor. Además de garantizar el escrutinio parlamentario de los tratados internacionales, el JSCOT también brinda transparencia al proceso de elaboración de los mismos al garantizar que todos los tratados internacionales de Australia sean publicados en la Web.

Pero dado que muchos son los tratados que pasan por el parlamento, no todos pueden ser apartados y debatidos detenidamente.

“También se necesita un parlamentario activo y a menudo una fuerza externa, tal como una ONG, para promover este asunto”, dijo la Prof. Harrington. “Los tratados comerciales y el AMI han captado gran atención en lo que respecta a la mayoría de los tratados”, agrega. “Pero los tratados bilaterales de inversión son una excepción”.

No hay un ejemplo mejor que el de Sudáfrica, que tiene un proceso impresionante de investigación parlamentaria sobre los tratados internacionales. Sin embargo, después del fin del Apartheid, Sudáfrica ha celebrado una serie de tratados con inversores extranjeros — ofreciéndoles protecciones legales que pueden diferir de aquellas ofrecidas en la constitución nacional.

Pese a que los acuerdos internacionales están sujetos a cierto grado de revisión parlamentaria, esto parece hacerse de manera oblicua y superficial. De hecho, un negociador de tratados que brindó testimonio ante un comité parlamentario describió el tratado pendiente entre el RU y Sudáfrica en términos benignos, insistiendo en que “el acuerdo no colocó a los inversores británicos en SA en una mejor posición que la de los residentes locales”.

Menos de una década más tarde, sin embargo, los inversores extranjeros están invocando sus derechos de tratado en Sudáfrica, en miras a evadir o recusar ciertas obligaciones de Empoderamiento Económico Negro impuestas sobre las empresas en ese país (Véase Notas en Breve). En la misma raíz de tales casos se encuentra la convicción de que estos tratados internacionales, de hecho, colocan a los extranjeros en una mejor posición legal con respecto a los residentes locales — algo que los parlamentarios parecen no haber considerado detenidamente cuando los tratados fueron rápidamente adoptados durante la entrega del dominio blanco en el período del Apartheid.



Juicio de Mineros por regulaciones de California podría ser la coyuntura crítica del TLCAN (continuado de la página 2)

El caso ha sido seguido de cerca por grupos ambientalistas – que defienden los derechos del gobierno a imponer regulaciones de salud, seguridad y otras – y por grupos mineros que apoyan la propuesta de Glamis de utilizar las protecciones de los inversores del TLCAN a fin de recusar las regulaciones en cuestión.

Los alegatos orales del caso fueron escuchados en agosto y septiembre de este año. La decisión puede tomar desde unos pocos meses hasta un año o más.

Si el gobierno de EUA triunfa — tal como sucedió en otro arbitraje reciente del TLCAN iniciado por la compañía estadounidense Methanex — el resultado hará vacilar a otros inversores extranjeros que pretendan invocar el TLCAN a fin de recusar regulaciones ambientales o de salud. Sin embargo, si Glamis gana su caso, esto podría renovar el debate sobre el significado y el impacto de las protecciones de los inversores contenidas en el TLCAN.

Tribunal designado para conducir caso contra Sudáfrica

Mineros Extranjeros presentan demanda por políticas de acción afirmativa

Tres árbitros han sido designados para conducir un arbitraje internacional con gran potencial de consecuencias financieras y políticas de vasto alcance para la República de Sudáfrica.

Vaughan Lowe Profesor de Derecho en la Universidad de Oxford ha sido seleccionado para presidir un tribunal que atenderá una demanda presentada contra Sudáfrica por un grupo de compañías mineras extranjeras de propiedad familiar.

Los mineros están recusando elementos de las políticas de Empoderamiento Económico Negro (EEN) de Sudáfrica — incluyendo requerimientos de contratar a personas de color u otros grupos históricamente desfavorecidos y de vender carteras de valores a tenedores EEN.

Su caso está siendo observado de cerca por otros inversores extranjeros, incluyendo aquellos que operan en el multimillonario sector de los recursos naturales. Algunas de las políticas más ambiciosas de Empoderamiento Económico Negro han enfrentado una elocuente oposición, sin embargo, la decisión de los mineros europeos de demandar a Sudáfrica por la violación de los términos de sus tratados de protección de inversiones representa un nuevo revés en este drama. En el período inmediatamente posterior al Apartheid, Sudáfrica celebró una serie de tratados de protección de inversiones como para calmar la preocupación de desconfiados inversores extranjeros que temían quedar sujetos a una rotunda expropiación o nacionalización en dicho país.

