



ISSN 2304-7887 (en línea)
ISSN 2307-5163 (impreso)

Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

Inversiones y Derecho Internacional – Inversiones en el MERCOSUR
Investimentos e Direito Internacional – Investimentos no MERCOSUL

RSTPR

Año 3 - Nº 5

2015

Asunción
República
del Paraguay

- LA INCORPORACIÓN DE LOS “ADR” AL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS**, Enrique Fernández Masía
- LOS INSTRUMENTOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO QUE FACILITAN EL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES Y LAS INVERSIONES**, Ignacio Goicoechea
- INVERSIONES EXTRANJERAS Y DERECHOS HUMANOS: ENTRE LA PERMANENCIA Y EL CAMBIO**, Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo
- TRANSPARÊNCIA EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS INVESTIDOR-ESTADO**, Paula Schlee
- TRATAMIENTO JUSTO E EQUITATIVO A INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NA ARGENTINA. ANÁLISE DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS NA JURISPRUDÊNCIA DO ICSID**, Fernando Pedro Meinero
- LA CRISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS: PROPUESTAS DE REFORMA**, Omar García-Bolivar
- PREVENCIÓN DE LAS DISPUTAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN**, Luis A. González García
- ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA. CONSIDERACIONES EN MATERIA DE INVERSIONES**, Natasha Suñé
- INTEGRAÇÃO REGIONAL E INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO, À EXEMPLO DO MERCOSUL**, Amanda Ramos e Fernanda Kallas
- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN: MAPA DE SITUACIÓN EN AMÉRICA DEL SUR**, Magdalena Bas Vilizzio
- OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS NO MERCOSUL: O EXEMPLO BEM SUCEDIDO DO FOCEM**, Nádia de Araujo e Carolina Noronha
- O MERCOSUL E AS CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS**, Vivian Daniele Rocha Gabriel e José Augusto Fontoura Costa
- EL DERECHO COMO PROMOTOR DE INVERSIONES EN PAÍSES DE LATINOAMÉRICA**, Hugo Estigarribia
- COMENTARIOS SOBRE LA NUEVA LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS DE VENEZUELA**, Ivette Esis Villarroel
- UNA SALA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN PARA SURAMÉRICA Y EL CARIBE**, Pedro Duarte Llovera
- OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO**, Ana Rachel Freitas da Silva
- RECURSOS HÍDRICOS TRANSFRONTEIRÍCOS NO MERCOSUL. SUSTENTABILIDADE, GESTÃO COMPARTILHADA E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL**, Bruno Rodrigues de Almeida, Emília L. de F. Castro e Marilda Rosado de Sá Ribeiro
- ARBITRAJE, EXPROPIACIONES Y AMBIENTE: LA EXPERIENCIA DEL CAPÍTULO II DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE**, Luis Fernando Castillo Argañarás
- BREVE MANIFIESTO SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL**, Raúl Gustavo Ferreyra
- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A CONSAGRAÇÃO DO CONFLITUALISMO**, André de Carvalho Ramos

MERCOSUR

MERCOSUL

RSTPR

Año 3, N° 5, 2015
ISSN: 2307-5163 (impreso)
ISSN: 2304-7887 (en línea)

Av. Mcal. López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”
Teléfono 595 (21) 221411
CP. 1512

Asunción - República del Paraguay

Revista semestral de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión creada para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y se someten al análisis de un consejo técnico, bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se

considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en la Norma Editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión busca construir un espacio académico jurídico y se reserva el derecho de rechazar el trabajo sobre temas estrictamente políticos o ideológicamente sensibles.

Revista semestral da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão criada para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas direta ou indiretamente relacionados ao direito do MERCOSUL, tais como o direito da integração, o direito das organizações internacionais, o direito internacional privado e o direito internacional geral.

Os idiomas da revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: português e espanhol.

Os artigos são inéditos e de rigor científico e se submetem à análise de um conselho técnico na modalidade *blind review*, ou seja, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e pesquisadores com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos apresentados. Sua identidade se mantém preservada e o parecer emitido é considerado da revista.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nas Normas Editoriais. Tais critérios de forma constituem - junto à análise de conteúdo - condição essencial de sua submissão à Equipe Editorial para que a publicação seja considerada.

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão busca constituir espaço acadêmico jurídico e se reserva o direito de rejeitar trabalhos sobre temas estritamente políticos ou ideologicamente sensíveis.

RSTPR is a law journal published twice yearly by the Secretariat of the Permanent Court of Revision of MERCOSUR. It releases articles on issues directly or indirectly related to the MERCOSUR and its law system, such as regional integration law, international organizations, private international law and, of course, general international law.

Its working languages are the official languages of MERCOSUR: Portuguese and Spanish.

Papers must be original and their scientific character is checked by ad hoc consultants. This technical board evaluates qualitatively the content and style of each submission under blind peer review principles. Professors, scholars and researchers with remarkable academic career take part on this board and are free to criticize, review, approve and disapprove the submitted articles. Their identity is preserved and the opinion is considered that of the journal.

Papers must meet the criteria and requirements established in the Author Guidelines to be considered by the editorial board for publication.

The Law Journal of the Secretariat of the Permanent Court of Revision intends to conform a space for academic production on law and reserves the right to reject any paper which contains strictly political or ideological opinions.

CONSEJO EDITORIAL

Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil
Alberto Manuel Poletti Adorno, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay
Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antonio Celso Alves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Atilio Alterini, In Memoriam
Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Bruno Rodrigues de Almeida, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Carlos Francisco Molina del Pozo, Universidad de Alcalá de Henares, España
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Diego Moreno, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Paraguay
Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Jorge Luiz Fontoura Nogueira, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
José Antonio Moreno Ruffinelli, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
José María Gamio, Tribunal Permanente de Revisión, Uruguay
Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Luiz Olavo Baptista, Universidade de São Paulo, Brasil
Marilda Rosado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina
Nadia de Araujo, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
Natasha Suñé, Tribunal Permanente de Revisión, Argentina
Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Brasil
Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Roberto Ruiz Díaz Labrano, Tribunal Permanente de Revisión/Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Roque Silguero, Universidad Nacional de Formosa, Argentina
Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Sidney Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Silvina Barón Knoll, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina
Soledad Villagra de Biedermann, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Susana Czar de Zalduendo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Umberto Celli Junior, Universidade de São Paulo, Brasil
Violeta Liliana Chantal González Valdez, Universidad Católica de Asunción, Paraguay
Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil
Welber Barral, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay
Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

EDITOR JEFE

Raphael Carvalho de Vasconcelos

EQUIPO EDITOR

Maidier Méndez
Raphael Carvalho de Vasconcelos

COORDINACIÓN TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández

COLABORADORES

Mirzza Vargas
Renata Cenedesi

ISSN 2304-7887 (en línea)
ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 3, Nº 5, marzo 2015.

Villa Rosalba, 26 de marzo de 2015 - Día del MERCOSUR

La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente.
Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercosur.org.
Las opiniones contenidas en los artículos corresponden exclusivamente a responsabilidad de los autores.

A reprodução total ou parcial desta publicação é permitida sempre que citada a fonte.
Comentários e/ou sugestões são bem-vindos no correio eletrônico revista@tprmercosur.org.
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO

Roberto Ruiz Díaz Labrano7

Mensaje del editor - Asunción: la capital jurisdiccional del MERCOSUR

Raphael Carvalho de Vasconcelos13

Sección I – Seção I Inversiones - Investimentos

La incorporación de los “ADR” al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras

Enrique Fernández Masiá19

Los instrumentos de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones

Ignacio Goicoechea45

Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio

Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo65

Transparência em arbitragens internacionais investidor-estado

Paula Schlee95

Tratamento justo e equitativo a investimentos estrangeiros na Argentina. Análise das expectativas legítimas na jurisprudência do ICSID

Fernando Pedro Meinero115

La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma

Omar E. García-Bolívar137

Prevención de las disputas internacionales de inversión

Luis A. González García165

Sección II – Seção II Inversiones en América del Sur - MERCOSUR Investimentos na América do Sul - MERCOSUL

Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones

Natasha Suñé191

Integração regional e investimento estrangeiro direto, à exemplo do MERCOSUL

Amanda do Valle Correa Ramos e Fernanda Marcos Kallas217

Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur <i>Magdalena Bas Vilizzio</i>	233
Os investimentos internacionais no MERCOSUL: o exemplo bem sucedido do FOCEM <i>Nadia de Araujo e Carolina Noronha</i>	255
O MERCOSUL e as controvérsias sobre investimentos <i>Vivian Daniele Rocha Gabriel e José Augusto Fontoura Costa</i>	267
El derecho como promotor de inversiones en países de Latinoamérica <i>Hugo Estigarribia</i>	285
Comentarios sobre la nueva ley de inversiones extranjeras de Venezuela <i>Ivette Esis Villarroel</i>	295
Una sala de arbitraje de inversión para Suramérica y El Caribe <i>Pedro Duarte Llovera</i>	317

Sección III – Seção III

Medio Ambiente y Desarrollo - Meio Ambiente e Desenvolvimento

Os investimentos estrangeiros e o direito ao desenvolvimento <i>Ana Rachel Freitas da Silva</i>	339
Recursos hídricos transfronteiriços no MERCOSUL: sustentabilidade, gestão compartilhada e cooperação internacional <i>Bruno Rodrigues de Almeida, Emília L. de F. Castro e Marilda Rosado de Sá Ribeiro</i>	355
Arbitraje, expropiaciones y ambiente la experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte <i>Luis Fernando Castillo Argañarás</i>	391

Sección IV– Seção IV

Otros Temas Contemporáneos - Outros Temas Contemporâneos

Breve manifiesto sobre el Estado Constitucional <i>Raúl Gustavo Ferreyra</i>	407
Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo <i>André de Carvalho Ramos</i>	423
Norma Editorial	447

PRÓLOGO

El Tribunal Permanente de Revisión dedica el presente número de la revista a uno de los temas más destacados que interesan a los Estados que conforman el Mercosur, lo ha hecho en la certeza de que las inversiones son un factor fundamental para el desarrollo y que el enfoque doctrinario y regional por diversos autores, contribuirá a esclarecer diversos puntos sobre los cuales se asienta actualmente el debate sobre las inversiones extranjeras y los conflictos o controversias entre inversores y receptores de la inversión.

Un enfoque regional implica la posibilidad de adoptar políticas e instrumentos comunes respecto a la promoción y protección de la inversión dentro del bloque como fuera de él, de allí la importancia que el tema adquiere, tomando en cuenta la necesidad de capital e inversión y los intereses que esta relación representa frente a las restricciones o apertura del mercado de inversiones.

Los temas son múltiples desde analizar y determinar el concepto y alcance de la inversión regional o extra regional, hasta los criterios y mecanismos para evitar discriminación en la inversión o capital.

No es menos importante el análisis sobre las ventajas que puede representar la suscripción de los acuerdos de promoción y protección recíproca para las inversiones “APPRIS” u otro tipo de acuerdo de protección, si estimula o no la inversión directa y si puede ser un camino para obtener medios para el desarrollo.

En lo puramente regional se trata de verificar si tal como se afirmara en el Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el Mercosur¹ intensificará efectivamente la cooperación económica y acelerará el proceso de integración incrementando el desarrollo de los Estados Parte.

En general acuerdos de ésta índole buscan la seguridad necesaria a la inversión, previsibilidad sobre las condiciones establecidas y las garantías respecto a las medidas adoptadas por razones de interés público por los Estados, sin que impliquen tratos discriminatorios, de modo tal que se garantice el Trato Nacional a toda inversión realizada en el territorio de otro Estado Parte.

¹ Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR. MERCOSUR/CMC/DEC No. 11/93: Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (INTRAZONA).

Lo que esencialmente se busca es estimular la inversión, crear el marco legal común adecuado que garantice y proteja contra las medidas injustificadas o discriminatorias en contra del inversor y que las medidas de nacionalización, expropiación o de efectos similares no representen políticas discriminatorias y obedezcan a razón de real interés público, garantizando por cierto una indemnización justa.

No es casual que luego de cierto tiempo, el tema de un posible acuerdo de promoción y protección de inversiones se haya reavivado, o que el tema resurja con fuerza a raíz de la necesidad de capital por un lado, pero también para hacer más previsible el sistema de solución de controversias. La dura experiencia de los países de la región en los arbitrajes de inversión derivados de los acuerdos de protección a la inversión, como la experiencia de los arbitrajes CIADI en alguno de los Estados Parte, es suficiente motivo para volver a analizar seriamente el ámbito en que podrían ser desarrolladas las controversias sobre inversión en la región, es decir ampliando las opciones de arbitraje internacional con que cuente el inversor pero en un ámbito regional.

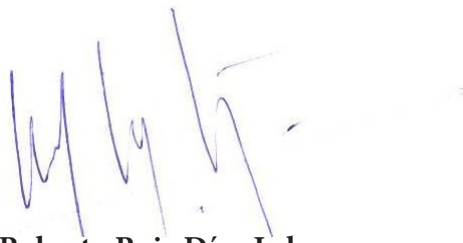
Los países miembros del Mercosur en el 2010 y por medio de la Decisión CMC N° 30/10 acordaron iniciar o aún mejor reiniciar los trabajos para desarrollar un proyecto de Acuerdo de Inversiones al interior del bloque en la línea de los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones o APPRI.

Las reuniones prosiguen pero no se ha alcanzado aún un consenso o una aproximación para lograr el acuerdo, las discrepancias no son pocas, pero es evidente que el interés existe y que el trabajo emprendido es serio, puesto que no se funda en la sola aspiración de lograr un acuerdo sino de verificar los existentes y el flujo de capital o inversión que pudieran haberse producido partiendo de los acuerdos suscritos por los Estados Parte.

Frente a esta situación, en este número de la revista, destacados autores, abordan desde diversos ángulos las aristas jurídicas de las inversiones directas, como por ejemplo la situación y experiencia jurisprudencial generada por los conflictos de interpretación e incumplimiento de acuerdos de inversión resueltos a través de sistemas arbitrales.

La experiencia y la legislación de algunos de los Estados Parte, la inversión extranjera y el derecho al desarrollo, así como los instrumentos de la Conferencia de La Haya tendientes a facilitar el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones, la inversión a través de FOCEM en el Mercosur, son entre otros desarrollados junto con aportes más especiales.

En los aportes se visualiza en general la preocupación por los denominados arbitrajes de inversión y los aportes contribuyen a dar claridad sobre la complejidad que representa comprender adecuadamente el sistema arbitral, lo cual nos lleva a destacar nuevamente el acierto de la temática a la cual se destina el presente número y la contribución que significa cada una de las monografías publicadas.



Roberto Ruiz Díaz Labrano
Presidente
Tribunal Permanente de Revisión

PRÓLOGO

O Tribunal Permanente de Revisão dedica o presente número da revista a um dos temas mais destacados que interessam aos Estados que conformam o MERCOSUL, o fez com a certeza de que os investimentos são um fator fundamental para o desenvolvimento e que o enfoque doutrinário e regional por diversos autores contribuirá a esclarecer diversos pontos sobre os quais se assenta atualmente o debate sobre os investimentos estrangeiros e os conflitos ou controvérsias entre investidores e receptores de investimento.

Um enfoque regional implica a possibilidade de adotar políticas e instrumentos comuns a respeito da promoção e proteção do investimento dentro do bloco como se dele fosse, daí a importância que o tema adquire levando-se em consideração a necessidade de capital e de investimentos e os interesses que essa relação representa perante as restrições ou a abertura do mercado de investimentos.

Os temas são múltiplos desde analisar e determinar o conceito e o alcance do investimento regional ou extrarregional, até os critérios e mecanismos para evitar discriminação no investimento ou no capital.

Não é menos importante a análise sobre as vantagens que pode representar a assinatura dos acordos de promoção e proteção recíproca para os investimentos “APRI” ou outro tipo de acordo de proteção, se estimula ou não o investimento direto e se pode ser um caminho para a obtenção de meios para o desenvolvimento.

No puramente regional, trata-se de verificar se, tal como se afirmava no Protocolo de Colônia para a promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL¹, intensificará efetivamente a cooperação econômica e acelerará o processo de integração incrementando o desenvolvimento dos Estados Parte.

Acordos desta índole buscam, geralmente, a segurança necessária para o investimento, previsibilidade sobre as condições estabelecidas e as garantias em relação às medidas adotadas por razões de interesse público pelos Estados, sem que impliquem tratamentos discriminatórios, de tal forma que se garanta o tratamento nacional a todo investimento realizado no território de outro Estado Parte.

¹ Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção de Investimentos no MERCOSUL. MERCOSUL/CMC/DEC No. 11/93; Protocolo de Colônia para a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL (INTRAZONA).

O que se busca essencialmente é estimular o investimento, criar o marco legal comum adequado que garanta e proteja contra as medidas injustificadas ou discriminatórias contra o investidor e que as medidas de nacionalização, expropriação ou de efeitos similares não representem políticas discriminatórias e obedeçam o real interesse público, garantindo, claro, uma indenização justa.

Não é casual que, após certo tempo, o tema de um possível acordo de promoção e proteção de investimentos tenha se reavivado, ou que o tema ressurgisse com força à raiz da necessidade de capital, por um lado, mas também para tornar mais previsível o sistema de solução de controvérsias. A dura experiência dos países da região em arbitragens de investimento derivados de acordos de proteção de investimentos, como a experiência das arbitragens do ICSID em algum dos Estados Parte, é suficiente motivo para voltar a analisar seriamente o âmbito, no qual poderiam ser desenvolvidas as controvérsias sobre investimentos na região, é dizer, ampliando as opções de arbitragem internacional com que conte um investidor, mas em um âmbito regional.

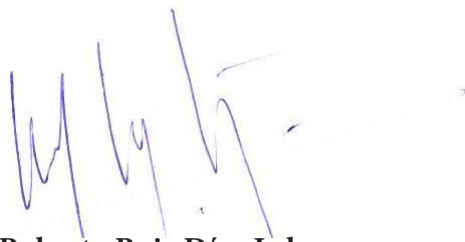
Os países membros do MERCOSUL, em 2010 e por meio da Decisão CMC N° 30/10, acordaram iniciar, ou melhor, reiniciar os trabalhos para desenvolver um projeto de Acordo de Investimentos no interior do bloco em linha com os Acordos de Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos – ou APPRI.

