



Marco jurídico para la protección de las inversiones y la conservación de recursos naturales

Por Jorge Cabrera Medaglia

La inversión extranjera resulta de gran relevancia desde dos perspectivas. Por un lado, se trata de flujos y actividades que despiertan un gran interés por su atracción, especialmente en el caso de naciones en desarrollo, las cuales perciben a ésta como un mecanismo que apoya sus políticas de crecimiento económico, generación de empleo, etc. A la vez, la inversión de importantes sumas en países con diferentes culturas, realidades sociales y jurídicas, etc, han despertado el temor de quienes ven con recelo las posibilidades de ser sometidos a expropiaciones sin el justo pago, nacionalizaciones, medidas discriminatorias y arbitrarias, entre otras. Recientes casos en Argentina (Repsol) y Bolivia han puesto sobre la mesa nuevamente esta discusión.

La experiencia vivida por las inversiones extranjeras en algunos países, impulsaron la creación de un régimen jurídico especial para la protección de los inversores. Nacionalizaciones y expropiaciones sin pago, medidas discriminatorias y otros actos condujeron al establecimiento de marcos legales que garantizarán la legalidad de tales actos, la compensación y reparación de lo daños causados con tal proceder y finalmente la opción del inversor de demandar al Estado ante tribunales arbitrales imparciales. De esta manera, se negociaron convenios internacionales (especialmente el Convenio del Centro para el Arreglo de Disputas de Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados o ICSID); se redactaron acuerdos bilaterales de inversión; se integró el tema en las agendas de comercio (por ejemplo el NAFTA en su Capítulo 11 y el CAFTA-DR en su Capítulo 10) y se intentaron negociar instrumentos comprensivos (verbigracia el fallido Acuerdo Multilateral de Inversiones negociado en el seno de la OCDE). Desafortunadamente, esta compleja y heterogénea red ha creado no pocas dificultades para determinar el alcance de las obligaciones internacionales de los países.

Del escudo a la espada?

Inicialmente, estas reglas de protección y promoción tuvieron por objetivo aspectos que se podrían calificar de estrictamente comerciales (incumplimiento de concesiones o compromisos contractuales, expropiaciones, entre otros) para los cuales las normas arbitrales comerciales resultaban adecuadas. No obstante, cuando las controversias radicaron en la generación e implementación de legislación ambiental (prohibición del uso de sustancias, nuevas disposiciones de manejo de residuos peligrosos, etc), la situación ha sido vista de manera diferente. De los 357 casos de disputas entre Estados e inversionistas hasta finales del 2009- según datos de UNCTAD, aunque posiblemente sean muchos más debido a que no siempre se cuenta con registros públicos de éstos-, aproximadamente unos 35 correspondieron a temas ambientales, en los cuales el inversor ha reclamado contra regulaciones tales como denegatoria de permisos, restricciones en el uso de sustancias o acceso a recursos naturales. Esta realidad ha llevado a cuestionar- con diferente grado de profundidad-el funcionamiento actual del derecho de las inversiones y la forma como este puede o debe integrar aspectos como derechos humanos y el desarrollo sostenible.

En este contexto ha surgido la inquietud sobre sí los marcos jurídicos diseñados para atraer la inversión y protegerla, están causando problemas para implementar leyes ambientales. Es posible que la aplicación en forma no discriminatoria de leyes ambientales sea considerada un obstáculo a la inversión o una medida equivalente a la expropiación (expropiación indirecta)? Están los regímenes legales limitando a los gobiernos en la promulgación de normas relativas a la defensa del medio y la salud, ante el temor de que sean impugnadas ante tribunales arbitrales (fenómeno conocido como el “ chilling effect “ o efecto paralizante” .?.

En términos de un autor, las disposiciones de acuerdos de inversión han cambiado la situación del “escudo a la espada”. Estos fueron originalmente formulados con miras a servir de protección o “escudos” contra las actividades de gobiernos tendientes a expropiar o discriminar contra las inversiones, diseñados para convertirse en el último recurso y en muchos casos comenzado con las acciones entre Estados y posteriormente abarcando la relación entre el inversionista y el Estado en forma directa. Podría sostenerse que se han convertido en una “espada” que amenaza las regulaciones ambientales, utilizada como primera opción ante una disputa y con la pretensión de buscar compensación por las medidas ambientales tomadas por gobiernos que impactan la rentabilidad de la empresa.?

Un análisis serio y objetivo de estos temas requiere contestar al menos estas otras preguntas:

- En qué consisten las “ expectativas legítimas del inversor” (tuteladas por algunos de estos esquemas de inversión) y cuál es su verdadero alcance?
- Qué responsabilidad tiene el Estado al asegurar u orientar respecto a los trámites y requisitos legales, incluyendo los ambientales?
- Quién y cómo debe asumir los riesgos por el cambio de las reglas del juego debido a nueva información ecológica?
- Son los procesos arbitrales actuales- cuando se discuten casos ambientales- compatibles con los principios de transparencia, acceso a la información o participación de terceros, qué cambios se han verificado y cuáles están pendientes?

Tratar de contestar estas preguntas no es sencillo, entre otros motivos, debido a que los fallos arbitrales previos no son vinculantes para resolver nuevos casos. A estas espero referirme en un próximo artículo.