(continuado en la página 4)

Si, Estamos abiertos a la Inversión Extranjera, Pero no a costas de la Soberanía Estatal

Los legisladores del estado más comercialmente independiente de Norteamérica sopesan los derechos de los inversores

Representantes Maralyn Chase y Steve Conway
Cámara de Representantes del Estado de Washington



Washington es el estado más comercialmente independiente de los Estados Unidos. Promovemos un estupendo ambiente comercial para las firmas que desean invertir en nuestro estado, y una alta calidad de vida para aquellos que hacen negocios aquí. Toda la historia de Washington está ligada al comercio y los lazos económicos externos — con una preocupación especial por el desarrollo económico pero con la precaución de evitar ser dominados por intereses extranjeros.

Por consiguiente, nuestra constitución estatal alcanza un equilibrio entre el fomento de la inversión extranjera y la garantía de que las empresas del país obtengan una participación justa. El Artículo XII de la Constitución del Estado de Washington expresa esta preocupación de manera sencilla:

No debe permitirse a ninguna corporación organizada fuera de los límites de este estado realizar transacciones comerciales dentro de un estado en base a condiciones más favorables que las prescritas por ley para corporaciones organizadas bajo las leyes de este estado. (Artículo XII, Sección 7) [La traducción nos pertenece]

Nuestra preocupación, por lo tanto, es que determinados acuerdos internacionales de

inversión firmados por el gobierno federal de EUA — tras virtualmente ninguna consulta con los cincuenta estados — SI confieren mayores derechos a corporaciones extranjeras con respecto a los que gozan las empresas del Estado de Washington.

Dicha preocupación proviene del hecho de que el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y los capítulos de inversión contenidos en otros tres tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión, permiten a los inversores extranjeros evadir nuestros sistemas judiciales estatales, y llevar sus casos ante tribunales internacionales que no operan bajo ninguna autoridad constitucional legal.

(Los AII) permiten a los inversores extranjeros evadir nuestros sistemas judiciales estatales, y llevar sus casos ante tribunales internacionales que no operan bajo ninguna autoridad constitucional legal".

Los miembros de tribunales internacionales de inversión no juran sostener ningún principio constitucional. No poseen nombramientos vitalicios, tal como lo requieren las constituciones de muchos estados, ni son democráticamente electos, lo cual es el caso aquí en Washington. Los miembros del tribunal, por lo tanto, no son jueces verdaderos con la probidad y experiencia adherida al cargo. Mayormente, son abogados cuya experiencia proviene del mundo de las controversias comerciales.

¿Y porqué los inversores extranjeros poseen este derecho? Está basado en el reclamo de que nuestros tribunales estatales no darían un veredicto imparcial en el caso de una diferencia con un inversor extranjero. Como legisladores, tenemos plena confianza en nuestro sistema legal estatal. Estamos seguros de que en caso de cualquier diferencia de inversión, nuestro sistema judicial estatal actuaría en plena consideración de los hechos, y no, tal como el TLCAN y otros acuerdos de inversión parecen insinuar, en base a la nacionalidad del inversor.

Como legisladores, creemos que todo sistema que confiera mayores derechos a los inversores extranjeros es una mala idea. Hemos visto casos del TLCAN presentados contra leyes ambientales y de salud pública promulgados por la legislatura de nuestro

(continuado en la pagina 5)

Tribunal designado para conducir caso contra Sudáfrica

(continuado de la pagina 3)

Sin embargo, las compañías mineras europeas tomaron desprevenidos a los funcionarios, cuando aquellos tratados fueron desenterrados y utilizados para recusar una nueva serie de medidas relativas a políticas introducidas por Sudáfrica como parte de su programa de EEN. Muchos en Sudáfrica asumieron que si la bandera de políticas de EEN estuviera sujeta al escrutinio legal, el sistema judicial de Sudáfrica sería el encargado de realizar esta tarea. No obstante, gracias a los AII celebrados por Sudáfrica con muchos gobiernos europeos, los inversores extranjeros gozan de protecciones legales además de las conferidas por el derecho sudafricano, incluyendo el derecho a demandar al estado de Sudáfrica en arbitrajes internacionales.