As reuniões prosseguem, mas não se alcançou ainda um consenso ou uma aproximação para um acordo, as discrepâncias não são poucas, mas é evidente que o interesse existe e que o trabalho empreendido é sério, posto que não se funda apenas na aspiração de conseguir um acordo, mas de verificar os existentes e o fluxo de capital ou investimento que se poderia haver produzido partindo dos acordos assinados pelos Estados Parte.

Frente a esta situação, neste número da revista, destacados autores abordam a partir de diversos ângulos os contornos jurídicos dos investimentos diretos, como, por exemplo, a situação e experiência jurisprudencial gerada pelos conflitos de interpretação e descumprimento de acordos de investimentos resolvidos por sistemas arbitrais.

A experiência e a legislação de alguns dos Estados Parte, o investimento estrangeiro e o direito ao desenvolvimento, assim como os instrumentos da Conferência da Haia tendentes a facilitar o desenvolvimento de negócios internacionais e os investimentos, o investimento por meio do FOCEM no MERCOSUL, são, entre outros temas, desenvolvidos em conjunto com aportes mais especiais.

Nos aportes visualiza-se, em geral, a preocupação com as denominadas arbitragens de investimento e contribuem a dar clareza à complexidade que representa compreender adequadamente o sistema arbitral, o qual nos leva a destacar novamente o acerto da temática, para qual se destina o presente número e a contribuição que significa cada uma das monografias publicadas.



Roberto Ruiz Díaz Labrano
Presidente
Tribunal Permanente de Revisão

MENSAJE DEL EDITOR - MENSAGEM DO EDITOR

ASUNCIÓN: LA CAPITAL JURISDICCIONAL DEL MERCOSUR*

ASSUNÇÃO: A CAPITAL JURISDICCIONAL DO MERCOSUL

*Raphael Carvalho de Vasconcelos***

¿Cómo surge un centro de derecho internacional? ¿Cómo se diseña la vocación cosmopolita de una ciudad? Elementos como el comercio y las finanzas explican la internacionalización de Nueva York y de Londres, por ejemplo (y, en menor escala, de San Pablo también). Pero estos no son los únicos elementos involucrados con la consolidación de un centro urbano cosmopolita. La instalación de sedes de organizaciones pluriestatales o, específicamente, de un tribunal internacional puede también servir para promover o acelerar ese fenómeno. Ginebra, La Haya, Luxemburgo y San José conformarían ejemplos actuales de ese segundo grupo de ciudades mundializadas.

Asunción, capital de la República del Paraguay, será la próxima.

Las perspectivas multiconectadas de la ciudad no tienen relación con el título de “Capital Jurídica del MERCOSUR”, que posee en razón de haber dado lugar a la firma del tratado de 1991 que creó el MERCOSUR. Sus perspectivas son jurisdiccionales. Asunción podrá, por varias razones, tornarse en el centro jurisdiccional más importante de la región, al cual los individuos acudirán para solucionar dudas relacionadas a la aplicación y a la interpretación del derecho regional.

La estructura intergubernamental del MERCOSUR induce al observador de su sistema de solución de controversias a creer que solo tendrían legitimidad para acceder los estados. Por mucho tiempo, de hecho, fue así, pero el sistema se desarrolló y hoy cuenta con canal abierto a la participación ciudadana. Y esa podrá ser la clave de una nueva vocación para Asunción.

En panorama histórico sintético, el tratado fundacional de

* Versión en castellano del ensayo publicado en la “Revista Diálogo: Protagonismo Cidadão e Identidade Regional”, Porto Alegre - Brasil. El autor agradece la revisión ortográfica y gramatical realizada por la profesora Natasha Suñé.

** Magister y Doctor por la USP. Magister y Doctor por la UERJ. Profesor de la UFRRJ, Río de Janeiro - Brasil. Secretario del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción - Paraguay. E-mail: rvasconcelos@tprmercosur.org

la organización estableció un sistema provisorio para solucionar controversias caracterizado por negociaciones intergubernamentales directas. El Protocolo de Brasilia, de diciembre del mismo año de 1991, trajo elementos jurisdiccionales a la solución de litigios en la región al crear la estructura de los tribunales ad hoc - instancias arbitrales conformadas para decidir conflictos específicos que se disolvían con el pronunciamiento del laudo definitivo. Ese sistema fue extensamente reformado en 2002 por el Protocolo de Olivos, tratado que buscó traer más institucionalidad a la solución jurisdiccional de controversias en el MERCOSUR.

Con Olivos nació el Tribunal Permanente de Revisión – TPR: órgano jurisdiccional arbitral permanente creado para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos jurídicos del proceso de integración.

El TPR tiene su sede en la Villa Rosalba, emblemático edificio localizado en Asunción que integra el patrimonio histórico de la República del Paraguay. Inaugurado en 13 de agosto de 2004, el tribunal está conformado por árbitros titulares y suplentes designados por cada estado parte y posee una secretaría permanente compuesta por cuatro áreas - secretaría y administración, informática y base de datos, jurídica y biblioteca y archivo de documentos.

Más allá de su característica recursiva, objeto de resistencia por parte de la doctrina jurídica dedicada al arbitraje, el tribunal posee en su vocación de permanencia conformación que presenta idiosincrasia interesante del sistema del MERCOSUR. Especialmente interesante para la ciudad-sede, que podrá aprovecharse de la actividad del órgano.

En el mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR, el TPR posee dos especies de competencias: la contenciosa y la consultiva. La competencia contenciosa puede ser accionada por los Estados como única instancia o como instancia recursiva. Por el recurso de revisión, el tribunal permanente tiene la posibilidad de confirmar o modificar la decisión de un tribunal ad hoc. Su actuación conforma la última etapa del procedimiento ordinario de Olivos, que incluye también las negociaciones directas y la posibilidad de intervención del Grupo Mercado Común.

En lo que se refiere a la competencia consultiva, el TPR puede analizar cuestiones presentadas por los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR, por los Estados en conjunto o por los Tribunales Superiores (Cortes Supremas de Justicia). El Protocolo constitutivo del Parlamento del MERCOSUR también otorgó a ese órgano la posibilidad de encaminamiento de solicitudes de opiniones Consultivas al TPR.

Observadas las competencias mencionadas, verificase que las perspectivas más promisoras para Asunción se encuentran en la posibilidad de envío de consultas por las cortes nacionales. La creación

de un instrumento de armonización de la aplicación del derecho del MERCOSUR por los poderes judiciales locales representó, de hecho, importante avance del Protocolo de Olivos. El instrumento consultivo puede servir para evitar el surgimiento de interpretaciones locales del derecho regional que amenacen su coherencia sistémica y su diseminación será directamente proporcional al aumento del uso del derecho del MERCOSUR por los poderes judiciales locales en sus decisiones.

Los órganos internos de los cuatro miembros fundadores del MERCOSUR - Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay - ya reglamentaron el encaminamiento de solicitudes de consultas al tribunal internacional. En el caso de Argentina y Brasil, por ejemplo, las reglamentaciones judiciales establecieron que miembros del poder judicial y también particulares tendrían legitimidad para solicitar la formulación de un pedido de opinión consultiva al TPR.

No existen motivos para cuestionar la participación directa del particular por la vía consultiva al sistema jurisdiccional regional. Se trata, en realidad, de clara contribución de los poderes judiciales locales a la aproximación de la ciudadanía a la integración regional. Remarcable avance.

¿Pero qué tendría Asunción que ver con eso?

¿Cuáles serían sus perspectivas?

Asunción, como la gran mayoría de las ciudades latinoamericanas no posee vocación cosmopolita innata. Su dinamismo comercial y la inserción a cada día mayor de Paraguay en el mercado internacional no se reflejan de manera ostensiva en su cotidiano jurídico y sus frecuentes situaciones multiconectadas no conforman parte relevante de la actividad de sus tribunales. La sede del TPR en la ciudad cambiará ese perfil.

El número de consultas encaminadas al tribunal por los poderes judiciales nacionales basados en casos concretos en trámite es aún tímido. Tan solo cinco fueron presentadas desde el año 2007. De esas cinco, sin embargo, dos - aunque las partes solicitantes hayan posteriormente desistido - llegaron al tribunal en el año de 2014.

El proceso es lento, no se puede negar. Convencer a jueces y a las partes en litigio de que la interpretación de una normativa regional puede ser solicitada a un tribunal internacional no es tarea sencilla. Mismo llevar el instrumento al conocimiento amplio de los miembros del poder judicial ya se muestra bastante difícil. Despacio, pero de manera continua, la información se difunde y la consolidación de las opiniones consultivas es cuestión de tiempo.

¿Pero cuáles serían las reales perspectivas de Asunción?

Ciudades como Luxemburgo - o La Haya ya hace mucho - tuvieron sus perfiles de multiconexión totalmente impactados y modificados por

la actividad jurisdiccional internacional. Con la instalación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su consolidación, la abogacía del principado tuvo su perfil radicalmente cambiado y pasó del localismo estricto a la amplia multiconexión al verse obligada a especializarse en el ofrecimiento de servicios específicos relacionados a la actuación junto al tribunal como correspondiente de estudios jurídicos de todas las partes de Europa.

Paralelamente a la perspectiva proyectiva, el TPR desarrolla hoy en Asunción constantes estrategias de aproximación a la sociedad – con énfasis a la comunidad académica. Estudiantes, profesores e investigadores tienen libre acceso a la biblioteca institucional – que cuenta con uno de los más importantes acervos especializados en derecho internacional del MERCOSUR. La Villa Rosalba recibe, también, frecuentemente visitas técnicas de universitarios e investigadores, y más allá de incluir charlas, pueden contar con simulaciones de arbitraje.

Al mismo tiempo, la secretaría del tribunal organiza con frecuencia seminarios gratuitos, en los cuales cuenta con la presencia de distinguidos académicos de distintos países. Así, el TPR busca no sólo cumplir su función de órgano jurisdiccional del MERCOSUR, sino también acercarse a la sociedad y, difundiendo su misión, contribuir para la construcción y para el desarrollo de la identidad MERCOSUR.

Otro emprendimiento que cobra merecido destaque académico es la revista jurídica de la secretaría del tribunal (www.revistastpr.com). La publicación, dedicada al derecho internacional y principalmente al derecho del MERCOSUR, cuenta con dos números anuales. Importantes catedráticos, profesionales del derecho y también estudiantes participan activamente de la iniciativa.

Todas las informaciones acerca de las actividades y proyectos del TPR se encuentran disponibles *online* (www.tprmercosur.org). El Tribunal Permanente de Revisión está definitivamente abierto a la sociedad y ofrece a Asunción una de las más prometedoras oportunidades de internacionalización de la región.

La capital jurídica del MERCOSUR será también su centro jurisdiccional.

Y pronto.

Tribunal Permanente de Revisión: Derecho para la Integración.

Sección I – Seção I

Inversiones

Investimentos

LA INCORPORACIÓN DE LOS “ADR” AL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS

A INCORPORAÇÃO DOS “ADR” AO SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

*Enrique Fernández Masiá**

Resumen: *En los últimos años, los problemas planteados por el arbitraje internacional en el ámbito de las disputas inversor-Estado han eliminado en gran medida muchas de las ventajas que aquel tenía respecto a la posibilidad de acudir a los tribunales estatales. La opción de acudir a los métodos de solución de controversias alternativos –ADR– podría suponer una mejora en la actual configuración del sistema de solución de controversias inversor-Estado, logrando una respuesta más eficaz, rápida y adecuada a los intereses de las partes enfrentadas. Para ello, en primer lugar, se hace necesario contar con reglas específicas que tengan en cuenta las especiales características de este tipo de disputas –Reglas IBA– y, en segundo lugar, es preciso que los Estados sean conscientes de la propia existencia de estos ADR e impulsen una acción conjunta que permita incluirlos de manera expresa en los futuros Acuerdos Internacionales de Inversión.*

Resumo: *Nos últimos anos, os problemas propostos pela arbitragem internacional nas disputas investidor-Estado eliminaram em grande medida muitas vantagens que o primeiro tinha para provocar tribunais estatais. A opção de fazer uso dos meios alternativos de solução de controvérsias - ADR - poderia supor uma melhora na atual configuração do sistema de resolução de disputas investidor-Estado, atingindo resposta mais eficaz, rápida e adequada aos interesses das partes em litígio. Par tanto, em primeiro lugar, faz-se necessário contar com regras específicas que levem em consideração as particularidades características desse tipo de disputa - Regras IBA - e, em segundo lugar, é preciso que os Estados*

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de Albacete. Universidad de Castilla-la Mancha - España. E-mail: Enrique.Fdez@uclm.es
Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto titulado “ADR y justicia: ¿globalización o localización?”, PROMETEO II/2014/081 (GV).

sejam conscientes da própria existência desses ADR e impulesem uma ação que permita incluí-los de maneira expressa em futuros Acordos Internacionais de Investimentos.

Palabras clave: Acuerdos Internacionales de Inversión, Arbitraje Inversor-Estado, ADR, Conciliación, Mediación

Palavras-chave: Acordos Internacionais de Investimentos, Arbitragem Investidos-Estado, ADR, Conciliação, Mediação

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras es objeto hoy de grandes titulares en la prensa a nivel mundial¹. Sin ir más lejos, partidarios y detractores del arbitraje internacional publican sus opiniones en estos últimos meses con enfrentamientos subidos de tono en relación con la posibilidad de incluir un capítulo relativo a los métodos de resolución de controversias inversor-Estado dentro del Acuerdo de Libre Comercio que se está negociando actualmente entre la Unión Europea y Estados Unidos. Las instituciones europeas y, en especial la Comisión, se están viendo sometidas a una enorme presión y, para intentar mostrar una enorme transparencia en la toma de decisiones en este asunto y tomar en consideración las opiniones de todas las partes que pudieran tener intereses, lanzó una consulta pública a mediados del 2014 que ha recibido más de 150.000 respuestas, una cifra nunca alcanzada ni de lejos en ninguna otra consulta de estas características².

Las razones que están detrás de este movimiento son múltiples, pero ante todo, reflejan una puesta en entredicho de la configuración actual del sistema de solución de controversias en materia de

1 Sirva como ejemplo el artículo publicado en la revista The Economist, el 11 de octubre de 2014 bajo el título "A Better Way to Arbitrate", y que puede consultarse en la dirección electrónica <<http://www.economist.com/news/leaders/21623674-protections-foreign-investors-are-not-horror-critics-claim-they-could-be-improved>> [consultado el 20 de enero de 2015].

2 La consulta pública fue organizada entre el 27 de marzo y el 13 de julio de 2014. Vid. "Public Consultation on Modalities for Investment Protection and ISDS in TTIP", disponible en la dirección electrónica: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf> [consultado el 20 de enero de 2015]. El 13 de enero de 2015 la Comisión europea ha publicado un informe basado en las respuestas a dicha consulta. En este informe se identifican cuatro importantes cuestiones que serán objeto de un estudio más profundo en los próximos meses: la protección del derecho a regular, la relación existente entre los tribunales estatales y el sistema de resolución de controversias inversor-Estado, el establecimiento y funcionamiento de los tribunales arbitrales y por último, las revisiones de los laudos mediante un procedimiento de apelación. Este informe puede consultarse en la dirección electrónica: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf> [consultado el 20 de enero de 2015].

inversiones extranjeras. Un sistema basado en la utilización del arbitraje internacional como medio para resolver los conflictos inversor-Estado, arbitraje contemplado expresamente en las disposiciones de los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones –en adelante AII–³. Y si bien, hasta ahora las posiciones adoptadas mayoritariamente por parte de los Estados son de continuar con el actual sistema, se están empezando a producir importantes modificaciones tanto a nivel sustancial en el actual Derecho Internacional de Inversiones como a nivel procesal en la manera de resolver las controversias presentes en este ámbito. En este sentido, una de los caminos a explorar para intentar mejorar el sistema es incorporar de manera importante el fomento y la utilización de los métodos alternativos de solución de controversias –métodos ADR– como un decisivo y previo complemento al arbitraje internacional⁴. Nuestro objetivo en este trabajo es precisamente realizar unas primeras consideraciones sobre esta cuestión.

2. EL ACTUAL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

El Derecho Internacional sobre inversiones extranjeras no está basado en un gran Tratado multilateral, a pesar de algunos intentos que

³ Si bien tradicionalmente, estos Acuerdos básicamente tenían una naturaleza bilateral, donde los Estados parte asumían recíprocamente una serie de compromisos de promoción y protección de las inversiones realizadas por los inversores de la otra parte contratante –de ahí la terminología típica utilizada designándolos como Tratados bilaterales sobre promoción y protección de inversiones–, hoy en día esta materia se incluye como una más dentro de una negociación más amplia de Acuerdos de Libre comercio y Acuerdos de integración económica, donde se contemplan normas relativas al libre movimiento de mercancías, servicios, capital y personas. El fenómeno de la integración regional ha conducido a la inclusión de disposiciones sobre inversiones en algunos Tratados de Libre comercio multilaterales. Entre otros, nos estamos refiriendo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte –TLCAN–, del que forman parte los Estados Unidos, Canadá y México, El Tratado de la Carta de la Energía, el Acuerdo sobre Libre Comercio de Cartagena de 1994 entre México, Colombia y Venezuela, los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires sobre inversión del MERCOSUR de 1994, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana de 2004, el Acuerdo sobre inversiones de la ASEAN del 2009, el Acuerdo de Libre Comercio entre la ASEAN, Australia y Nueva Zelanda de 2009 o el Acuerdo sobre inversiones entre la ASEAN y China de 2009. Igualmente, un buen ejemplo en la actualidad lo constituye el Acuerdo que se está negociando entre los países más importantes del área del Pacífico para crear una zona de Libre comercio –Acuerdo de Asociación Transpacífico, TPP en sus siglas en inglés–. Del mismo modo, esta es la idea presente en la negociación de los Acuerdos de la Unión Europea en este ámbito –especialmente con Canadá, Estados Unidos, India, China y Singapur–.