Si los demandantes triunfasen en su demanda de arbitraje, esto podría dar paso a una avalancha de otras demandas presentadas por inversores extranjeros que pretendan recusar nuevas políticas que imponen nuevas cargas financieras o requisitos administrativos.

Además del Prof. Vaughan Lowe, el panel de arbitraje que conducirá el caso estará compuesto por Charles N. Brower, abogado de EUA, árbitro y Juez de medio tiempo en el Tribunal de Demandas entre EUA e Irán, y Joseph M. Matthews, abogado comercial y árbitro radicado en Miami.

ONGs siguen presionando por mayor transparencia cuando se utiliza el reglamento de arbitraje de la ONU

Es posible que los gobiernos debatan esta cuestión en la reunión de la ONU en febrero de 2008.

El Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible (IIDS), (editor de *IIA Insider*) y el Centro de Derecho Ambiental Internacional (CIEL) siguen presionando a los miembros de la ONU para que revisen una serie de reglas de arbitraje comercial comúnmente utilizadas para resolver diferencias entre inversor-estado.

Ambas agrupaciones advierten que el reglamento de arbitraje de la CNUDMI ha sido utilizado ampliamente para la resolución de delicadas diferencias entre inversor-estado que tienen implicancias de políticas públicas. Por ejemplo, los inversores extranjeros pueden recusar políticas impositivas, legislación, fallos administrativos o judiciales del gobierno y solicitar el pago de daños financieros por las ganancias perdidas. Pese a que es sabido que docenas de juicios multimillonarios fueron iniciados contra los gobiernos bajo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, no hay una cifra comprehensiva sobre la incidencia de tales juicios. De hecho, el reglamento de arbitraje de la CNUDMI permite que se inicien juicios internacionales como tales sin divulgación pública, y sin ninguna disposición

(continuado en la pagina 5)

Si, Estamos abiertos a la Inversión Extranjera, Pero no a costas de la Soberanía Estatal (continuando de la página 4)

estado hermano de California. El Departamento de Estado de EUA logró defender la prohibición de California sobre el químico tóxico, MTBE, que había sido recusada por la corporación canadiense Methanex. Pero defender este caso implicó un enorme gasto de recursos estatales — y el gobierno federal no reembolsó ninguno de estos gastos al Departamento de Justicia de California.

Otro caso enfrenta a California con la compañía minera canadiense, Glamis, en torno a medidas ambientales promulgadas por este estado. El caso aun se encuentra pendiente. Los argumentos sobre los méritos fueron presentados este verano. Si Glamis triunfara en este caso, esto socavaría la capacidad de California para imponer normas relativas al medio ambiente y la salud pública. Sobretudo, ambos casos han tenido un efecto “paralizador” sobre la regulación; otros estados que también intentan prohibir el MTBE, desean ver la resolución del caso contra California antes de proceder con la prohibición.

Sobretudo, estas demandas del TLCAN cuestionan nuestra democracia y nuestro sistema de federalismo. Estamos profundamente preocupados por que los capítulos de inversión del TLCAN y otros tratados de libre comercio firmados por los Estados Unidos terminen socavando nuestra capacidad para proteger precisamente aquellos valores que hacen a Washington el lugar más atractivo para vivir, trabajar e invertir.

Como parte del Grupo de Trabajo multi-estatal de legisladores interesados en temas de inversión, hemos planteado esta preocupación ante la Oficina de Representantes Comerciales de Estados Unidos (por sus siglas en ingles, USTR). Nuestra Gobernadora, la Honorable Christine Gregoire, también ha planteado su preocupación al respecto en una carta formal remitida al USTR. En dichas comunicaciones, nos hemos esforzado por señalar que nuestro estado es pro-comercio (siempre lo ha sido) y que fomentamos la inversión extranjera (siempre lo hemos hecho).

Hemos trabajado con la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales (*National Conference of State Legislatures*, NCSL) — que representa a las legislaturas de los cincuenta estados — para redactar una declaración de políticas que refleje nuestra preocupación sobre los derechos de los inversores. Por cierto, dicha política

fue aprobada por *unanimidad* por el comité NCSL sobre desarrollo económico (véase barra lateral).

Todos los días, los legisladores se enfrentan con temas complicados de desarrollo económico y regulaciones de interés público. Todos los días tenemos que hacer malabares — cómo proteger los derechos de los empresarios y de los inversores en nuestro estado, mientras también se protege la salud, seguridad y bienestar de nuestros ciudadanos, y de nuestro ambiente natural.