⁴ COE, J.J. “Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes – A Preliminary Sketch”. *University of California Davis Journal of International Law & Policy*. 2005, vol 12, p. 7-46; SALACUSE, J.W. “Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution”. *Fordham International Law Journal*. 2007, vol 31, p.401-448; WELSH, N. y KUPFER SCHNEIDER, A. “The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration”. *Harvard Negotiation Law Review*. 2013, vol 18, p.71-144; FRANCK, S. “Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide”. *ICSID Review*. 2014, vol 29, p. 66-89; UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*. New York: United Nations, 2014.

se han llevado a cabo históricamente. Por el contrario, podemos hablar que las reglas y estándares de protección se encuentran atomizadas, ya que las mismas se contemplan en multitud de AII tanto bilaterales como multilaterales⁵. Sin embargo, esta primera idea no debe llevarnos a imaginarnos un absoluto caos y desorden en este ámbito, pues en gran parte de las ocasiones, los Estados negocian un mismo Acuerdo modelo con sus contrapartes, repitiendo una misma redacción y terminología⁶. Aun a pesar de ello, sin embargo, hemos de ser conscientes que dados los diferentes intereses y el poder de negociación de cada Estado, no es posible ni mucho menos que los distintos AII cuenten con una estructura estandarizada y un mismo tenor literal. Teniendo en cuenta esta premisa, estos Acuerdos suelen contemplar una serie de derechos básicos para el inversor, que incluyen el tratamiento justo y equitativo, la plena protección y seguridad, el principio de no discriminación, la cláusula de la nación más favorecida, la protección del inversor frente a la expropiación y el compromiso de permitir la libre transferencia de rentas⁷.

Dentro de la estructura tradicional de los AII se contemplan los métodos de solución de controversias, tanto los relativos a las controversias interpartes del Convenio, como los atinentes a las disputas inversor-Estado. En relación con estos últimos, la incorporación de los mismos supone un cambio sustancial respecto de las reglas tradicionales en Derecho internacional. Y ello, porque se busca despolitizar las disputas en materia de inversiones extranjeras, de tal manera que al propio inversor se sitúa en pie de igualdad respecto al Estado receptor de la inversión. Se permite la posibilidad de no acudir a los tribunales estatales, sino que se abre directamente la vía arbitral, logrando garantizarse un foro neutral, imparcial e independiente de las partes en conflicto⁸. Esta “garantía” para el inversor además viene respaldada porque, en la gran

5 En este sentido, SCHILL, S. y JACOB, M. “Trends in International Investment Agreements 2010-211: The Increasing Complexity of International Law”. *Yearbook on International Investment Law and Policy*. 2012, p. 141 y ss; UNCTAD. “The Rise of Regionalism in International Investment Policymaking: Consolidation or Complexity”. *II Issues Note*. 2013, n° 3.

6 BROWN, C. “Introduction: The Development and Importance of the Model Bilateral Investment Treaty”. En: BROWN, C. (ed). *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 8-11.

7 PASCUAL VIVES, F. J. “Las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras en la segunda generación de APPRI españoles”. *Revista Española de Derecho Internacional*. 2009, n° 2, p. 411-440; GONZALEZ DE COSSIO, F. Arbitraje de inversión. México: Porrúa, 2009, p. 119-242; DOLZER, R., y SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 89-194; VALENTI, M. *Gli standard di trattamento nell’interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*. Torino: Giappichelli, 2009.

8 SCHILL, S. “Private Enforcement of International Investment Law: Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement”. En: WAIBEL, M.; KAUSHAL, A.; CHUNG, K.L. y C.Balchin (ed). *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*. La Haya: Kluwer, 2010. p. 29-50.

mayoría de las ocasiones, se produce un consentimiento “avanzado” por parte estatal a dicho procedimiento arbitral en las disposiciones que regulan estos métodos de solución de controversias dentro de los AII, una “oferta de consentimiento” que suele optar por la posibilidad, entre otras, de acudir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –en adelante CIADI–⁹.

Este esquema de funcionamiento, sin embargo, ha sido puesto en entredicho estos últimos años, al compás de un incesante aumento de la litigiosidad en este ámbito¹⁰. En primer término, por los países que se han visto envueltos en un mayor número de casos como demandados, en especial algunos Estados latinoamericanos, como Venezuela, Ecuador, Bolivia y Argentina. Así, los tres primeros han decidido denunciar la Convención CIADI¹¹. Por otra parte, otros Estados en desarrollo han reformulado sus políticas sobre inversiones extranjeras, como India con la adopción de un nuevo Acuerdo modelo sobre inversiones en 2014 o, Sudáfrica con una nueva Ley sobre inversiones que debería aprobarse en este año 2015.

Pero no sólo estos países buscan cambiar el esquema tradicional en el que se ha basado el Derecho internacional de inversiones los anteriores decenios. Aunque pueda parecer sorprendente, algunos Estados desarrollados han modificado también su postura propugnando cambios en su política y ello, en gran medida, por la experiencia sufrida de ver que son cada vez más demandados en los tribunales arbitrales internacionales por parte de inversores de otros Estados. Ejemplo meridiano ha sido la actitud mostrada por Australia, que tras ver como se iniciaba por parte de Philip Morris un procedimiento arbitral que impugnaba la adopción de medidas gubernamentales antitabaco, tomó como posición oficial rechazar toda posibilidad de incluir al arbitraje internacional como método de solución de controversias en sus AII¹². Sin embargo, hemos de señalar que la llegada de un nuevo gobierno a

9 Dicha institución arbitral fue establecida por el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. El arbitraje CIADI –esto es, aquel que se realiza de acuerdo con las disposiciones de la Convención y con su reglamento de arbitraje– es el más utilizado en el ámbito de las inversiones internacionales debido a sus características específicas en relación con el resto de arbitrajes internacionales, en especial, por sus caracteres de autonomía e independencia respecto de los tribunales nacionales y su régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Para un análisis en profundidad, Vid. FERNANDEZ MASIÁ, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral ante el CIADI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

10 FERNANDEZ MASIÁ, E. “Arbitraje inversor-Estado: de “bella durmiente” a “león en la jungla”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2013, nº 26, p. 6-15.

11 TITI, C. “Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas”. *Arbitration international*. 2014, vol 30, nº 2, p. 363-365.

12 KURTZ, J. “Australia’s Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication”. *ICSID Review*. 2012, vol 27, nº 1, p. 65 y ss.; TRAKMAN, L.E. “Investor State Arbitration or Local Courts. Will Australia Set a New Trend?”. *Journal of World Trade*. 2012, vol 46, nº 1, p.83 y ss.

este país ha supuesto un cambio de postura respecto a esta cuestión, dejando la opción de incluir un capítulo relativo a los métodos de solución de controversias inversor-Estado a un estudio pormenorizado caso por caso¹³.

Tras estas actitudes y comportamientos descansa un arsenal de críticas a la actual configuración del Derecho internacional de inversiones¹⁴. En primer lugar, se cuestionan aspectos sustantivos derivados de observar la interpretación llevada a cabo por los tribunales arbitrales de algunos de los derechos otorgados a los inversores dentro de los AII, una amplia interpretación que en gran medida, se debe a la ambigua y vaga redacción de estos estándares en las disposiciones convencionales¹⁵. Pudiera decirse que para muchos Estados se ha ido deMASIÁdo lejos en la protección del inversor y el Estado se encuentra en una posición de “prisionero”, pues no tiene suficiente libertad para poder ejercer sus poderes regulatorios en determinados ámbitos de gran importancia para su población, como la mejora de la salud o la protección del medio ambiente. No es extraño que en los últimos años, como respuesta directa a estas preocupaciones, se adopten AII de una gran minuciosidad, en donde se han clarificado enormemente las obligaciones de protección impuestas al Estado receptor de la inversión, dando mayor margen a su poder regulatorio en determinados ámbitos y, se haya al mismo tiempo previsto, una serie de obligaciones para el inversor si quiere verse beneficiado de la protección otorgada a nivel convencional¹⁶.

Pero además, y sobre todo debido, a la transposición a este ámbito de disputas del arbitraje internacional utilizado para resolver las controversias en materia del comercio internacional con todas sus características, las críticas también se han centrado en distintas cuestiones procedimentales que no casan del todo con los intereses públicos que están presentes en estas controversias¹⁷. La tradicional confidencialidad

13 Recientemente el Parlamento Australiano ha rechazado la posibilidad de adoptar una Ley en la que se obligase a no ratificar ningún AII que contemplase un capítulo dedicado a los medios de solución de controversias inversor-Estado, comúnmente conocida por la “Anti-ISDS Bill”. Sobre la misma, Vid. el comentario deNOTTAGE, L. “The “Anti-ISDS Bill” before the Australian Senate” [consultado el 20 de enero de 2015]. Disponible en la dirección electrónica: <<http://kluerarbitrationblog.com/blog/2014/08/27/the-anti-isds-bill-before-the-australian-senate/>>.

14 Un buen ejemplo lo encontramos en el trabajo de EBERHARDT, P. y OLIVET, C. *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom* [en línea]. s.l: Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, 2012 [consultado el 20 de enero de 2015]. Disponible en: <<http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>>.

15 VIRGOS SORIANO, M. “La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras”. *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. 2014, vol 7, n° 3, p. 660-661.

16 Sobre esta cuestión puede consultarse el excelente trabajo de TITI, C. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Oxford: Hart, 2014.

17 UNCTAD. “Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap”. *IIA issues Note* [en línea]. 2013, n° 2 [consultado el 20 de enero de 2015]. Disponible en: <<http://>

del procedimiento arbitral viene siendo sustituida por una mayor apertura pública del arbitraje, con la publicación de la mayoría de la documentación procesal y de los laudos y la posibilidad de intervención de terceros en el proceso mediante la presentación de escritos del tipo “amicus curiae”. Este esfuerzo de una mayor transparencia ya se ha plasmado, por ejemplo, a nivel mundial dentro de la CNUDMI tanto en la elaboración de un reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión como de una Convención multilateral sobre esta misma cuestión, instrumentos que serán complementados con la existencia de un repositorio público que podrá ser consultado online¹⁸. Del mismo modo, la consustancial posibilidad de la existencia de incoherencias o contradicciones entre las decisiones arbitrales derivado de un sistema no centralizado y de única instancia, puede ser minorada mediante la introducción de un mecanismo de apelación dentro del sistema de solución de controversias inversor-Estado en los AII¹⁹.

En consecuencia, podemos observar que varios de los desafíos y retos planteados por el actual diseño del Derecho internacional de inversiones y su sistema de solución de controversias para las disputas inversor-Estado tratan de ser respondidos dentro del propio esquema existente. Y ello no nos parece rechazable ni mucho menos. Este esquema es precisamente el que ha logrado un incremento cada vez mayor de flujo de inversiones directas a los países en desarrollo, lo que ha contribuido de manera general a una mejora en el bienestar y condiciones de vida de la población a nivel mundial²⁰. A esta misma idea responde las acciones llevadas a cabo dentro de la UNCTAD que buscan una mejora a nivel global del marco jurídico de las inversiones directas extranjeras al mismo tiempo que conseguir un desarrollo sostenible de

unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf>.

18 El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y conciliación), preparó, en primer lugar, un reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión, que fue aprobado por la Comisión en su 46º periodo de sesiones, el 11 de julio de 2013. Este reglamento entró en vigor el 1 de abril de 2014 y se aplica a todos los procedimientos arbitrales entablados en el marco de un tratado de inversión sometidos al reglamento de arbitraje de la CNUDMI, salvo que las partes acuerden otra cosa. En segundo lugar, el 10 de diciembre de 2014 se aprobó por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, que será abierto a la firma el 17 de marzo de 2015. La CNUDMI ha puesto en marcha el registro público de transparencia en la dirección electrónica <<http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>> [consultado el 20 de enero de 2015].

19 En los AII celebrados por Estados Unidos se establece esta posibilidad de creación de un mecanismo de apelación. Recientemente, esta misma opción ha sido copiada por primera vez en un AII sin que participe los Estados Unidos como Estado contratante, en el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Canadá.

20 Idea que ha sido defendida muy recientemente por SCHWEBEL, S. “In Defense of Bilateral Investment Treaties”. *Columbia FDI Perspectives* [en línea]. 2014, n° 135 [consultado el 20 de enero de 2015]. Disponible en: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-135-Schwebel-FINAL.pdf>>.

los países más pobres²¹.

No creo que sea cuestión de romper con todo, a no ser que se sea partidario de rechazar la propia idea de la inversión extranjera directa, sino que se precisan una serie de ajustes en el Derecho internacional de inversiones y por ende, en la actual configuración del sistema de solución de controversias inversor-Estado. En este sentido, la idea de promover y facilitar los métodos de solución de controversias alternativos –métodos ADR- está comenzado a cobrar fuerza en los distintos foros internacionales. Una idea que nos parece altamente atractiva y que, acompañada de otras acciones, como puede ser la introducción de mecanismos de prevención de conflictos dentro de los sistemas administrativos de cada Estado²², pudiera redundar en una mejora del actual sistema que a su vez, podría incrementar los flujos de inversión directa hacia los países en desarrollo. Veamos las características esenciales de estos ADR.

3. LOS “ADR”

Hay que comenzar este apartado realizando una serie de puntualizaciones respecto a lo que en este trabajo entendemos por métodos ADR. En concreto, utilizamos este término en este contexto para referirnos a aquellos medios de solución de diferencias distintos de los que terminan mediante decisiones vinculantes como son tanto la justicia estatal como el arbitraje internacional. Esto es, frente a los medios tradicionales de solución de controversias inversor-Estado como serían los tribunales estatales o el arbitraje internacional se encontrarían los ADR caracterizados por la intervención de un tercero que ayuda a las partes enfrentadas a negociar un acuerdo o arreglo²³.

Una segunda puntualización se refiere a las múltiples matizaciones que se pueden realizar dentro del universo de los ADR. Dependiendo de una serie de factores, como pueden ser, por ejemplo, la finalidad o el momento de intervención del tercero, nos podemos encontrar con varios tipos de ADR²⁴. En este sentido, nuestro análisis se centrará

21 Puede consultarse el informe de la reciente conferencia que bajo el título “Reforming the International Investment Agreements Regime” se realizó en el marco del Foro Mundial sobre Inversión celebrado el 16 de octubre de 2014 en Ginebra, disponible en la dirección electrónica <http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2014/11/Summary_UNCTAD-secretariat_IIA_WIF-2014.pdf> [consultado el 20 de enero de 2015].

22 En países como Colombia, Costa Rica, México y Perú se han puesto en marcha mecanismos dentro de la propia administración del Estado cuyo objetivo principal es evitar la posibilidad de que surjan controversias entre el Estado y los inversores extranjeros. El sistema se fundamenta en una respuesta rápida, la coordinación y la colaboración de las entidades implicadas.

23 BARONA VILAR, S. *Solución extrajurisdiccional de conflictos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p.47 y ss.

24 ESTEBAN DE LA ROSA, G. “Irrupción del movimiento ADR (Alternative Dispute Resolution) en las relaciones transfronterizas”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. 2005, vol 20, p.89-115; MACHO GOMEZ, C. “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en

en los dos ADR principales que estimamos mejor se adecúan a las especiales características de las disputas inversor-Estado: la mediación y la conciliación.

Tanto la mediación como la conciliación son procedimientos esencialmente basados en la voluntariedad de las partes²⁵, lo que también conlleva que para que los mismos puedan conducir a un acuerdo exitoso se precisa una cooperación y participación activa tanto del inversor extranjero como del Estado receptor de la inversión a lo largo de aquellos. Ambos, además, pueden decirse que son dos manifestaciones de lo que podría denominarse negociación facilitada, en el sentido, de que el tercero neutral intenta eliminar los problemas u obstáculos que pueden existir para solucionar la controversia. Sin embargo, los dos procedimientos mantienen diferencias que son visibles tanto en relación con el papel desempeñado por el tercero y las técnicas utilizadas por éste, el nivel de control que tienen las partes sobre el procedimiento así como el grado de formalismo del proceso de solución de su controversia.

De esta manera, la conciliación suele definirse como un procedimiento relativamente formal, en donde el tercero mantiene un control sustancial sobre el proceso y en donde aquel suele recomendar al finalizar un acuerdo por escrito²⁶. No es extraño que dadas sus características, se suela también identificar este procedimiento como un “arbitraje no vinculante”.

Por el contrario, cuando hablamos de mediación nos referimos a un proceso más informal de solución de la controversia²⁷. El tercero ayuda a las partes a encontrar una solución viable, asumiendo tan sólo un cierto control sobre el procedimiento, manteniendo reuniones con las partes y facilitando un diálogo efectivo entre ellas. Se podría llegar a decir que es un proceso de “negociación asistida”.

Una vez examinadas a grandes rasgos cuales son las características principales de los ADR, esencialmente como acabamos de ver, la conciliación y la mediación, es momento de sopesar cuales son las ventajas que se pueden conseguir con su utilización, teniendo en cuenta también que en algunas ocasiones, también es posible que puedan surgir obstáculos que dificulten el uso de estos ADR para resolver todo tipo de disputas que puedan surgir entre un inversor y el Estado receptor de la inversión.

el comercio internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2013, vol 5, nº 2, p. 398-427.

25 DIAGO DIAGO, M.P. “Modelos normativos para una regulación de los MARC (Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos)”. En: CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZALEZ, J. (ed). *Estudios sobre contratación internacional*. Madrid: Colex, 2006. p. 151-178.

26 UNCTAD. Op. Cit. p. 26-27.

27 BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 95-112.

4. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA UTILIZACIÓN DE LOS “ADR” EN ESTE ÁMBITO

La utilización de los ADR en otros ámbitos de solución de controversias es una reciente historia plagada de éxitos. Sin ir más lejos, cada vez en mayor medida, es frecuente recurrir a estos métodos alternativos en disputas entre empresas en el comercio internacional. La apertura y facilitación de estos mecanismos por parte tanto de instituciones públicas como privadas suponen un espaldarazo definitivo para su uso a nivel mundial, el cual viene apoyado por medidas tanto legislativas, como por ejemplo la Directiva europea sobre mediación transfronteriza de 2008²⁸, como de otra índole, especialmente, mediante la adopción de reglas específicamente diseñadas, como por ejemplo, el nuevo Reglamento sobre mediación de la Cámara de Comercio Internacional²⁹.

En este reconocimiento como alternativas viables para resolver las controversias pesan en gran medida las ventajas derivadas de su utilización. Por ello, si se quiere trasladar a los ADR al ámbito de la resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras, presentándolos como una opción real, hemos de analizar si en este contexto igualmente existen y se dan ventajas y beneficios específicos para la expansión de estos métodos, unos beneficios que en todo caso han de ser superiores a los obstáculos que necesariamente se producen y, teniendo en cuenta, por una parte, la especial naturaleza de los contendientes en la controversia, no olvidemos que uno de ellos es un Estado y, por otra parte, la poca o nula experiencia de su uso para resolver una disputa en la que se impugna una medida o actuación estatal.

Si hemos de valorar las ventajas de la utilización de los ADR en las controversias inversor-Estado, éstas serían las siguientes:

a) Un primer y decisivo beneficio derivado del uso de los ADR es el carácter flexible de los mismos³⁰. Una flexibilidad que ayuda tanto

28 Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta Directiva ha sido transpuesta a los Ordenamientos de los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Por lo que hace referencia a España, mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sobre las razones para elaborar esta normativa puede consultarse, BLANCO-MORALES, P.; MORENO HURTADO, D.M.; RODRIGUEZ BENOT, A. YBARRA BORES, A. “Introducción”. En: LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU Sobrino, F. (ed). Mediación en materia civil y mercantil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 28-46; BARONA VILAR, S. Op. Cit. p. 67-76.

29 Estas nuevas reglas entraron en vigor el 1 de enero de 2014 y vienen a sustituir al reglamento ADR de la CCI del 2001. Pueden encontrarse en la dirección electrónica: <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/>> [consultado el 20 de enero de 2015].

30 SUSSMAN, E. (2010) “Investor-State Dispute Mediation: The Benefits and Obstacles”. En: ROVINE, A.W (ed). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers 2009*. Leiden: Nijhoff, 2010. p.332.

al tercero neutral como a las partes tanto en la manera de gestionar el procedimiento como en la solución a encontrar a la controversia suscitada. En efecto, en el arbitraje internacional, los árbitros han de conducir el procedimiento arbitral de acuerdo a unas reglas procesales a las que se hayan sometido las partes, existiendo una mucha menor libertad de la que puede gozar un tercero en una mediación o conciliación para llevar a cabo actuaciones, reuniones o negociaciones que considere precisas.

Pero además, el árbitro en cuanto al resultado se ve constreñido a evaluar los hechos ocurridos de acuerdo con las normas jurídicas aplicables, de manera que ha de interpretar las mismas para determinar si ha existido un incumplimiento o, se ha causado un perjuicio al inversor que conlleve una sanción pecuniaria para el Estado receptor de la inversión. No hay espacio para otras soluciones alternativas, lo cual redundará de manera altamente negativa en la relación inversor-Estado. Por el contrario, en los ADR se pueden buscar soluciones más flexibles, no basadas en las posiciones jurídicas de las partes, sino en las necesidades e intereses de las mismas³¹. Hay, por así decirlo, un mayor margen de maniobrabilidad y creatividad en las soluciones a las disputas.

b) Lo anterior tiene una consecuencia clara y una ventaja inherente: los ADR son un instrumento que permite mantener la relación inversor-Estado, una cuestión que en principio, favorece a ambas partes de la disputa. Si la controversia se enquistara, las posiciones enfrentadas de las dos partes en un procedimiento arbitral con el consiguiente laudo, provocará en casi todas las situaciones, la ruptura de las relaciones entre ambas partes. El pago de una indemnización dineraria y, cuanto más gravosa sea peor, supondrá para el Estado un total distanciamiento con su contraparte. Por ello, el poder solucionar la disputa mediante otras formas de satisfacción, el llegar a acuerdos, supone un apoyo decisivo al mantenimiento de la relación de inversión³². En los ADR no se cuenta para dar solución a la controversia con el límite existente de la compensación económica por parte estatal. Existen otras múltiples alternativas, siempre claro está que no estemos ante la impugnación de una normativa o legislación de carácter general. Pero ante medidas singulares, incumplimientos contractuales o denegaciones de permisos, el espacio para lograr un acuerdo permite acudir a una renegociación de las condiciones o de las circunstancias del proyecto inversor.

c) Un tercer beneficio derivado de la utilización de estos métodos de solución de controversias es su falta de exclusividad. Nada impide que los mismos puedan llevarse a cabo de forma paralela al uso de un

31 HERNANDEZ CRESPO, M. “From Problem to Potential: The Need to Go beyond Investor-State Disputes and Integrate Civil Society, Investors and State at the Local Level”. En: NADAKAVUKAREN, K. (ed). *Poverty and the International Economic Legal System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 227-231.

32 SALACUSE, J.W. Op. Cit. p. 439.

método heterocompositivo como es el arbitraje internacional. Además, esto permite que si las partes llegasen a un acuerdo, el mismo pueda incorporarse como contenido de un laudo, con las consiguientes ventajas derivadas de esta actuación, conducta que por otra parte, permite expresamente el artículo 43.2 de las reglas de arbitraje del CIADI³³.

d) Una cuarta ventaja consiste precisamente en el ahorro de tiempo y dinero en relación al arbitraje internacional o a los tribunales nacionales. Los ADR, al ser utilizados en una fase temprana del surgimiento de la controversia, permiten el no agravamiento de la misma y evitan una multitud de documentación y actuaciones procesales que se plasman en unas costas inasumibles en muchas de las ocasiones para las partes.

e) Una quinta ventaja de un expansivo uso de estos métodos de solución de controversias es la mejora del clima de inversión del Estado receptor. En efecto, el que un Estado se vea inmerso en múltiples demandas y procedimientos arbitrales con la consiguiente posibilidad de ser condenado en un laudo a pagar importantes sumas de dinero, no transmite una imagen positiva de la reputación del país como un Estado que cumple sus obligaciones con los inversores extranjeros. Esta sensación de inseguridad jurídica puede dañar la entrada de flujos de capital extranjeros que suponen un mayor nivel de desarrollo durante un periodo de tiempo, que puede ser más o menos largo, en función de lo que el Estado tarde en conseguir restaurar la confianza perdida. Por tanto, el contar con métodos que preservan la confidencialidad y la privacidad de lo tratado, aunque pudiera parecer que es contraproducente, pueda dar lugar a resultados mucho más satisfactorios para ambas partes.

f) Por último, la experiencia que se va derivando de la utilización de los ADR por la parte estatal permite que en el futuro se pueda acometer de una mejor manera y más adecuada la prevención y gestión de los conflictos con los inversores extranjeros. Determinadas prácticas y medidas pueden ser objeto de nueva valoración y evaluación por parte de las autoridades estatales con el fin de impedir situaciones problemáticas futuras.

Con las ventajas que acabamos de enumerar, no es descabellado afirmar que los ADR deberían de convertirse en una alternativa viable y creíble para resolver las controversias inversor-Estado y que deberían de recibir un impulso potente por parte de todos los usuarios del sistema de solución de disputas en este ámbito con el fin de que su utilización fuese en aumento. Sin embargo, hemos de ser conscientes de que el uso de los ADR también encuentra algunos obstáculos específicos en este concreto contexto y, en especial, debido a la intervención de un Estado como una de las partes en conflicto, lo que puede explicar quizás

33 Regla 43 “Avenencia y Terminación”: ... (2) “Si las partes le presentan al Secretario General el texto completo y firmado de su avenimiento y solicitan por escrito al tribunal que incorpore dicho avenimiento a un laudo, el tribunal podrá hacerlo”.

también la hasta ahora poca utilización de estos métodos en este ámbito. Entre los inconvenientes que se suelen enumerar y que necesitan ser solventados están:

a) En primer lugar, se suele argumentar que la utilización de estos métodos de solución de controversias no suponen sino una carga adicional para las partes contendientes que se verán obligadas a soportar unos mayores gastos y una pérdida de tiempo suplementario, en todas aquellas ocasiones en donde no se llegue a ningún acuerdo. Es verdad que si una de las partes muestra una total indisposición a llegar a un trato negociado, la finalidad de estos ADR queda truncada desde un primer momento, pero hemos de pensar que dicha actitud habrá de ser la excepción y no la regla general.

b) En segundo lugar, hemos de ser conscientes de que los ADR no pueden utilizarse para solventar todo tipo de controversia inversor-Estado. Ello es especialmente patente cuando la parte inversora impugna una disposición o legislación de carácter general en materia de salud o protección del medio ambiente, en donde el Estado no tiene posibilidades de realizar excepciones o llevar a cabo especificaciones en función de los destinatarios. Distinta es la situación en aquellos casos en donde la controversia surge en una relación particular entre el Estado y el inversor como pudiera ser en el marco de un contrato de concesión de larga duración. La renegociación de determinadas cláusulas o la determinación de otras fuentes de ingresos pueden ser soluciones satisfactorias que pueden acordarse.

c) En tercer lugar, un grave obstáculo para una mayor utilización de estos métodos de solución de controversias alternativos lo encontramos en la representación del Estado en dichos mecanismos³⁴. La falta de una contraparte con capacidad propia de poder negociar y adquirir determinadas obligaciones en nombre del Estado es un inconveniente que dificulta enormemente las posibilidades de éxito. Los retrasos por falta de autorización y la necesidad de solicitarla, el complejo organigrama al que responde una administración del Estado, las dificultades para evaluar las personas u órganos responsables de las medidas impugnadas, el reparto de competencias entre las subdivisiones políticas de un Estado, son aspectos que han de estar previstos y solucionados con anterioridad si no se quiere frustrar toda posibilidad de acuerdo amistoso en una fase temprana de la disputa.

d) En cuarto lugar, la falta de utilización hasta ahora de este tipo de métodos de solución de controversias en este ámbito conduce a una cierto desconocimiento por las partes sobre las técnicas a utilizar, al mismo tiempo que genera cierta desconfianza en las mismas sobre la posibilidad de adentrarse en estas vías alternativas. Esta cuestión además ha de conectarse con la escasez actual de terceros neutrales que tengan

34 SALACUSE, J.W. Op. Cit. p. 441.

conocimientos especializados sobre las controversias inversor-Estado y, al mismo tiempo, estén familiarizados con las técnicas a utilizar en los métodos alternativos de solución de controversias.

e) En quinto lugar, nos encontramos con el cada vez mayor escrutinio público de las actuaciones estatales, acelerado por los nuevos canales de información y medios tecnológicos, lo que puede provocar suspicacias sobre el favorecimiento de ciertos inversores extranjeros en detrimento de los nacionales, o en muchas ocasiones, responder a una idea de cierto debilitamiento del Estado frente a los inversores, lo que incide directamente en que los representantes estatales no quieran soportar el riesgo político que puede suponer la concesión de determinados beneficios, ya sean económicos o de otro tipo, dentro del acuerdo pactado³⁵.

Los obstáculos anteriores a la utilización de los ADR en el ámbito de las controversias inversor-Estado son, en gran medida, derivados de la participación del Estado en estos procedimientos. Como quiera que muchos de ellos dependen de su propia organización y estructura, tan sólo un apoyo decidido de los Estados a facilitar este tipo de solución de controversias mediante un acuerdo pactado, podría conseguir un cada vez mayor uso de estas técnicas. En el logro de este objetivo, el contar con unas reglas específicas pensadas para este tipo de controversias conjuntamente con la inclusión expresa de estos métodos dentro del sistema de resolución de disputas inversor-Estado en los AII puede ser un espaldarazo muy importante.

5. LAS REGLAS “ADR” APLICABLES A LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

Contar con unas reglas específicas diseñadas para este tipo de disputas favorece una elección informada y una previsibilidad del procedimiento para ambas partes, amén de permitir una mejor organización, una mayor fluidez y el logro de una importante eficiencia en el proceso ADR. Hemos de señalar que, en la actualidad, existen multitud de reglas ADR diseñadas por múltiples instituciones que facilitan este tipo de procesos, en la gran mayoría, con el objetivo de resolver disputas entre empresas en el comercio internacional. El Reglamento de conciliación de la CNUDMI, o mucho más recientemente, el citado Reglamento de Mediación de la CCI, son claros exponentes. Pero, si nos centramos en aquellas reglas que han sido diseñadas y adoptadas en función de las circunstancias específicas que rodean las controversias inversor-Estado nuestro análisis se ha de circunscribir, en primer lugar, a las reglas de conciliación del CIADI y, en segundo lugar, a las reglas IBA sobre mediación.

35 REISMAN, W. M. “International Investment Arbitration and ADR: Married but Best Living Apart”. *ICSID Review*. 2009, vol 24, nº 1, p. 191.

Desde la creación del CIADI, esta institución ha querido siempre ofrecer una distinción entre los distintos servicios de solución de controversias previstos en la propia Convención de Washington de 1965. Para ello, en 1967 se adoptaron de forma separada unas reglas procesales aplicables al arbitraje (reglamento de arbitraje) y unas reglas procesales aplicables a la conciliación (reglamento de conciliación). Estas últimas contemplan la manera de iniciar y de desarrollarse un procedimiento de conciliación para solucionar las controversias entre un Estado miembro del CIADI y un nacional de otro Estado miembro. De la misma forma, y una vez que se adoptó el Mecanismo Complementario del CIADI en 1978, se diseñaron unas reglas de conciliación aplicables en aquellos supuestos de controversias en donde una de las partes no sea miembro del CIADI³⁶.

La existencia, sin embargo, de esta vía alternativa frente al arbitraje CIADI, no ha contado, ni mucho menos, con el éxito que nos muestran las estadísticas de los procedimientos arbitrales iniciados ante el CIADI, en especial en estos últimos años. Más bien podemos decir que la utilización de la conciliación en el CIADI ha sido muy escasa. Nueve han sido en toda la historia del CIADI, los únicos casos en donde se ha buscado llegar a un acuerdo mediante este tipo de solución de controversias³⁷.

El CIADI parece ser consciente que es preciso revitalizar esta posibilidad en los últimos años, pues el incesante inicio de nuevos casos de arbitraje ha supuesto una carga excesiva de trabajo y necesidades de personal para esta institución. Un primer paso en este sentido ha sido la elaboración independiente de la lista de conciliadores de forma separada totalmente de la lista existente de árbitros. Con ello se quiere poner de manifiesto las características diferentes de ambos procedimientos de resolución de controversias y que los terceros neutrales en los procedimientos de conciliación han de contar con unas especiales habilidades y experiencia³⁸.

La principal razón en la que podemos fundamentar el escaso entusiasmo generado por el procedimiento de conciliación del CIADI lo encontramos en el excesivo formalismo del mismo³⁹. Las reglas de conciliación regulan todo el procedimiento, especificando de manera

36 ONWUAMAEGBU, U. “The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience”. *News from ICSID*. 2005, vol 22, n° 2, p.12-15.

37 Una relación de los casos puede encontrarse en la página web del CIADI: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>> [consultado el 20 de enero de 2015].

38 MOREK, R. “Investor-State Mediation: New IBA Rules”. *Kluwer Mediation Blog* [en línea]. 9-11-2012. [consultado el 20 de enero de 2015]. Disponible en: <<http://kluwermediationblog.com/2012/11/09/investor-state-mediation-new-iba-rules>>.

39 STEVENS, M. y LOVE, B. “Investor-State Mediation: Observations on the Role of Institutions”. En: ROVINE, A.W. (ed). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers 2009*. Leiden: Nijhoff, 2010. p.410-412.

detallada la manera en que las partes seleccionan a los conciliadores. De igual manera, incluyen la constitución de la comisión de conciliación, el funcionamiento de la misma, así como el cumplimiento de su mandato. Por otra parte, detallan las distintas actuaciones procesales que han de realizar las partes ante la comisión de conciliación, concediendo amplias facultades a los miembros de ésta. Si observamos detenidamente el contenido y desarrollo del procedimiento de conciliación contemplado, podemos concluir que nos encontramos realmente ante un procedimiento similar al procedimiento arbitral recogido en la reglas de arbitraje CIADI, pero sin una solución vinculante. Y ahí radica precisamente su gran falla que puede resumirse en el siguiente pensamiento: si las partes son conscientes de que han de asumir unas similares cargas de trabajo y costes económicos en este procedimiento y al final contamos con una decisión que puede ser rechazada por cualquiera de ellas, para qué comenzar un procedimiento de este tipo.

Con el fin de poner manifiesto que las controversias inversor-Estado no son un terreno prohibido para la utilización de los ADR y que, en todo caso, lo que se requiere para una mayor utilización de los mismos es el diseño de una reglas especialmente adaptadas a las características específicas de este tipo de disputas y de las partes enfrentadas en ellas⁴⁰, el Consejo de la International Bar Association adoptó mediante una resolución el 4 de octubre de 2012 las Reglas sobre Mediación Inversor-Estado –Reglas IBA-⁴¹. Estas reglas son el fruto de las discusiones llevadas a cabo en años anteriores dentro del Subcomité de Mediación con Estados de la IBA. Estas reglas establecen un marco procesal flexible y abierto para la resolución de las controversias a través de la mediación. En las mismas se trata de ofrecer una guía para facilitar tanto la labor del mediador como las actuaciones de las partes, fundamentada en todo momento en los principios fundamentales de toda mediación como son la flexibilidad y la autonomía de las partes. De esta manera, se trata de ofrecer una serie de pautas de cómo debería de realizarse una mediación en este contexto, incorporando un método para la designación de los mediadores y delimitando las distintas fases por las que debe transcurrir un procedimiento de este tipo.

Un análisis más profundo de estas reglas permite extraer las siguientes características esenciales de este procedimiento:

a) Se establece su ámbito de aplicación en su artículo 1, señalándose

40 En este sentido, FRANCK, S. Op. Cit. p.15, señala que estas Reglas IBA han de ser un primer paso esencial para legitimar y normalizar la mediación para resolver las controversias inversor-Estado.