Creemos que nuestra constitución tiene el equilibrio justo: Mantener el nivel del campo de juego para todos los empresarios, garantizar la integridad de nuestros tribunales y proteger a los jueces de potenciales conflictos de intereses.

El Capítulo 11 del TLCAN y los otros tratados alteran este equilibrio, socavando la soberanía tanto estatal como nacional.

Es por esto que, como legisladores, estamos prestando especial atención a estos acuerdos internacionales de inversión. Y, como miembros de la Legislatura de Washington, esperamos poder intercambiar opiniones sobre estos temas con colegas de todo el mundo.



Maralyn Chase es Presidente del Comité Legislativo Conjunto de Supervisión de Políticas Comerciales de la Legislatura del Estado de Washington.

Steve Conway es Presidente del Comité de Trabajo y Comercio, Cámara de Representantes del Estado de Washington, y presidió el Comité de Trabajo y Desarrollo Económico en la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales, 2006-2007.

EN SUS PROPIAS PALABRAS: Legisladores Estatales y Locales de EUA hablan sobre los AIIs...

Extracto de “Free Trade & Federalism” Policy, política adoptada en Agosto de 2007 en la Reunión Anual de la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales celebrada en Boston, Massachusetts.

Después de la promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en la década de 1990, varios inversores extranjeros han utilizado las disposiciones relativas a diferencias entre “inversor-estado” contenidas en dicho acuerdo para atacar las leyes y fallos de tribunales estatales ante un tribunal internacional. Al disponer el acceso a arbitraje de inversión internacional por inversores extranjeros, el TLCAN y varios otros Tratados de Libre Comercio (TLCs) disponen más amplios derechos procesales para la revisión de demandas iniciadas contra leyes y políticas de EUA con respecto a los derechos que serían conferidos a un inversor estadounidense en circunstancias similares. Consecuentemente, las decisiones de estos tribunales han tenido un impacto desfavorable sobre la soberanía estatal y el federalismo...

El texto de implementación del acuerdo comercial en cuestión debe incluir disposiciones que deniegan todo derecho privado de acción nuevo en los tribunales de EUA o ante paneles internacionales de resolución de controversias basados en el comercio internacional o en acuerdos de inversión. La implementación de legislación también debe incluir disposiciones que establezcan que ninguna de las decisiones de los paneles internacionales de resolución de diferencias ni los acuerdos internacionales ni los tratados de inversión en sí mismos sean vinculantes para los estados en lo que respecta a la legislación de EUA...

NCSL insta al gobierno federal a que garantice a los estados que el gobierno federal no pretenderá apropiarse de la legislación estatal como un medio para hacer cumplir un tratado de comercio internacional... Similarmente, el gobierno federal no debe retener fondos federales de otra manera poseídos por el Congreso de un estado como un medio para hacer cumplir las disposiciones de un tratado internacional... Si el gobierno federal consiente permitir a las firmas extranjeras cobrar dinero por un “daño” causado por una ley estatal, entonces el gobierno federal debe asumir la carga de todo laudo de esta índole dictado por tribunales internacionales y no pretender trasladar el costo a los estados de ninguna manera.

NCSL es un organismo bipartidario que representa a las legislaturas de los 50 estados de EUA así como las de Puerto Rico y demás territorios estadounidenses. Esta forma de determinación de políticas conforma las bases para la interacción de NCSL con los Miembros del Congreso de EUA en el Capitolio.

Bolivia se retiraría del Centro de Arbitraje de Inversiones del Banco Mundial

Gobierno acusa a la sede por tendencia a favorecer a inversores

Expresando gran descontento por lo que el Gobierno boliviano describe como un centro del Banco Mundial dedicado a resolver juicios de inversión extranjera que muestra una tendencia a favorecer a los inversores, este gobierno ha tomado medidas formales para retirarse del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).



El presidente Boliviano Evo Morales no creó que la arbitración internacional le conviene a Bolivia.
Foto cortesía de Agencia Brasil,
(<http://www.agenciabrasil.gov.br/>)

Cuando los inversionistas extranjeros demandan a un gobierno anfitrión por la presunta negación de las protecciones legales que les corresponden conforme a tratados de protección de inversiones, con frecuencia es la sede del CIADI quien administra los procedimientos de arbitraje que resultan de estas demandas.

Durante los últimos años, Bolivia ha sido receptor de una serie de juicios iniciados por inversores extranjeros que afirman haber sufrido un maltrato en oposición a las garantías contenidas en sus tratados de protección de las inversiones. Más notablemente, el gobierno boliviano fue atacado con un juicio por una filial del gigante estadounidense de la construcción Bechtel Enterprises, cuando la municipalidad boliviana de Cochabamba puso fin a un poco popular experimento de privatización de agua.

Pese a que dicho arbitraje fue resuelto sin obligación de pago significativo de ninguno de los dos lados, el carácter confidencial del procedimiento de arbitraje, sumado a la susceptibilidad política de las denominadas Guerras por el Agua, sirvieron para vigorizar la opinión pública en contra de la sede del CIADI.

En 2006 y 2007, Bolivia enfrentó otras amenazas de arbitraje de un grupo de firmas multinacionales de energía que se oponían a la propuesta de Bolivia de extraer de las concesiones de gas natural en dicho país, una mayor participación accionaria para el gobierno. Finalmente, las corporaciones extranjeras de energía accedieron a los nuevos términos contractuales sin recurrir a arbitraje. Sin embargo, el espectro de arbitraje internacional fue considerado por el gobierno recientemente electo de Evo Morales como una restricción ilegítima sobre la voluntad del electorado boliviano.

“...el espectro de arbitraje internacional fue considerado por el gobierno recientemente electo de Evo Morales como una restricción ilegítima sobre la voluntad del electorado boliviano”.

En mayo de este año, Bolivia notificó formalmente al CIADI que retiraría su consentimiento a que las diferencias relativas a inversiones extranjeras sean arbitradas en dicho Centro. Su retiro comenzará a regir a principios de noviembre.

Otros gobiernos, más notablemente Venezuela, han planteado su deseo de retirarse de la sede del CIADI; sin embargo, hasta la fecha solo Bolivia ha tomado la iniciativa de hacerlo. Hasta el 30 de septiembre, 144 gobiernos han ratificado el convenio del CIADI, mientras que un número de otros gobiernos han consentido ocasionalmente utilizar el centro para resolver diferencias relativas a inversiones.

La sede del CIADI fue establecida en la década de 1960 en respuesta a un creciente número de peticiones para que el Presidente del Banco Mundial mediara en diferencias surgidas entre inversores extranjeros y gobiernos anfitriones. Durante muchos años, los gobiernos consintieron arbitrar en el CIADI sobre una base de caso-por-caso, disponiendo una opción como tal en determinados contratos con inversores extranjeros. A lo largo del tiempo, sin embargo, los gobiernos comenzaron a negociar tratados de protección de inversiones que extendían invitaciones sin límite fijo para arbitrar

ONGs siguen presionando por mayor transparencia cuando se utiliza el reglamento de arbitraje de la ONU

(continuado de la pagina 5)

relativa al acceso de los medios de comunicación o del público a los procedimientos de arbitraje - sin importar cuan agudos sean los intereses públicos en riesgo.

El reglamento de arbitraje de la CNUDMI fue diseñado - y en la mayoría de los casos sigue siendo utilizado - para arbitrar diferencias comerciales entre dos entidades comerciales. Sin embargo, este reglamento también es frecuentemente incorporado en tratados de protección de inversiones, allanando el camino para su utilización como un medio importante para la resolución de diferencias entre gobiernos soberanos y empresas extranjeras.

Actualmente, los miembros de la CNUDMI están celebrando una serie de reuniones de grupos de trabajo para revisar y actualizar el reglamento de arbitraje de la Comisión. La próxima reunión está programada para principios de febrero de 2008 en la Ciudad de Nueva York.

El IIDS y CIEL han apelado a los gobiernos para que adopten una serie de modificaciones que garantizarían que los arbitrajes entre inversor-estado sean conducidos con mucha más transparencia. Los miembros aun deben debatir este tema, prefiriendo conducir un examen detallado del primer borrador de reglas revisadas elaborado por la secretaria permanente de la CNUDMI en Viena. Por lo tanto, la reunión de febrero de 2008 en Nueva York podría brindar la oportunidad para que los gobiernos discutan sobre los méritos de una mayor transparencia cuando se trata de arbitrajes entre inversor-estado.