41 El contenido de las mismas es accesible en la dirección electrónica <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Mediation/State_Mediation/Default.aspx> [consultado el 20 de enero de 2015]. Sobre las mismas, JOUBIN-BRET, A. y LEGUM, B. "A Set of Rules Dedicated to Investor-State Mediation: The IBA Investor-State Mediation Rules". *ICSID Review*. 2014, vol 29, p. 17-24.

que la aplicación de estas reglas se fundamenta bien en el principio de autonomía de la voluntad de las partes mediante acuerdo de éstas o bien en la decisión del propio mediador.

b) Se incluye la posibilidad en su artículo 4.1, de que las partes puedan optar por la realización de una co-mediación, en donde intervienen, como terceros imparciales en el proceso, dos mediadores en lugar de uno solo. Ya se opte por esta modalidad o por la intervención de un único mediador, se exige que todo mediador tenga una serie de cualidades que vienen requeridas en el Apéndice B a estas Reglas.

c) Se incorpora un procedimiento detallado de designación de la figura del mediador, donde en última instancia, se incluye, en el artículo 4.7 de estas reglas, la posibilidad de que sea el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje quién seleccione la autoridad nominadora que designe al mediador.

d) Se deja claro que este procedimiento es claramente voluntario en cuanto a su resultado, dado que como señala el artículo 7.2 de estas reglas, el mediador nunca tiene la autoridad para imponer a las partes un acuerdo, ya sea parcial o completo, sobre la disputa sometida a esta mediación.

e) En relación con el papel del mediador en el procedimiento, se contempla en el artículo 7.4 de estas reglas, la necesidad de que el tercero imparcial ha de tomar en consideración los deseos de las partes así como las circunstancias concretas del caso y el objetivo global de lograr un acuerdo eficiente de la diferencia.

f) Se refuerza la imparcialidad del procedimiento dado que en todo caso, según señala el artículo 7.5 de estas reglas, el mediador, salvo acuerdo de las partes, no puede nunca actuar en cualquiera otra condición, ya sea letrado, árbitro, perito o testigo, al respecto de la controversia sometida a dicha mediación.

g) Aunque por lo general, en las sesiones de mediación suelen concurrir ambas partes exponiendo sus respectivos puntos de vista, el artículo 8.3 de estas reglas permite que un momento de la mediación puedan llevarse a cabo reuniones privadas con cada una de las partes, denominadas caucus.

h) Aunque en todo caso, son las partes las que tienen el control sobre el resultado del procedimiento, se contempla en el artículo 8.7 de estas reglas, que si así lo requieren las partes, el mediador puede realizar recomendaciones relativas a una resolución adecuada de la diferencia.

i) Se contempla en el artículo 9 de estas reglas, la obligación de realizar una sesión informativa con las partes, que tiene una especial importancia dado que en la misma se les informará a aquellas de los principios y objetivos de este procedimiento, pudiendo valorar si la mediación es un medio adecuado para responder a las necesidades de cada una de ellas.

Al valorar el contenido de estas reglas IBA hemos de ser conscientes que las mismas no son una “revolución” ni mucho menos y encuentran grandes similitudes con otras reglamentaciones, sin embargo, la verdadera innovación que suponen las mismas es su propia existencia, constituyéndose en un útil instrumento para derribar algunos de los obstáculos presentes para el escaso uso de los ADR en este ámbito. Su adopción, conjuntamente con la inclusión expresa de los métodos ADR dentro de los Acuerdos Internacionales de Inversión, pueden suponer un enorme salto cualitativo en los métodos de solución de controversias inversor-Estado.

6. LA INCORPORACIÓN DE LOS “ADR” EN LAS CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO CONTEMPLADAS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Conjuntamente con la existencia y utilización de unas reglas específicamente diseñadas para resolver las controversias inversor-Estado, una acción verdaderamente global que marcaría una decisión inequívoca por parte de los Estados de su firme deseo de involucrarse en el uso de los ADR en sus disputas con los inversores extranjeros sería la inclusión de estos métodos de forma expresa dentro de las cláusulas de resolución de controversias de los AII⁴².

Hemos de señalar en este sentido que, tradicionalmente, las cláusulas de solución de controversias inversor-Estado no suelen contener más que excepcionalmente alguna referencia expresa a los ADR. Ello no significa, por el contrario, que generalmente los inversores tengan abierta directamente la puerta de iniciación de un procedimiento arbitral frente al Estado receptor de la inversión. Es muy común en los AII, tanto bilaterales como multilaterales, que se condicione la activación de un arbitraje a la previa satisfacción de determinadas condiciones procesales⁴³. En este sentido, en estas cláusulas de solución de controversias inversor-Estado se suelen incluir como condiciones desde la necesidad anterior de una revisión administrativa del acto gubernamental que pretende con posterioridad ser impugnado en vía arbitral por parte del inversor, pasando por la necesidad de agotar un plazo temporal en el que se debe buscar entre las partes una solución amistosa de la disputa mediante negociaciones, hasta la inclusión de una

42 LEVESQUE, C. “Increasing the Use of Alternative Dispute Resolution in IIAs”. En: MESTRAL, A. de y LEVESQUE, C. (ed). *Improving International Investment Agreements*. Londres: Routledge, 2013. p.135-157.

43 REQUENA CASANOVA, M. “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*. 2012, n° 24, p.15-18; UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*. Nueva York: United Nations, 2010. p.55-60.

especie de cláusula de agotamiento de los recursos internos de carácter temporal, pues dicha obligación de acudir a los tribunales internos se requiere para un periodo que suele ir desde los seis hasta los dieciocho meses, pudiendo desde ese momento iniciar ya el procedimiento arbitral.

El principal problema que se ha planteado en relación con dichas condiciones procesales dentro de la jurisprudencia arbitral es su necesario cumplimiento para considerar que el tribunal arbitral pueda declararse competente. O dicho de otra manera, si los plazos de agotamiento de los recursos internos o el plazo para lograr una solución amistosa antes de someter la controversia a un procedimiento arbitral tienen un carácter obligatorio. Y aquí, los tribunales arbitrales se han mostrado absolutamente divididos⁴⁴. En este sentido, y como un último ejemplo, podemos citar la decisión del Tribunal Supremo norteamericano de marzo de 2014 en el caso BG Group v. Argentina, en donde se revocó la decisión del tribunal de apelación de Washington, en la cual se había anulado el laudo dictado condenando a Argentina al pago de una condena de 185 millones de dólares porque no se había cumplido por parte del inversor la condición establecida en el AII entre Estados Unidos y Argentina de acudir previamente a la justicia argentina y agotar dicha vía por lo menos durante dieciocho meses antes de iniciar el procedimiento arbitral⁴⁵.

Hemos de señalar además, que la posibilidad de hacer valer en estas situaciones por parte del inversor, la cláusula de la nación más favorecida con el objetivo de beneficiarse de condiciones procesales mucho más laxas contempladas en otro AII que en aquél en donde se fundamenta la iniciación del procedimiento arbitral, provocan todavía una mayor confusión. No es extraño, en este sentido, que algunos de los nuevos modelos de AII, como puede ser el chino o el estadounidense, hayan dejado claro que el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida no alcanza a los métodos de solución de controversias e incluso, otros como el nuevo Acuerdo modelo indio, hayan eliminado totalmente dicha cláusula de su articulado.

Como acabamos de señalar, por tanto, en casi todos los AII se suele incluir un periodo de “enfriamiento” de la disputa, que tendría como inicio la presentación de la notificación de la existencia de la controversia al Estado receptor por parte del inversor. Este periodo suele incluirse señalándose la conveniencia de llegar a un acuerdo amistoso mediante negociaciones y consultas entabladas con seriedad y buena fe, y que únicamente en el caso de fracaso de las mismas podría ser necesario iniciar un procedimiento arbitral. El plazo establecido suele

44 UNCTAD. Op. Cit. p.59.

45 VELARDE SAFFER, L. M. y LIM, J. W. “Revisión judicial de laudos arbitrales de inversión: propuestas para navegar la zona de penumbra entre jurisdicción y admisibilidad”. *Lima Arbitration*. 2014, nº 6, p. 155-165.

ser relativamente corto y no va más allá generalmente de los seis meses. Dado que estas negociaciones son realizadas de manera confidencial, no existen estadísticas fiables que nos pudieran dar una idea del porcentaje de soluciones negociadas exitosas de las disputas entre los Estados y los inversores.

Sea como fuere, lo que si tradicionalmente no suele incluirse en los AII ya sea dentro de este periodo de negociaciones o como una condición posterior obligatoria, es la posibilidad de recurrir a los ADR⁴⁶. Partiendo de la idea de que estos métodos siempre están disponibles para las partes aunque nada se establezca expresamente en los propios AII, hemos de ser conscientes que la experiencia nos muestra que únicamente su incorporación expresa sería un apoyo decisivo para la concienciación de su existencia no sólo teórica y el fomento de su utilización. De otra manera, podría pensarse que si las partes ofrecen acudir a un ADR, se podría percibir que al sugerirlo puede parecer que no se tiene una suficiente confianza en sus pretensiones. La idea, por tanto, sería incorporar una cláusula en la que se señalase que las partes, antes de iniciar el arbitraje, son requeridas a realizar un intento de buena fe de llevar a cabo uno de estos métodos ADR, o al menos de reunirse con el fin de discutir la posibilidad de iniciarlo. Con dicha cláusula se tomaría conciencia de la existencia de los ADR como una solución alternativa al arbitraje y podría ser una manera de lograr incrementar el número de acuerdos voluntarios entre las partes.

Verdaderamente, sin embargo, la cuestión de su inclusión dentro de los AII es compleja. Y ello, porque ya señalamos en un principio, la negociación y adopción de estos Acuerdos es, en muchas ocasiones, una cuestión meramente bilateral, por lo que solamente un comportamiento activo y repetitivo de los Estados en la negociación de nuevos AII o en la renegociación de los ya existentes supondría un verdadero cambio en el sistema de resolución de controversias inversor-Estado. Para transformar esta situación, hay ya factores importantes a tomar en consideración en la actualidad. Primeramente, porque instituciones como la UNCTAD están promoviendo en sus reuniones un apoyo a los ADR como vía complementaria al arbitraje inversor-Estado dentro de su objetivo global de lograr un marco jurídico internacional de inversiones para un desarrollo sostenible⁴⁷. En segundo lugar, porque ya hay Estados que comienzan a incluir los ADR dentro del capítulo de medios de resolución de controversias inversor-Estado en los nuevos AII que viene negociando. En este sentido, estas primeras acciones han de servir como modelo y guía para otros Estados a la hora de fijar su marco jurídico

⁴⁶ Ejemplos excepcionales los encontramos en el artículo 26 del AII entre Japón y Colombia o el artículo 9 del AII entre India y Suecia.

⁴⁷ Un último ejemplo ha sido la reunión de expertos llevada a cabo en Ginebra del 25 al 27 de febrero de 2015 bajo el título "Transformation of the International Investment Agreement Regime".

para las inversiones extranjeras, tanto a nivel convencional como a nivel de legislación interna. De esta manera, por ejemplo, Marruecos, Egipto y Tailandia ya incluyen dentro de sus Acuerdos modelo a la mediación dentro de las opciones disponibles para resolver las posibles disputas que pueden surgir entre los inversores extranjeros y el Estado receptor de su inversión. De la misma manera, y presentándose como una verdadera innovación por parte de la Comisión Europea⁴⁸, se ha incluido el artículo X.19 con el título “mediación” dentro de la sección sexta relativa a los medios de solución de controversias inversor-Estado del capítulo sobre inversiones del texto final del Acuerdo de Libre comercio entre la Unión Europea y Canadá⁴⁹. Esta incorporación de los ADR a este texto convencional supone un importante espaldarazo al reconocimiento del papel que los mismos han de jugar en un futuro en este tipo de disputas, pues es el primero que se ha adoptado desde que las instituciones europeas ejercen sus nuevas competencias derivadas del Tratado de Lisboa en esta materia⁵⁰.

VALORACIÓN FINAL

El momento para incorporar los ADR a los métodos de solución de controversias inversor-Estado parece haber llegado. Es hora de incluir dichos métodos como una alternativa expresa más dentro de las cláusulas de los AII. Todos los usuarios del sistema, esencialmente inversores y Estados, deberían ser conscientes de las ventajas que se derivan de su fomento y utilización.

La solución amistosa de la controversia en un plazo corto de tiempo desde el nacimiento del conflicto ha de permitir que las posiciones

48 Comisión Europea, “Investment Provisions in EU-Canada CETA”, 26 de septiembre de 2014, p.6, disponible en la dirección electrónica: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf> [consultado el 20 de enero de 2015].

49 Muy recientemente, se ha incorporado de igual manera una disposición relativa a un procedimiento de mediación para resolver las controversias inversor-Estado conjuntamente con un Anexo que contempla las reglas aplicables a dicho procedimiento, al texto del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur, Comisión Europea, “Investment Provisions in the EU-Singapore Free Trade Agreement”, 17 de octubre de 2014, p.7, disponible en la dirección electrónica: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152845.pdf>[consultado el 20 de enero de 2015].

50 Sobre esta nueva competencia de la Unión Europea, Vid. REINISCH, A. “The EU on the Investment Path- Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements”. *Santa Clara Journal of International Law*. 2013, vol 12, p. 111-157; FERNANDEZ MASIÁ, E. “El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos de promoción y protección de inversiones en Europa”. En: ESPLÚGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds). *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 329-353; IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I. “Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado”. *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. 2011, vol 4, nº 1, p.117-136.; MORENO GARCÍA-CANO, L. O. y PEREZ IBÁÑEZ, C. “La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones”. *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. 2014, vol 7, nº1, p. 37-60.

enfrentadas de las partes no se enquisten de manera irremediable, pudiendo lograrse una reconducción en gran parte de las ocasiones de las mismas hacia el logro de un acuerdo. Al mismo tiempo que se consigue un importante ahorro de tiempo y dinero, la relación inversor-Estado se mantiene, cuestión que, por otra parte, forma parte como una característica esencial de todo proyecto inversor, el cual se realiza, de manera general, a largo plazo y con la idea de establecer un vínculo duradero entre las partes implicadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

BLANCO-MORALES, P.; MORENO HURTADO, D.M.; RODRIGUEZ BENOT, A. YBARRA BORES, A. "Introducción". En: LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU Sobrino, F. (ed). *Mediación en materia civil y mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 22-101.

BROWN, C. "Introduction: The Development and Importance of the Model Bilateral Investment Treaty". En: BROWN, C. (ed). *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1-15.

COE, J.J. "Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes – A Preliminary Sketch". *University of California Davis Journal of International Law & Policy*. 2005, vol 12, p. 7-46.

DIAGO DIAGO, M.P. "Modelos normativos para una regulación de los MARC (Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos)". En: CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZALEZ, J. (ed). *Estudios sobre contratación internacional*. Madrid: Colex, 2006. p. 151-178.

DOLZER, R., y SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

EBERHARDT, P. y OLIVET, C. *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom* [en línea]. s.l: Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, 2012 [consultado el 20 de enero de 2015]. Disponible en: <<http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>>.

ESTEBAN DE LA ROSA, G. "Irrupción del movimiento ADR (Alternative Dispute Resolution) en las relaciones transfronterizas". *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. 2005, vol 20, p. 89-115.

FERNANDEZ MASIÁ, E. "Arbitraje inversor-Estado: de "bella durmiente" a "león en la jungla". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2013, n° 26, p. 6-27.

- FERNANDEZ MASIÁ, E. “El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos de promoción y protección de inversiones en Europa”. En: ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds). *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 329-353.
- FERNANDEZ MASIÁ, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral ante el CIADI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- FRANCK, S. “Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide”. *ICSID Review*. 2014, vol 29, p. 66-89.
- GONZALEZ DE COSSIO, F. *Arbitraje de inversión*. México: Porrúa, 2009.
- HERNANDEZ CRESPO, M. “From Problem to Potential: The Need to Go beyond Investor-State Disputes and Integrate Civil Society, Investors and State at the Local Level”. En: NADAKAVUKAREN, K. (ed). *Poverty and the International Economic Legal System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 225-240.
- IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I. “Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado”. *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. 2011, vol 4, nº 1, p. 117-136.
- JOUBIN-BRET, A. y LEGUM, B. “A Set of Rules Dedicated to Investor-State Mediation: The IBA Investor-State Mediation Rules”. *ICSID Review*. 2014, vol 29, p. 17-24.
- KURTZ, J. “Australia’s Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication”. *ICSID Review*. 2012, vol 27, nº 1, p. 65-86.
- LEVESQUE, C. “Increasing the Use of Alternative Dispute Resolution in IIAs”. En: MESTRAL, A. de y LEVESQUE, C. (ed). *Improving International Investment Agreements*. Londres: Routledge, 2013. p.135-157.
- MACHO GOMEZ, C. “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el comercio internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2013, vol 5, nº 2, p. 398-427.
- MOREK, R. (2012) “Investor-State Mediation: New IBA Rules”. *Kluwer Mediation Blog* [en línea]. 9-11-2012. [consultado el 20 de enero de 2015]. Disponible en: <<http://kluwermediationblog.com/2012/11/09/investor-state-mediation-new-iba-rules>>.
- MORENO GARCIA-CANO, L. O. y PEREZ IBANEZ, C. “La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones”. *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. 2014, vol 7, nº1, p. 37-60.
- ONWUAMAEGBU; U. “The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience”. *News from ICSID*. 2005, vol 22, nº 2, p. 12-15.
- PASCUAL VIVES, F. J. “Las obligaciones de promoción y protección

de las inversiones extranjeras en la segunda generación de APPRI españoles”. *Revista Española de Derecho Internacional*. 2009, n° 2, p. 411-440.

REINISCH, A. “The EU on the Investment Path-Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements”. *Santa Clara Journal of International Law*. 2013, vol 12, p. 111-157.

REISMAN, W. M. “International Investment Arbitration and ADR: Married but Best Living Apart”. *ICSID Review*. 2009, vol 24, n° 1, p. 185-192.

REQUENA CASANOVA, M. “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*. 2012, n° 24, p. 35.

SALACUSE, J.W. “Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution”. *Fordham International Law Journal*. 2007, vol 31, p. 401-448.

SCHILL, S. “Private Enforcement of International Investment Law: Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement”. En: WAIBEL, M.; KAUSHAL, A.; CHUNG, K.L. y C. Balchin (ed). *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*. La Haya: Kluwer, 2010, p. 29-50.

SCHILL, S. y JACOB, M. “Trends in International Investment Agreements 2010-211: The Increasing Complexity of International Law”. *Yearbook on International Investment Law and Policy*. 2012, p. 141-179.

SCHWEBEL, S. (2014) “In Defense of Bilateral Investment Treaties”. *Columbia FDI Perspectives* [en línea]. 2014, n° 135 [consultado el 20 de enero de 2015]. Disponible en: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-135-Schwebel-FINAL.pdf>>.

STEVENS, M. y LOVE, B. “Investor-State Mediation: Observations on the Role of Institutions”. En: ROVINE, A.W. (ed). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers 2009*. Leiden: Nijhoff, 2010. p. 389-420.

SUSSMAN, E. “Investor-State Dispute Mediation: The Benefits and Obstacles”. En: ROVINE, A.W (ed). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers 2009*. Leiden: Nijhoff, 2010. p. 323-338.

TITI, C. “Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas”. *Arbitration international*. 2014, vol 30, n° 2, p. 357-386.

TITI, C. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Oxford: Hart, 2014.

TRAKMAN, L.E. “Investor State Arbitration or Local Courts. Will Australia Set a New Trend?”. *Journal of World Trade*. 2012, vol 46, n° 1, p. 83-120.

UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to*

Arbitration. Nueva York: United Nations, 2010.

UNCTAD. “Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap”. *IIA issues Note* [en línea]. 2013, n° 2 [consultado el 20 de enero de 2015]. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf>.

UNCTAD. “The Rise of Regionalism in International Investment Policymaking: Consolidation or Complexity”. *II Issues Note*. 2013, n° 3.

UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*. New York: United Nations, 2014.

VALENTI, M. *Gli standard di trattamento nell’interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*. Torino: Giappichelli, 2009.

VELARDE SAFFER, L. M. y LIM, J. W. “Revisión judicial de laudos arbitrales de inversión: propuestas para navegar la zona de penumbra entre jurisdicción y admisibilidad”. *Lima Arbitration*. 2014, n° 6, p.155-165.

VIRGOS SORIANO, M. “La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras”. *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. 2014, vol 7, n° 3, p. 655-677.

WELSH, N. y KUPFER SCHNEIDER, A. “The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration”. *Harvard Negotiation Law Review*. 2013, vol 18, p. 71-144.

LOS INSTRUMENTOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO QUE FACILITAN EL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES Y LAS INVERSIONES

OS INSTRUMENTOS DA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO QUE FACILITAM O DESENVOLVIMENTO DOS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS E OS INVESTIMENTOS

*Ignacio Goicoechea**

Resumen: *El propósito de este trabajo es compartir algunas ideas sobre la manera en que el Derecho Internacional Privado, y en particular algunos instrumentos desarrollados por la Conferencia de La Haya, contribuyen al desarrollo de la infraestructura jurídica propicia para promover los negocios internacionales y las inversiones.*

Resumo: *O objetivo deste trabalho é compartilhar algumas idéias sobre a maneira que o Direito Internacional Privado, sobretudo alguns instrumentos desenvolvidos pela Conferência da Haia, contribuem para o desenvolvimento da infra-estrutura legal propícia para a promoção de negócios e investimentos internacionais.*

Palabras clave: Conferencia de La Haya, Cooperación jurídica internacional, Armonizar el derecho comercial internacional, Litigios internacionales, Negocios internacionales

Palabras-chave: Conferência da Haia, Cooperação jurídica internacional, Harmonizar o direito comercial internacional, Litigios internacionais, Negócios internacionais

* Representante para América Latina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. El contenido del presente trabajo refleja exclusivamente la opinión del autor, y no necesariamente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. E-mail: ig@hcch.nl

1. INTRODUCCIÓN

“La globalización es un fenómeno desterritorializado y desterritorializador que no puede ser comprendido por los paradigmas nacional-territoriales con los que estamos habituados a razonar”. Fernando A. Iglesias¹.

La realidad actual donde las personas y los bienes se trasladan de un país a otro con extrema facilidad, y el comercio internacional se ve cada vez menos limitado por las fronteras geográficas de un país, va generando día a día una estela de relaciones jurídicas que difícilmente pueden ser atendidas en forma eficaz por ordenamientos jurídicos y sistemas de justicia pensados desde los paradigmas nacional-territoriales a los que hace alusión el autor Fernando Iglesias en la cita precedente.

En resumidas cuentas, el fenómeno de la “globalización” impacta notoriamente en los ordenamientos jurídicos nacionales y en la impartición de justicia. Estos requieren un necesario *aggiornamento* para poder atender las necesidades de los ciudadanos de hoy, que podemos describir como “ciudadanos del mundo”, los cuales a través de sus viajes, trabajos, estudios, consumos y negocios se relacionan cada vez más, de diversas maneras, con ordenamientos jurídicos y sistemas de justicia de distintos países.

En este contexto, la comunidad internacional exige que todo país que pretenda recibir inversiones y fomentar los negocios internacionales desarrolle la infraestructura jurídica adecuada, la cual debe incluir ciertos elementos esenciales como son la previsibilidad jurídica, el fácil acceso a la justicia, el respeto a los derechos humanos, y básicamente asegurar el estado de derecho.

A su vez, considerando más específicamente las necesidades propias de los negocios internacionales y las inversiones, pensamos que resulta clave para los ordenamientos jurídicos internos, desarrollar una armonización jurídica que incorpore estándares internacionales del comercio internacional moderno -necesarios para que los comerciantes puedan perfeccionar sus transacciones con facilidad- (i.e. armonización del derecho comercial internacional), y sistemas de resolución de disputas ágiles y eficaces, que garanticen la tutela efectiva de los derechos de las personas en situaciones donde se vinculan dos sistemas de justicia (i.e. cooperación jurídica internacional).

Tratándose de regiones integradas, o en vías de integración, lo anterior resulta aún más evidente. Así, la Unión Europea trabaja desde hace mucho tiempo para desarrollar un espacio de justicia europeo basado en el principio de que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros no

¹ IGLESIAS, Fernando. *Globalizar la Democracia: por un Parlamento Mundial*. Buenos Aires: Manantial, 2006. p. 14.

debe impedir a personas y empresas ejercer sus derechos o disuadirles de ejercerlos².

En el otro extremo del planeta, vemos que en el marco de la ASEAN³ se aplicaría el mismo razonamiento, tal como lo expone el Prof. Anselmo Reyes⁴, en un artículo publicado el año pasado⁵ en el cual hace referencia a los esfuerzos integracionistas que viene desarrollando la ASEAN y destaca en ese contexto la importancia de que los Estados de aquella región incorporen la infraestructura jurídica necesaria para facilitar la eficaz resolución de disputas comerciales entre nacionales de los Estados miembros.

Finalmente, el MERCOSUR y sus Estados Asociados no son ajenos a este trabajo, ya que distintos organismos (eg. la Reunión de Ministros de Justicia) desde hace años vienen desarrollando instrumentos que contribuyen a la generación de infraestructura jurídica para el espacio integrado.

2. LA INFRAESTRUCTURA JURÍDICA ADECUADA PARA EL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES Y LAS INVERSIONES, Y EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Indicábamos en la introducción, que a la luz de las necesidades propias de los negocios internacionales y las inversiones, resultaba clave armonizar el derecho comercial internacional y desarrollar mecanismos de cooperación jurídica internacional, y es precisamente el Derecho Internacional Privado (DIPr) la disciplina que puede cumplir esta tarea.

Al respecto, compartimos las expresiones del Profesor David P. Stewart, quien sostiene que el DIPr contribuye al desarrollo económico al clarificar y armonizar las normas y principios aplicables a las transacciones internacionales, removiendo obstáculos jurídicos, facilitando así la conclusión de transacciones exitosas, y evitando la generación de conflictos a través de las mismas⁶.

A su vez, los litigios internacionales (o litigios con elementos internacionales) crecen al ritmo de la globalización, y por ello ya no sorprende que la cooperación jurídica internacional sea probablemente

2 Así lo estableció como objetivo el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.

3 Formada actualmente por Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia, Brunei, Camboya, Laos, Myanmar y Vietnam.

4 Representante de la Conferencia de La Haya para Asia Pacífico.

5 REYES, Anselmo. "ASEAN and the Hague Conventions". *Asia Pacific Law Review*. 2014. vol 22, n^o 1, p. 25-44.

6 STEWART, David. *How Private International Law Contributes to Economic Development and the Rule of Law? Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público: un encuentro necesario*. Asunción: Biblioteca de Derecho de la Globalización, 2011.

el área del DIPr que haya tenido mayor desarrollo en las últimas décadas⁷. La eficacia de la cooperación jurídica internacional es determinante para resolver los litigios internacionales, y tiene un impacto directo en el comercio internacional. Para ilustrar lo antedicho citamos al Hon. Robert Mc. Clelland⁸, quien sostiene que, “*normas y procedimientos eficientes y efectivos para resolver disputas internacionales facilitan la planificación anticipada de las transacciones y pueden simplificar y agilizar la resolución de esas disputas. Ellas ayudan a minimizar los riesgos de transacción, litigios y ejecuciones, y crean un ambiente propicio para el comercio internacional. La coordinación de estas normas y procedimientos, con aquellas de los otros países involucrados en las respectivas transacciones son un aspecto importante que hacen a la eficiencia y efectividad del contexto jurídico de las transacciones internacionales*”⁹.

Tampoco se puede soslayar que el derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva han sido consagrados como derechos humanos en distintos instrumentos internacionales¹⁰. En situaciones transfronterizas el efectivo goce de estos derechos depende en gran medida del grado de efectividad que tenga la cooperación jurídica internacional, pues a través de ella el individuo puede realizar las diligencias que necesite en el extranjero, las cuales resultan en muchos casos vitales para la concreción de la justicia en el caso (eg. reconocimiento y ejecución de una decisión en el extranjero, acceso a una representación jurídica gratuita en el extranjero, etc.).

En la práctica, la armonización del derecho comercial internacional y la cooperación jurídica internacional, se concretan principalmente a través del desarrollo, y posterior incorporación, de instrumentos internacionales en los ordenamientos jurídicos nacionales. Esos instrumentos internacionales hoy en día se generan a través de diversas formas, tanto en el ámbito público como en el privado, con efectos obligatorios o no para los respectivos Estados. Pero sin pretender ahondar en el tema de las fuentes del DIPr o las nuevas formas de gobernanza global, podemos decir en forma simplificada que los países generan instrumentos internacionales a nivel bilateral, regional y universal.

En América del Sur, a la hora de armonizar el derecho comercial y desarrollar la cooperación jurídica internacional tienen especial

7 GOICOECHEA, Ignacio. “Los nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial”. En: CEDEP (ed). *Derecho internacional privado y derecho de la integración : Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013.

8 Procurador General de Australia al momento de expresar lo citado en una presentación efectuada en una reunión de Ministros de Justicia de los Estados del Commonwealth realizada en Australia en julio de 2011.

9 MC. CLELLAND, Robert y KEYES, Mary. “International civil legal co-operation”. *Commonwealth Law Bulletin*. 2011, vol 37, n°. 4, p. 661–669.

10 Entre otros, se desprenden de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

relevancia la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, UNCITRAL, UNIDROIT, la OEA, y el MERCOSUR. Cabe señalar que, hace no tanto tiempo atrás, parecía existir una competencia entre los foros universales y los foros regionales. Resultaba bastante habitual escuchar argumentos de que lo conveniente para una región era desarrollar sus propios instrumentos y subestimar los instrumentos con vocación universal por considerarlos lejanos de la realidad regional. Consideramos que esta visión parcial y restrictiva de la realidad está siendo superada y que hoy se reconoce una complementariedad entre los distintos ámbitos generadores de instrumentos internacionales (foros de codificación). En primer lugar porque los foros de codificación universal están haciendo esfuerzos por “globalizarse” procurando acercarse a las distintas regiones del planeta, y por el otro porque en regiones como América Latina se ha comprendido que los foros universales serán más “latinoamericanos” en la medida que los países de la región se involucren en sus respectivos trabajos y de esa manera marquen su impronta en los instrumentos que desarrollen estos foros de codificación universal.

Creemos importante destacar la importancia que revisten los foros codificadores universales, para los espacios integrados. Pues, naturalmente, cuando en un espacio integrado se incorpora un instrumento universal en todos los Estados de la región, se logra el doble objetivo de unificar el derecho a nivel regional, y a su vez unificar el derecho de esa región, con la de muchos otros países y regiones del mundo.

Prueba de lo anterior es que la Unión Europea es miembro pleno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y que los Ministros de Justicia del MERCOSUR y Estados Asociados firmaron un memorandum de entendimiento con la Conferencia de La Haya, procurando coordinar esfuerzos con este foro universal para contribuir con las experiencias de la región en el foro universal y beneficiarse con el trabajo del mismo para la armonización jurídica que se desarrolla en el MERCOSUR y Estados Asociados¹¹.

3. EL TRABAJO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Y SUS INSTRUMENTOS QUE FACILITAN EL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES Y LAS INVERSIONES

A modo de breve reseña creemos importante recordar que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Conferencia de La Haya) es una organización intergubernamental de carácter mundial. Actualmente la Conferencia de La Haya está compuesta por

¹¹ El Memorandum de Entendimiento, fue suscripto por los Ministros de Justicia de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Chile y Perú, el 7 de mayo de 2010.

78 Estados Miembros (77 y la Unión Europea) de todos los continentes, a su vez, un número creciente de Estados no miembros se encuentra adherido a uno o más Convenios de La Haya. Así, hoy más de 140 países de todo el mundo participan del trabajo de esta Organización.

En el caso de los países del MERCOSUR, los 5 Estados Miembros también lo son de la Conferencia de La Haya, mientras que de los Estados Asociados al MERCOSUR actualmente son también Miembros de la Conferencia de La Haya, Chile, Ecuador, y Perú (Colombia se encuentra en el proceso de incorporación). A su vez, todos los Estados Miembros del MERCOSUR y todos sus Estados Asociados tienen actualmente instrumentos de La Haya en vigor.

El mandato estatutario de la Conferencia de La Haya consiste en trabajar en pos de “la unificación” progresiva de las normas de derecho internacional privado, siendo su vocación última trabajar por un mundo en el que, a pesar de las diferencias entre sistemas jurídicos, las personas tanto físicas como jurídicas puedan beneficiarse de un alto nivel de seguridad jurídica.

Típicamente, los instrumentos que genera la Conferencia de La Haya son Convenciones Internacionales (38 desde 1951 a 2015), pero en las últimas décadas también viene desarrollando instrumentos no vinculantes (*soft law*), como son Principios, Guías de Buenas Prácticas, y Manuales de funcionamiento.

A continuación se hará una breve referencia a los Instrumentos de La Haya que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones, distinguiendo los que contribuyen con la armonización del derecho comercial internacional de aquellos que contribuyen al desarrollo de la cooperación jurídica internacional (la extensión de este trabajo no permite desarrollar en detalle cada uno de los instrumentos que se mencionarán, pero el lector interesado podrá obtener abundante información sobre cada uno de ellos en el sitio web de la Conferencia de La Haya: www.hcch.net).

3.1. Los instrumentos de la Conferencia de La Haya que contribuyen a la armonización del Derecho Comercial

3.1.1. Principios de La Haya sobre la Elección de Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales (“Principios de La Haya”)

Cuando las partes perfeccionan un contrato internacional generalmente desean saber de antemano qué derecho se aplicará al mismo en caso de divergencia. La práctica de los contratos internacionales ha solucionado este problema permitiendo que las partes elijan de común acuerdo las normas que desean aplicar a su contrato. Esta posibilidad

denominada “autonomía de la voluntad de las partes”, es considerada una buena práctica que facilita el desarrollo de los negocios internacionales y por ende es promovida mundialmente en el derecho comercial internacional moderno.

La Conferencia de La Haya con el apoyo de importantes instituciones que trabajan en el ámbito del derecho comercial internacional (entre ellas UNCITRAL, UNIDROIT y la Cámara de Comercio Internacional), formó un grupo de trabajo con expertos de indiscutible renombre en la materia¹², para desarrollar un instrumento internacional que promueva la autonomía de la voluntad de las partes en países donde todavía no es aceptada (o lo es bajo severas restricciones) y a su vez, perfeccionar su funcionamiento en países que ya la utilizan en su práctica diaria (procurando su más amplia aplicación y definiendo con claridad sus propios límites). El trabajo culminó con el desarrollo de los “Principios de La Haya” y con un “Comentario” a dichos Principios. Se espera que ambos documentos sean adoptados y publicados en su versión final a principios del corriente año.