Los parlamentarios interesados en saber más sobre la postura adoptada por sus propios gobiernos nacionales sobre este importante asunto están invitados a contactarse con el Dr. Howard Mann, Asesor Senior en Derecho Internacional del IIDS, a h.mann@sympatico.ca.

toda diferencia surgida con inversores aclamada por la otra parte del tratado. Por ejemplo, el tratado de Bolivia con los Países Bajos, celebrado en 1994, permite a los ciudadanos de cualquiera de los dos países, que posean inversiones en el otro país, resolver las diferencias entre inversor-estado a través de arbitrajes ante el CIADI.

Por ahora, otras formas de arbitraje permanecen abiertas

Pese a la decisión de Bolivia de retirarse del sistema del CIADI, el país ha celebrado una serie de tratados de protección de inversiones con gobiernos extranjeros que aun se encuentran en vigencia. Si bien el ofrecimiento de arbitraje ante el CIADI contenido en muchos de estos tratados

(continuado en la pagina 7)

Bolivia se retiraría del Centro de Arbitraje de Inversiones del Banco Mundial (continuando de la página 6)

pronto ya no podrían estar a disposición de los inversores extranjeros, muchos de estos tratados también extienden la posibilidad de arbitraje ad hoc (es decir, arbitraje sin la intervención de un organismo administrativo como el CIADI). Por ejemplo, muchos tratados bolivianos también brindan a los inversores extranjeros la opción de arbitraje bajo el reglamento de arbitraje de las Naciones Unidas (CNUDMI).

Muchos de estos tratados de inversión no caducarán por varios o muchos años. De esta manera, aun con la retirada de la sede del CIADI, no hay un deseo inmediato de Bolivia de privar completamente a los inversores extranjeros de la posibilidad de presentar demandas por la violación de tratados internacionales de inversión.

No obstante, el gobierno boliviano está en el proceso de desarrollar un nuevo modelo de negociación que espera ser utilizado cuando llegue la renovación de los tratados existentes (habitualmente después de una década o más) y cuando se considere la celebración de nuevos tratados con otros socios comerciales. Si bien aun no se han revelado detalles sobre este nuevo modelo de negociación, el gobierno está procurando tener mayor libertad para regular las inversiones extranjeras.



¿Los AII resistirán el escrutinio constitucional?

Duras preguntas formuladas en algunos países

Si bien los AII han sido negociados por los gobiernos durante décadas, solo recientemente su alcance e impacto comenzaron a ser apreciados. Debido a la amplia variedad de las medidas gubernamentales, y las políticas y fallos que podrían ser recusados por los inversores extranjeros a través del arbitraje internacional, han surgido cuestionamientos sobre la compatibilidad de los AII con las constituciones nacionales.

Estos no son esfuerzos “cortados verdes” por los gobiernos para desobedecer sus compromisos internacionales de tratado cuando mejor convenga a sus intereses. Al contrario, tales cuestiones son planteadas

por actores externos — incluyendo a académicos y organizaciones de la sociedad civil — quienes cuestionan si los gobiernos han asumido compromisos internacionales de tratado sin conciliar tales compromisos con sus obligaciones constitucionales internas, tales como la protección de los derechos humanos y la independencia del poder judicial.

“... John Echeverría profesor de derecho en la Universidad de Georgetown ha argumentado que los AII celebrados por Estados Unidos ‘casi seguro son inconstitucionales’...”

Por ejemplo, John Echeverría profesor de derecho de la Universidad de Georgetown alega que los AII celebrados por Estados Unidos “casi seguramente son inconstitucionales” porque socavan la independencia del poder judicial de ese país. Su argumento se basa en el Artículo III de la Constitución de EUA el cual establece la independencia judicial de manera que los jueces federales ejerzan sus funciones de carácter vitalicio y dispone una remuneración fija garantizada. Dado que los AII permiten a los árbitros internacionales atender un solo caso — y revisar toda forma de regulación o medida local, estatal o federal — Echeverría sugiere que estos acuerdos internacionales delegan responsabilidades judiciales demasiado generales, en contraposición con la Constitución de EUA.

Sin embargo, un argumento como tal nunca fue puesto a prueba. Echeverría también sugiere que la parte con mayor probabilidad de plantear tales cuestiones en los tribunales federales sería un estado particular de EUA cuyas leyes o regulaciones estén siendo recusadas por un inversor extranjero en arbitraje.

Notablemente, una recusación constitucional fue lanzada en Canadá por un número de organizaciones de interés público y un sindicato de trabajadores. Entre los argumentos presentados por estas agrupaciones se encontraba un planteo que reflejaba la preocupación del Prof. Echeverría en el contexto de EUA: Que el proceso entre inversor-estado establecido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es inconstitucional porque transfiere ciertos poderes judiciales de los tribunales a los árbitros internacionales.

Finalmente, la Corte Superior de Justicia de Ontario rechazó todos estos reclamos constitucionales. La corte consideró que los árbitros internacionales rigen sobre

cuestiones de derecho internacional — que son completamente diferentes a las del ámbito local (cualquiera sea la consecuencia final a nivel local). El fallo del tribunal inferior fue posteriormente sostenido en la apelación.

Además de alegar que el arbitraje del TLCAN usurpaba la autoridad constitucional de los tribunales de Canadá, los peticionarios también plantearon un argumento paralelo: Que Canadá no había garantizado adecuadamente la protección de sus derechos humanos básicos cuando negoció el Capítulo de inversión del TLCAN. El principal temor es que los inversores extranjeros socaven o “paralicen” las políticas del gobierno — incluyendo aquellas inspiradas en objetivos de derechos humanos — iniciando juicios bajo el TLCAN u otros AII.

En una sesión de Preguntas y Respuestas, Bruce Porter, miembro del *Charter Committee on Poverty Issues* (comité de la carta sobre asuntos de pobreza) con sede en Ontario, explica las preocupaciones que él y sus colegas intentaron plantear ante los tribunales canadienses (véase página...)

P&R

Bruce Porter, Coordinador del Charter Committee on Poverty Issues explica por qué esta ONG canadiense teme que el impacto de los AII sobre los derechos humanos sea inconstitucional.

Preg.: ¿Cuál es su preocupación por el arbitraje entre inversor-estado?

A: Nuestra preocupación concierne la necesidad de garantizar que los derechos humanos fundamentales sean debidamente considerados y protegidos en la adjudicación de las diferencias entre inversor-estado.

El arbitraje entre inversor-estado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y en AII similares trata recusaciones de amplio alcance de las medidas gubernamentales “relativas a inversiones”. Pero las medidas que son recusadas por tener un impacto en las inversiones también pueden, más fundamentalmente, ser cruciales para el goce de los derechos humanos.

Medidas tales como regulaciones ambientales diseñadas para proteger la vida humana y la salud, los derechos de los (continuado en la pagina 8)

P&R (continuando de la página 7)

trabajadores y los derechos de los grupos desfavorecidos a en cuanto a las oportunidades de empleo, las nuevas iniciativas gubernamentales en el área del cuidado de la salud, servicios sociales, educación y reducción de la pobreza, de hecho, tienen mucha probabilidad de producir un impacto en las inversiones que puede ser la base de una recusación bajo el TLCAN, y presentan una dimensión significativa de derechos humanos.

Preg.: ¿Puede describir en pocas palabras los argumentos legales planteados por su agrupación en una recusación constitucional canadiense al TLCAN?

A: Argumentamos que cuando el gobierno canadiense negocia un tratado, y crea un marco legal para presentar recusaciones particulares contra medidas gubernamentales que impactan en los derechos humanos fundamentales, este tiene la obligación constitucional, conforme a la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, de garantizar que los derechos humanos sean adecuadamente protegidos.

En particular, alegamos que el derecho a “la vida, la libertad y la seguridad de las personas” y el derecho a la “igualdad” bajo la Carta Canadiense no han sido adecuadamente protegidos en la adjudicación del TLCAN y han sido infringidos, por los tribunales del TLCAN, al permitir la adjudicación de demandas que tienen un impacto directo sobre el goce de dichos derechos.

Preg.: ¿Qué sucedió en los tribunales canadienses?

A: Nuestra recusación en virtud de la Carta fue desestimada en juicio y la decisión del juez fue sostenida por el Tribunal de Apelación de Ontario. Solicitamos permiso para apelar ante la Corte Suprema de Canadá pero nos fue denegado.

Esencialmente, los tribunales desestimaron nuestros alegatos por considerarlos “prematurados”. Afirmaron que los tribunales solo deben considerar una acusación diferenciada de violación del derecho a la vida o del derecho a la igualdad emanada de un fallo de un tribunal del TLCAN. Esto parecería privar la revisión constitucional del régimen de toma de decisiones en si mismo, dejando a los grupos desfavorecidos solo la posibilidad de recusar todo efecto negativo del régimen entre inversor-estado sobre una base de caso por caso.