Tal como su nombre sugiere, los Principios de La Haya no pretenden ser un convenio internacional con fuerza obligatoria para los Estados, sino un conjunto de principios no vinculantes, que aspiran a alentar a los Estados a que los incorporen a sus ordenamientos

12 El grupo de trabajo estuvo formado por: Mr Neil B. COHEN, Professor of Law, Brooklyn Law School, Brooklyn, New York, United States of America; The Hon. Justice Clyde CROFT, Supreme Court of Victoria, Melbourne, Australia; Mr Sibidi Emmanuel DARANKOUM, Professor of Law, University of Montreal, Montreal, Quebec, Canada; Mr Andrew DICKINSON, Fellow of St. Catherine’s College and Professor of Law at the University of Oxford, United Kingdom; Mr Ahmed Sadek EL KOSHERI, Partner of Kosheri, Rashed & Riad, Legal Consultants & Attorneys at Law, Cairo, Egypt; Ms Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Professor of Law, University Paris II Panthéon-Assas, Paris, France; Mr Lauro GAMA E. SOUZA Jr., Lawyer specializing in international law and commercial arbitration; Associate Professor, Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil ; Mr Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Professor of Law, *Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, Spain; Mr Daniel GIRSBERGER, Professor, University of Lucerne, Faculty of Law, Luzern, Switzerland ; Ms Yujun GUO, Professor of Law, Wuhan University, Institute of International Law, Wuhan, China; Mr Thomas KADNER GRAZIANO, Professor, University of Geneva, Faculty of Law, Geneva, Switzerland; Mrs Marielle E. KOPPENOL-LAFORCE, Professor of Law, University of Leiden; Lawyer (International Contracts and Litigation), Houthoff Buruma, Amsterdam, Netherlands; Mr Dieter MARTINY, Professor Em. of Law, Europa University Viadrina, Frankfurt (Oder); *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg, Germany; Mr Campbell McLACHLAN, Professor of Law, Victoria University of Wellington, Wellington, New Zealand; Mr José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, Professor, CEDEP – *Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política*, Asunción, Paraguay; Mr Jan L. NEELS, Professor of Private International Law, Faculty of Law, University of Johannesburg, South Africa; Ms Yuko NISHITANI, Professor, Kyushu University, Faculty of Law, Fukuoka, Japan; Mr Richard F. OPPONG, Faculty of Law, Thompson Rivers University, Kamloops, British Columbia, Canada; Ms Geneviève SAUMIER, Professor of Law, McGill University, Faculty of Law, Montreal, Quebec, Canada; Mr Symeon C. SYMEONIDES, Dean and Alex L. Parks Distinguished Professor of Law, Willamette University College of Law, Salem, United States of America; Mr Ivan ZYKIN, First Deputy President of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Moscow, Russia.

jurídicos de la manera que resulte más adecuada en cada caso. De este modo, los Principios de La Haya pueden coexistir pacíficamente con otros instrumentos internacionales que regulan la materia (eg. el Reglamento Roma I, o la Convención Interamericana de México de 1994 sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales). A su vez, los Principios de La Haya pueden ser aplicados por Jueces y árbitros en la interpretación de contratos internacionales, o incorporados a los mismos directamente por las partes.

Resulta importante destacar que dos expertos mercosureños participaron del grupo de trabajo que generó los Principios de La Haya (Profesores José Moreno Rodríguez, del Paraguay, y Lauro Gama Jr., del Brasil), y que el Paraguay ha sido el primer país del mundo que incorporó los Principios de La Haya a su legislación interna¹³, indicando en la exposición de motivos que el objetivo era lograr mayor predictibilidad en las relaciones comerciales.

Por su parte, destacadas doctrinarias brasileras, como son las Profesoras Agatha Brandao de Oliveira y Valesca Raizer Borges Moschen¹⁴, así como la Profesora Nadia de Araujo¹⁵, se han referido a la importancia de que el Brasil incorpore los Principios de La Haya a su ordenamiento jurídico, de manera de modernizar la regulación del comercio internacional y favorecer el desarrollo de los negocios internacionales.

3.1.2. Convenio de La Haya de 2006 sobre Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario (“Convenio sobre Valores”)

Actualmente se generan a diario transacciones internacionales sobre títulos valores tenidos por intermediarios, las cifras son astronómicas (eg. en el primer semestre de 2014 la capitalización del mercado de valores mundial ascendió a 68.7 trillones de dólares¹⁶). La necesidad de saber qué reglas se aplicarán para la perfección de esas operaciones, para determinar prioridades entre tenedores, y otros aspectos de estas transacciones se hace evidente. Naturalmente, la falta

13 Ley N° 5.393 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, promulgada el 15 de enero de 2015.

14 OLIVEIRA, Agatha Brandao de y MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. “Un enfoque crítico del sistema brasileño de derecho internacional privado y los retos de la armonización: los nuevos principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de contratos internacionales”. En: MORENO RODRIGUEZ, José Antonio y LIMA MARQUES, Claudia (ed). *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado, Jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre / Asunción: Gráfica e Editora RJR, 2014.

15 ARAUJO, Nadia de. “Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade”. En: CEDEP (ed). *Derecho internacional privado y derecho de la integración: Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013.

16 Disponible en: <http://www.world-exchanges.org/files/statistics/pdf/2014_1H_WFE_Market_Highlights.pdf>

de certeza en estas operaciones limita el crédito y la liquidez, y aumenta el riesgo sistémico.

A fin de cumplir con el objetivo descrito en el párrafo anterior, la Conferencia de La Haya decidió desarrollar un instrumento que determinara la ley aplicable a estas transacciones, de manera de darle mayor seguridad a las mismas, bajando los costos y aumentando la eficiencia. Este instrumento es el “Convenio sobre Valores”.

Cabe mencionar que el Convenio sobre Valores, únicamente determina la ley aplicable, no implica cambio alguno en la ley sustantiva que se aplicará una vez que se realice la determinación del conflicto de leyes. A su vez, el mecanismo elegido (la norma indirecta) no intenta “localizar” una cuenta de valores, ni una oficina comercial, ni al intermediario o al emisor de los valores. Por el contrario, la regla principal del Convenio se basa en la relación existente entre el titular de la cuenta y su intermediario, es decir, establece que la ley aplicable será aquella pactada por las partes en el contrato de cuenta (i.e. se basa en la autonomía de la voluntad de las partes).

En definitiva, resolver la cuestión de la ley aplicable *ex-ante* proporciona certeza jurídica respecto a la ley aplicable a la compensación, liquidación y transacciones con créditos garantizados que trascienden las fronteras; mejora notablemente la eficacia en las transacciones de los mercados de valores mundiales; reduce el riesgo sistémico en las transacciones transfronterizas y valores tenidos en un intermediario, y facilita la circulación internacional de capitales.

Puede ser interesante señalar que con posterioridad a la adopción del Convenio sobre Valores, la comunidad internacional desarrolló en el ámbito de UNIDROIT la Convención de Ginebra sobre las normas de derecho material a los valores intermediados. Esta Convención, a diferencia del Convenio sobre Valores, se ocupa de armonizar el derecho de fondo aplicable a las transacciones sobre valores, y por ende hace que ambos instrumentos sean perfectamente complementarios¹⁷.

3.1.3. Convenio de La Haya de 1985 sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento (“Convenio sobre *Trust*”)

La figura del “*trust*” se utiliza con frecuencia como vehículo jurídico en inversiones y negocios internacionales. Esta figura de origen anglosajón pone a prueba a los ordenamientos jurídicos de Derecho civil cuando tienen que reconocerla en el marco de algún negocio internacional, pues más allá de que se puedan encontrar similitudes entre algunos tipos de *trusts* con algunos tipos de fideicomisos

¹⁷ BERNASCONI, Christophe y KEIJSER, Thomas. *The Hague and Geneva Securities Conventions: a Modern and Global Legal Regime for Intermediated Securities*. Oxford: Uniform Law Revue, 2012, vol XVII 2.

originados en el derecho civil, en líneas generales podemos decir que el *trust* anglosajón es ajeno a los sistemas del Derecho civil.

Una de las consecuencias naturales del desconocimiento de la figura del *trust* en el Derecho civil es su “no reconocimiento” cuando este pretende realizar actos jurídicos en una jurisdicción del Derecho civil. Ello obviamente limita considerablemente el uso de esta valiosa figura en negocios internacionales que se desarrollen en jurisdicciones del Derecho civil, privando a estas últimas de numerosas oportunidades de negocios a través de *trusts* que seguramente se inclinarán por jurisdicciones del *common law*, dónde tengan la seguridad de que serán reconocidos tal como fueron concebidos.

A fin de atender al problema señalado, la Conferencia de La Haya, desarrolló el Convenio sobre *Trust*. Este Convenio tiene como principal objetivo lograr que los *trusts* sean comprendidos y reconocidos en los países del derecho civil.

El Convenio sobre *Trust* establece que la ley aplicable será, en primer lugar, la elegida de forma expresa por la persona que lo constituye (art. 6) y, en defecto de elección, por la ley del Estado con el que el *trust* presenta los vínculos más estrechos (art. 7).

Al incluir reglas precisas sobre el derecho aplicable al *trust* y a su reconocimiento, quienes más se benefician con la incorporación del Convenio son precisamente los Estados cuyos ordenamientos jurídicos carecen de dichas normas, por desconocer la figura. Sin embargo, debe destacarse que el Convenio no constituye de ningún modo un medio para la promoción o el apoyo de los *trusts* por un Estado que no conoce la figura. De hecho, el Convenio no se aplica si el *trust* se rige por la ley de un Estado que lo desconoce (art 5), y ningún Estado está obligado a reconocer un *trust* con vínculos más estrechos con un Estado que desconozca la institución.

Finalmente, el Convenio no afecta de ningún modo la competencia de los Estados en materia fiscal (art. 19). El Convenio respeta la integridad del sistema jurídico que reciba la figura por aplicación del Convenio, al tiempo que le ofrece un marco a las autoridades para gestionar los *trusts*, de manera que puedan atraer inversiones extranjeras (lo que constituye una de las razones por las que países del Derecho civil como Luxemburgo, los Países Bajos o Suiza ratificaron el Convenio).

3.2. Los instrumentos de la Conferencia de La Haya que contribuyen al desarrollo de la Cooperación Jurídica Internacional

La Conferencia de La Haya es conocida en la actualidad como “la Organización Mundial para la Cooperación Transfronteriza en materia Civil y Comercial”, principalmente en función de la repercusión que han

tenido los instrumentos de cooperación jurídica aplicables a los litigios internacionales y al reconocimiento de los documentos públicos que mencionaremos a continuación.

3.2.1. Convenio de La Haya de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (“Convenio sobre la Apostilla”)

En cualquier país del mundo se emiten a diario una inmensa cantidad de documentos públicos de los cuales un número considerable debe ser presentado en un país distinto al de emisión (eg. partidas de nacimiento, certificados de estudio, actas notariales, sentencias judiciales, etc.), lo cual implica para el usuario una considerable inversión de tiempo y dinero, necesaria para obtener todas las certificaciones propias de una cadena de legalización ordinaria. Esta cadena generalmente incluye certificaciones por autoridades competentes dentro de la esfera pública de emisión del certificado (eg. Ministerio de Educación, Ministerio del Interior, Corte Suprema, etc.), luego la legalización de la Cancillería del país de emisión del documento, para luego acceder a la legalización del Consulado del país de destino. Inclusive, en muchos casos al llegar al país de destino, el documento todavía debe recibir una legalización más por parte de la Cancillería de ese país. Huelga mencionar lo incómodo que resulta este sistema para el usuario, y la carga burocrática que se le agrega a cualquier negocio internacional que requiera de la utilización de un documento público extranjero (eg. contratos notarizados, documentos para la radicación de sociedades, registro de marcas, etc.).

El Convenio sobre la Apostilla viene a facilitar la circulación de documentos públicos extranjeros, estableciendo un mecanismo de autenticación sencillo y práctico que solo requiere la colocación del certificado de Apostilla -por la Autoridad Competente designada en el Estado respectivo-, para que dicho documento tenga validez en cualquiera de los países contratantes del Convenio.

Cabe aclarar que, al igual que en la legalización ordinaria, lo que se certifica por medio de la Apostilla es solamente la identidad de la persona que firmó el documento, y la capacidad de dicha persona para emitirlo y, en su caso, la identidad del sello o timbre. En cambio, la Apostilla no certifica el contenido del documento, ni le agrega mayor verosimilitud al mismo.

Otro elemento interesante para destacar es que el desarrollo de las comunicaciones y las nuevas tecnologías también han generado la circulación de documentos electrónicos. El Convenio sobre la Apostilla, ha acompañado estos cambios, y siguiendo el principio de la equivalencia funcional, no ha sido necesario modificar su texto para ser aplicable en el medio electrónico. Ante esta nueva realidad,

la Conferencia de La Haya ha fomentado la aplicación de las nuevas tecnologías al funcionamiento del Convenio, principalmente a través del Programa Apostilla Electrónica (e-APP) que consiste en la emisión de Apostillas en forma electrónica (e-Apostillas) y el registro electrónico de Apostillas (e-registro)¹⁸. Latinoamérica ha sido uno de los grandes protagonistas en esta iniciativa. Actualmente 8 Estados latinoamericanos cuentan con un registro electrónico de Apostillas, lo que representa aproximadamente el 40% de los Estados que forman parte del e-APP. Colombia ha sido el único Estado latinoamericano que ha implementado ambos componentes. Estos mecanismos han aumentado la eficiencia del Convenio, brindando mayor seguridad y rapidez a la emisión y circulación de documentos públicos. Cabe señalar que actualmente el Convenio sobre la Apostilla está funcionando simultáneamente en medio papel y medio electrónico, y es una decisión de cada Estado generar Apostillas en cualquiera de ellos o en ambos. En síntesis, los beneficios tanto para los usuarios como para el comercio son evidentes y están ampliamente probados en los largos años que lleva de funcionamiento el Convenio. De hecho, es el Convenio más utilizado de la Conferencia de La Haya, tanto por la cantidad de Apostillas que se aplican anualmente (varios millones) como también por contar con la mayor cantidad de Estados contratantes (actualmente 108).

Grafica la importancia que se le atribuye al Convenio de la Apostilla como facilitador de las inversiones extranjeras el hecho de que el Banco Mundial, en su publicación *“Investing Across Borders 2010”*¹⁹, calificó con un punto adicional a aquellos países que lo tenían en vigor, por considerar que mediante la reducción de los trámites (es decir, la reducción de las cargas administrativas), el Convenio sobre la Apostilla contribuye a generar un marco reglamentario más propicio para la inversión extranjera directa. Por su parte, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) también ha reconocido el rol del Convenio sobre la Apostilla en la facilitación del comercio internacional y la inversión. En una declaración del 2012, la CCI ratificó al sistema de la Apostilla como un “un estándar global reconocido y esperado por las partes involucradas en las transacciones transfronterizas” e instó a los Estados actualmente no contratantes a convertirse en parte del Convenio sobre la Apostilla.

El Convenio sobre la Apostilla ha tenido un notorio desarrollo en América del Sur en los últimos años, actualmente solo faltan incorporarse Chile y Brasil -que ya tienen avanzado el proceso de aprobación-, Bolivia y Guyana. Al respecto, consideramos muy valioso un trabajo

18 Para mayor información sobre las Apostillas electrónicas y los registros electrónicos de Apostillas ver: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.publications&dtid=49&cid=41>

19 Disponible en su sitio web: <<http://iab.worldbank.org/~media/FPDKM/IAB/Documents/IAB-report.pdf>>

del Profesor Alberto Manuel Poletti Adorno, que destaca la importancia del Convenio sobre la Apostilla para facilitar la circulación de los documentos públicos en el MERCOSUR y sus Estados Asociados²⁰.

3.2.2. Convenio de La Haya de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de los Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial (“Convenio sobre Notificaciones”); Convenio de La Haya de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (“Convenio sobre Obtención de Pruebas”); Convenio de La Haya de 1980 para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia (“Convenio sobre Acceso a la Justicia”)

Desde sus inicios la Conferencia de La Haya se ha ocupado de desarrollar la cooperación entre sistemas de justicia, procurando facilitar la notificación de documentos, obtención de pruebas y acceso a la Justicia en el extranjero²¹. Es decir, ya en el siglo pasado la comunidad internacional había comprendido que el funcionamiento de la Justicia no podía quedar truncado porque el demandado se encontrara en el extranjero, o porque las pruebas necesarias en un juicio debieran ser obtenidas en el extranjero. De la misma manera, se entendió que no se debía discriminar a los nacionales de un país para acceder al sistema de justicia en otro país.

En la actualidad el desafío sigue vigente, y tiene un impacto significativo en el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones. El comerciante o inversor extranjero desea hacer negocios en países donde los sistemas de justicia funcionen y donde el hecho de ser extranjero o residir en el exterior no sea una desventaja ante un eventual conflicto. En el caso que algún país no pueda garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los comerciantes e inversores, seguramente implicará un aumento significativo de los costos de las transacciones, en razón del mayor riesgo que se debería asumir.

En procura de abordar los desafíos descritos precedentemente y desarrollar una cooperación eficaz entre los distintos sistemas de justicia, la Conferencia de La Haya desarrolló los Convenios sobre Notificaciones, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia.

Los Convenios sobre Notificaciones y Obtención de Pruebas tienen por objetivo simplificar el trámite ordinario del exhorto diplomático, el cual suele generar largas demoras para su tramitación, con consecuentes

20 POLETTI ADORNO, Alberto Manuel. “Libre Circulación de Documentos en el MERCOSUR: reflexiones sobre la exigencia de su legalización”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 1, n° 2, p. 11-21.

21 Los primeros convenios que trataron sobre el procedimiento civil fueron: Convenio de La Haya de 17 de julio de 1905 relativo al Procedimiento Civil y Convenio de La Haya del 1 de mayo de 1954 sobre Procedimiento Civil.

dilaciones para la administración de Justicia. A su vez, dichos Convenios no pretenden modificar los sistemas de notificaciones u obtención de pruebas vigentes en los distintos Estados, sino simplemente asegurar la tramitación eficiente y efectiva de los pedidos de cooperación que se cursan entre los respectivos sistemas de justicia para llevar adelante medidas de mero trámite, como son las notificaciones y las obtenciones de pruebas²².

El mecanismo previsto en ambos Convenios es sencillo, y establece un canal de comunicación principal a través de las llamadas Autoridades Centrales, que son los organismos que deben designar los Estados para canalizar los pedidos de cooperación. El Convenio sobre Notificaciones fue el primer Convenio de La Haya que incorporó el mecanismo de las Autoridades Centrales, el cual resultó tan exitoso que fue implementado en muchos otros Convenios de La Haya así como también en diversos convenios de cooperación jurídica desarrollados por otras Organizaciones Internacionales (eg. OEA y el MERCOSUR).

La operatoria de ambos Convenios (así como la de los demás Convenios de Cooperación Jurídica) se revisa periódicamente a través de Comisiones Especiales que organiza la Conferencia de La Haya. En el marco de estos ejercicios de revisión se ha podido confirmar que los trámites de notificación y obtención de pruebas canalizados a través de los citados Convenios ha venido agilizando en forma drástica y sostenida el trámite de los respectivos requerimientos de cooperación. A su vez, al igual que lo sucedido con el Convenio de la Apostilla, estas instancias de revisión han permitido acordar entre los Estados que bajo la premisa de la equivalencia funcional, los Estados contratantes consideran que los textos de los Convenios son neutrales a las tecnologías, y que el uso de las mismas debe ser alentado enfáticamente para brindar mayor eficiencia a los trámites de cooperación internacional (eg. transmisión digitalizada de los exhortos, notificación electrónica, uso de la videoconferencia, etc.).