Preg.: ¿Es este el final del camino en Canadá? ¿O existe la posibilidad de

reavivar el debate más adelante?

A: La Corte Suprema de Canadá se ha negado a atender la apelación de este caso, por lo tanto, aun no sabemos lo que dirá el tribunal supremo sobre este tema. Hay varias maneras en que podemos reconsiderar los temas planteados en casos locales a futuro en Canadá.

Preg.: ¿Cuan pertinentes son los argumentos constitucionales para otros países?

A: Creo que los argumentos que presentamos en Canadá pueden aplicarse a la mayoría de los países. De hecho, hay algunos precedentes en las decisiones de los tribunales constitucionales alemanes e italianos de la década de 1970 a los efectos de que el Derecho Europeo debía disponer protecciones equivalentes de los derechos humanos fundamentales, tales como las contenidas en las constituciones locales, antes de que los tribunales internos pudiesen ceder debidamente su autoridad a la Corte Europea. Esas decisiones brindaron un ímpetu real para mejorar las protecciones de los derechos humanos fundamentales en el derecho europeo.

Hay dos maneras por medio de las cuales se puede ordenar la revisión constitucional interna de estos nuevos regimenes de adjudicación en la mayoría de los países. Primero, generalmente se reconoce que la autoridad gubernamental que negocia los tratados está sujeta a límites constitucionales, y debe ser ejercida de conformidad con la obligación de proteger los derechos humanos. Y segundo, los gobiernos tienen la responsabilidad de garantizar que cuando las decisiones de tribunales internacionales sean aplicadas en tribunales internos, el régimen de toma de decisiones cuyas decisiones están siendo aplicadas cumpla con las normas constitucionales y de derechos humanos — no sólo procesalmente sino también sustancialmente, en términos de una adecuada protección de los derechos humanos. Espero que los abogados de otros países utilicen este tipo de argumentos para hacer que los gobiernos se hagan más responsables por las normas constitucionales en la negociación de acuerdos de inversión.

Existe una importante recusación que fue presentada contra Sudáfrica por inversionistas italianos, repudiando iniciativas gubernamentales para promover la contratación de gerentes Negros y de garantizar resultados sociales positivos en la industria minera. Dadas las amplias protecciones de los derechos sociales y económicos en la Constitución de Sudáfrica, y la impresionante jurisprudencia constitucional emanada del Tribunal

Constitucional de dicho país, podría suceder que otros tribunales se guíen por éstas en los meses venideros.

Preg.: Algunos defensores del arbitraje entre inversor-estado dicen que los críticos “quieren que se haga de ambas maneras”: Se oponen al arbitraje internacional de diferencias de inversión, pero favorecen la revisión judicial internacional cuando es ejecutada por organismos internacionales de derechos humanos. ¿Es esto coherente?

A: Aquellos que trabajamos en la defensa de los derechos humanos solo podemos soñar con un mecanismo de aplicación de derechos humanos internacionales tan fuerte como el implementado para hacer cumplir los derechos de los inversores. Imagínese si las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU estuviesen sujetas a laudos aplicables por compensación de daños de millones de dólares, en lugar de la comunicación de “opiniones” a los estados parte.

Pero el punto más importante es que estamos siendo testigos del comienzo de un régimen legal global en muchas áreas. La adjudicación internacional simplemente aumentará. Lo que es preciso garantizar es que los derechos humanos no sean dejados de lado.

El punto de recusar el TLCAN a favor de los grupos desfavorecidos no era el de cuestionar el valor de la regulación internacional y la preservación del imperio de la ley en relación con la inversión. Sino el de garantizar que la regulación de las inversiones se realice de conformidad con principios fundamentales del imperio de la ley y la primacía de los derechos humanos. Este es un requerimiento que debería ser aplicado coherentemente en todas las áreas del derecho internacional.

Así, por ejemplo, en el caso de que un tribunal atendiera una diferencia recusando una medida para regular el uso de un aditivo combustible peligroso – tal como sucedió bajo el TLCAN – el derecho a la salud y a la vida deben ser considerados de manera central.

Muy frecuentemente los tratados de inversión son negociados sin consideración alguna de sus amplias implicancias para la responsabilidad democrática con respecto a normas de derechos humanos. Es responsabilidad de los miembros del parlamento garantizar que las distintas ramas de la burocracia gubernamental no celebren tratados económicos que eludan o socaven compromisos internacionales fundamentales en el área de los derechos humanos.