Por su parte, el Convenio de Acceso a la Justicia procura evitar la discriminación a los extranjeros o no residentes en su acceso a los distintos sistemas de justicia de los Estados parte. Básicamente asegurando su acceso a los sistemas de asistencia jurídica gratuita y a los registros públicos en igualdad de condiciones que nacionales y residentes habituales, así como también eximiéndolos del arraigo (*cautio judicatum solvi*) como requisito para estar en juicio. El Convenio también impide que se arreste por deudas a los extranjeros o no residentes habituales cuando estas medidas no le son aplicadas a los nacionales. También

22 En el marco de la cooperación jurídica internacional, la mayoría de los autores considera de mero trámite las notificaciones o pedidos de obtención de pruebas (también calificada como asistencia de 1er grado), y se las distingue de las medidas cautelares o el reconocimiento y ejecución de sentencias que exigen al Estado requerido un mayor nivel de revisión para autorizarlas en función de los efectos que éstas últimas despliegan en su territorio.

se establece un mecanismo de salvoconducto que impide arrestar a las personas que ingresen al país para declarar como testigos en un juicio, facilitando el funcionamiento de la justicia.

En síntesis, en los tiempos que corren donde el acceso a la justicia es reconocido universalmente como un derecho humano, parece fácil coincidir en la conveniencia de que las garantías mínimas establecidas en el Convenio de Acceso a la Justicia se aseguren en la mayor cantidad de ordenamientos jurídicos posibles.

Finalmente, cabe mencionar que en varios países de la región ya se encuentran en vigencia los Convenios de La Haya mencionados, los cuales coexisten con otros convenios relativamente similares, generados en el ámbito de la OEA (eg. las Convenciones Interamericanas adoptadas en Panamá en 1975, sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero) y del MERCOSUR (eg. Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, adoptado en Las Leñas en 1992) que tratan la cuestión de la notificación de documentos, obtención de pruebas y acceso a la justicia. Ello también permite ser optimista respecto a la incorporación de los Convenios de La Haya en los ordenamientos jurídicos de la región, pues en primer lugar los mecanismos previstos no son extraños para los operadores locales, y presentan el valor agregado de incorporar un vínculo convencional con un número mayor de países provenientes de las distintas regiones del mundo. Prueba de ello es que los Ministros de Justicia del MERCOSUR y Estados Asociados, emitieron una Declaración en el año 2006, recomendando la incorporación de los Convenios de La Haya sobre la Apostilla, Notificaciones, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia, para *“fortalecer, intensificar, y agilizar la cooperación jurídica en materia civil y comercial entre los Estados de la región”*²³.

3.2.3. Convenio de La Haya de 2005 sobre Elección de Foro (“Convenio sobre Elección de Foro”)

Las transacciones internacionales requieren la mayor previsibilidad y disminución de riesgos posible. A tal efecto, una práctica que se ha extendido en los contratos comerciales internacionales es la de que las partes elijan de común acuerdo la forma en que resolverán las eventuales disputas que pudieran surgir. En una considerable proporción, los contratos comerciales internacionales incluyen una cláusula arbitral, mientras que en algunos otros se elige un foro jurisdiccional.

En el contexto arbitral, existe la Convención de Nueva York de

²³ Declaración de la XXVI Reunión de Ministros de Justicia de los Estados parte del MERCOSUR, de la República de Bolivia y de la República de Chile, Acta N° 06/06, Anexo V, suscripta en Brasilia el 10 de noviembre de 2006.

1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”), la cual asegura que la cláusula de compromiso arbitral y el eventual laudo serán respetados por los sistemas de justicia de los Estados parte de la Convención. Sin embargo, en el ámbito jurisdiccional no existía un instrumento que cumpliera las funciones equivalentes a la Convención de Nueva York, y por ende dejaba a las partes con un alto grado de imprevisibilidad y consecuente aumento del riesgo transaccional. A fin de atender este problema, la Conferencia de La Haya decidió generar un instrumento que brindara esa previsibilidad y seguridad en el ámbito jurisdiccional, y desarrolló el Convenio sobre Elección de Foro.

El Convenio se aplica a los contratos internacionales en los cuales las partes hubieran pactado un acuerdo exclusivo de elección de foro para resolver sus disputas. Básicamente, cuando en los términos del Convenio las partes han elegido válidamente un foro, los tribunales del Estados parte elegido deben asumir la jurisdicción, mientras que todos los demás deben abstenerse de asumirla, para luego comprometerse todos los Estados parte a reconocer y ejecutar la sentencia dictada por el tribunal elegido por las partes.

La Cámara de Comercio internacional ha dado un fuerte apoyo al Convenio, emitiendo una comunicación específica, destacando sus virtudes y recomendando su incorporación a los países, como una medida para lograr eficacia en las disputas internacionales, disminuyendo la carga de trabajo de los Tribunales y los costos para los negocios que se generan con largas batallas judiciales por temas esencialmente procesales²⁴.

A nivel continental, la Federación Interamericana de Abogados (FIA), también expresó su apoyo expreso al Convenio de Elección de Foro (y a los Convenios de La Haya sobre la Apostilla, Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia) mediante una Declaración emitida el 24 de junio de 2013, en la cual recomendaba a los gobiernos de aquellos Estados que aún no hayan adherido o ratificado los Convenios de La Haya sobre cooperación jurídica y litigios internacionales a que lo hagan tan pronto como les sea posible.

El año 2015 será un año clave para el Convenio de La Haya de Elección de Foro puesto que entrará en vigor simultáneamente para todos los países de la Unión Europea y para México, que fue el primer país del mundo en adherirse al mismo. Por su parte, Estados Unidos firmó el Convenio en su oportunidad y viene trabajando activamente para su ratificación desde hace un tiempo.

Finalmente reconocidas expertas en DIPr de la región, como es

²⁴ Disponible en: <<http://www.iccwbo.org/News/Articles/2012/ICC-calls-on-governments-to-facilitate-cross-border-litigation>>.

el caso de las profesoras Yaritza Pérez Pacheco²⁵, de Venezuela, se han pronunciado sobre la conveniencia de que sus respectivos ordenamientos incorporen el Convenio de Elección de Foro.

La profesora Valesca Raizer Borges Moschen, del Brasil, señala: “*A esperanca é a de que a ratificacao de Convencao da Haia sobre eleicao de foro permita uma maior aproximacao do ordenamiento jurídico brasileiro ás realidades e necessidades trazidas em razao das relacoes jurídicas contemporâneas*”²⁶; Por su parte, la Profesora Carolina Iud, de Argentina nos dice “*No es un secreto que, en especial en América Latina, “pagamos más”, entre otras razones, por la falta de seguridad jurídica y la incerteza jurisdiccional. La ratificación de la Convención de La Haya sobre los acuerdos exclusivos de elección de foro por nuestros Estados constituirá un aporte más para la disminución de los costos de transacción*”²⁷.

COROLARIO

En el presente artículo hemos pretendido compartir razones por las cuales el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones requieren, no solo una adecuada infraestructura de rutas, puertos, energía, y otros servicios, sino que también se requiere de una adecuada infraestructura jurídica que genere la seguridad jurídica que el comerciante o inversor extranjero necesita para contratar o invertir. En este marco se explicó el aporte que brinda el Derecho Internacional Privado en este ejercicio, principalmente a través de su tarea de armonización de leyes y de cooperación jurídica.

A su vez, se presentaron los principales instrumentos de la Conferencia de La Haya desarrollados en este campo y se explicó la importancia que revisten los Convenios universales en espacios integrados, donde tienen la doble tarea de unificar simultáneamente soluciones tanto a nivel regional como universal.

Es de esperar que los países del MERCOSUR y sus Estados asociados, sigan avanzando en el desarrollo de la infraestructura necesaria para facilitar los negocios internacionales y las inversiones, y que en ese ejercicio incorporen a la mayor brevedad los Convenios de

25 PEREZ PACHECO, Yaritza. “El Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro en el contexto de los negocios internacionales. Su posible ratificación por Venezuela”. En: RODRIGUEZ, Miriam (ed). *Derecho y Democracia III*. Caracas: Ed. Universidad Metropolitana, 2011.

26 RAIZER BORGES MOSCHEN, Valesca. “Posibilidades e Limites da Derogatio fori: a necessaria ratificacao da Convcao de Haia de 30 de junio de 2005 sobre escolha de Foro”. En: RODRIGUEZ, Miriam (ed). *Derecho y Democracia III*. Caracas: Ed. Universidad Metropolitana, 2011.

27 IUD, Carolina. “El reconocimiento de sentencias en la Convención de La Haya sobre los acuerdos de elección de foro y su comptabilidad con otras fuentes internacionales vigentes en los Estados del Mercosur”. En: RODRIGUEZ, Miriam (ed). *Derecho y Democracia III*. Caracas: Ed. Universidad Metropolitana, 2011.

La Haya que venimos de describir en el presente trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAUJO, Nadia de. “Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade En: CEDEP (ed). *Derecho internacional privado y derecho de la integración : Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013.
- BERNASCONI, Christophe y KEIJSER, Thomas. *The Hague and Geneva Securities Conventions: a Modern and Global Legal Regime for Intermediated Securities*. Oxford: Uniform Law Revue, 2012, vol XVII.
- GOICOECHEA, Ignacio. “Los nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial”. En: CEDEP (ed). *Derecho internacional privado y derecho de la integración : Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013.
- IGLESIAS, Fernando. *Globalizar la Democracia: por un Parlamento Mundial*. Buenos Aires: Manantial, 2006.
- IUD, Carolina. “El reconocimiento de sentencias en la Convención de La Haya sobre los acuerdos de elección de foro y su compatibilidad con otras fuentes internacionales vigentes en los Estados del Mercosur”. En: RODRIGUEZ, Miriam (ed). *Derecho y Democracia III*. Caracas: Ed. Universidad Metropolitana, 2011.
- MC. CLELLAND, Robert y KEYES, Mary. “International civil legal cooperation”. *Commonwealth Law Bulletin*. 2011, vol 37, n° 4, p. 661–669.
- OLIVEIRA, Agatha Brandao de y MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. “Un enfoque crítico del sistema brasileño de derecho internacional privado y los retos de la armonización: los nuevos principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de contratos internacionales”. En: MORENO RODRIGUEZ, José Antonio y LIMA MARQUES, Claudia (ed). *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado, Jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre / Asunción: Gráfica e Editora RJR, 2014.
- PEREZ PACHECO, Yaritza. “El Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro en el contexto de los negocios internacionales. Su posible ratificación por Venezuela”. En: RODRIGUEZ, Miriam (ed). *Derecho y Democracia III*. Caracas: Ed. Universidad Metropolitana, 2011.
- POLETTI ADORNO, Alberto Manuel. “Libre Circulación de Documentos en el MERCOSUR: reflexiones sobre la exigencia de su legalización”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 1, n° 2, p. 11-21.
- RAIZER BORGES MOSCHEN, Valesca. “Posibilidades e Limites da Derogatio fori: a necessaria ratificacao da Convcao de Haia de 30 de junio de 2005 sobre escolha de Foro”. RODRIGUEZ, Miriam (ed). *Derecho y Democracia III*. Caracas: Ed. Universidad Metropolitana, 2011.

REYES, Anselmo. "ASEAN and the Hague Conventions". *Asia Pacific Law Review*. 2014, vol 22, n °1, p. 25-44.

STEWART, David. *How Private International Law Contributes to Economic Development and the Rule of Law? Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público: un encuentro necesario*. Asunción: Biblioteca de Derecho de la Globalización, 2011.

INVERSIONES EXTRANJERAS Y DERECHOS HUMANOS: ENTRE LA PERMANENCIA Y EL CAMBIO

INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E DIREITOS HUMANOS: ENTRE A PERMANÊNCIA E A MUDANÇA

Juan Pablo Bohoslavsky*
Juan Bautista Justo**

Resumen: *El derecho internacional condiciona de modo creciente el funcionamiento de los países, al mismo tiempo que presenta problemas de fragmentación que exponen a las autoridades nacionales a señales contradictorias, sobre todo cuando sus diversos subsistemas persiguen objetivos susceptibles de entrar en colisión. Eso es lo que sucede con el régimen de protección de inversiones extranjeras – cuyo funcionamiento actual tiene por objetivo asegurar la estabilidad del entorno jurídico y económico de esas inversiones - frente al régimen de tutela de los derechos humanos - que implica asumir el deber de transformar muchos aspectos de ese mismo entorno para alcanzar las metas de satisfacción de los derechos consagrados en los tratados, en especial en aquellos países más alejados de las condiciones mínimas de disfrute de tales derechos-. Frente a esa potencial tensión, este artículo analiza si el avance en la efectivización de los derechos humanos puede ser interpretado como una violación a los estándares de los tratados bilaterales de protección de inversiones (TBIs), y en su caso, con qué alcance. Para ello estudia tres aspectos del régimen de tutela de los inversores que han dado lugar a reclamos frente a medidas regulatorias que modifican el clima de negocios: trato justo y equitativo, expropiación y cláusulas de estabilización. Por último, y a la luz de la discusión planteada, se estudia la exigencia del consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas para el desarrollo de proyectos productivos en sus territorios como una hipótesis concreta en la que la tensión queda puesta de manifiesto, sugiriendo algunas pautas para su abordaje.*

* Experto Independiente sobre Deuda Externa y Derechos Humanos de la ONU. E-mail: juanpablobohos@gmail.com

** Docente de Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. E-mail: justo.juanbautista@gmail.com

Las opiniones y conclusiones desarrolladas en este capítulo sólo reflejan las de sus autores y de ninguna manera las de las instituciones a las cuales están afiliados.

Resumo: O direito internacional condicional de maneira crescente o funcionamento dos países ao mesmo tempo que apresenta problemas de fragmentação que expõem as autoridades nacionais a sinais contraditórios, sobretudo quando seus diversos sistemas perseguem objetivos susceptíveis de entrar em colisão. Isso é o que acontece com o regime de proteção de investimentos estrangeiros – cujo funcionamento atual tem por objetivo assegurar a estabilidade do entorno jurídico e econômico desses investimentos – frente ao regime de tutela dos direitos humanos – que implica assumir o dever de transformar muitos aspectos desse mesmo entorno para alcançar as metas de satisfação dos direitos consagrados nos tratados, em especial naqueles países mais distantes das condições mínimas de gozo desses direitos. Frente a essa potencial tensão, este artigo analisa se o avanço na efetivação dos direitos humanos pode ser interpretado como uma violação dos preceitos dos tratados bilaterais de proteção de investimentos (TBIs) e, nesse caso, com que alcance. Para tanto, estuda três aspectos do regime de tutela de investidores que deram lugar a reclamações relacionadas a medidas regulatórias que modificam o ambiente de negócios: tratamento justo e equânime, expropriação e cláusulas de estabilização. Por último, e à luz da discussão proposta, estuda-se a exigência do consentimento prévio, livre e informado das comunidades indígenas para o desenvolvimento de projetos produtivos em seus territórios como uma hipótese concreta, na qual essa tensão se manifesta, sugerindo algumas pautas para a sua abordagem.

Palabras clave: Inversiones extranjeras, Tratados bilaterales de inversión, Derechos humanos, Derecho internacional, Comunidades indígenas, Obligaciones internacionales contradictorias

Palavras-chave: Investimentos estrangeiros, Tratados bilaterais de investimentos, Direitos humanos, Direito internacional, Comunidades indígenas, Obrigações internacionais contraditórias

1. PRESENTACIÓN

El desempeño de las autoridades públicas de los países latinoamericanos (así como el de países de otras regiones) se encuentra crecientemente condicionado por diferentes regímenes internacionales que imponen a los Estados pautas de comportamiento cada vez más intrusivas. Los estándares mínimos de protección que emanan de las normas internacionales y de la interpretación que de ellas hacen sus órganos de aplicación, entrañan la adecuación de las prácticas internas de cualquier naturaleza a una red de garantías que no resulta discutible por los Estados ni por sus divisiones políticas una vez que han prestado su

consentimiento a ellas. En estos casos, es ineludible la adaptación de los procedimientos, instituciones y usos nacionales para mantenerse dentro de las fronteras de cumplimiento de los compromisos internacionales.

Dentro de esta dinámica de globalización de los ordenamientos domésticos, el fenómeno de fragmentación del derecho internacional hace que las autoridades nacionales puedan verse expuestas a señales contradictorias, sobre todo cuando los diversos subsistemas persiguen objetivos susceptibles de entrar en colisión. Eso es lo que sucede con el régimen de protección de inversiones –cuyo funcionamiento actual parece tener por meta asegurar la *estabilidad* del entorno jurídico y económico de las inversiones extranjeras- frente al régimen de tutela de los derechos humanos -que implica asumir el deber de *transformar* muchos aspectos de ese entorno para alcanzar las metas de satisfacción de los derechos consagrados en los tratados, en especial en aquellos países más alejados de las condiciones mínimas de disfrute de tales derechos-.

Como producto de esa diversidad de objetivos –estabilidad versus transformación- la sujeción simultánea a estos regímenes genera con frecuencia un dilema a los Estados, que se vuelve tangible cuando se ven sometidos a reclamos desde los dos frentes: o bien se los responsabiliza por no adoptar las medidas que le exigen los pactos de derechos humanos, o bien se lo hace por adoptar esas medidas y afectar –con ello- los intereses de los inversores.

Frente a esa potencial tensión, analizaremos aquí si el avance en la efectivización de los derechos humanos puede ser interpretado como una violación a los estándares de los tratados bilaterales de protección de inversiones (TBIs), y en su caso, con qué alcance. Para ello estudiaremos tres aspectos del régimen de tutela de los inversores que han dado lugar a reclamos frente a medidas regulatorias que modifican el clima de negocios: trato justo y equitativo, expropiación y cláusulas de estabilización. Por último plantearemos a la exigencia del consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas para el desarrollo de proyectos productivos en sus territorios como una hipótesis concreta en la que la tensión queda puesta de manifiesto, sugiriendo algunas pautas para su abordaje.

2. LOS DOS MODELOS NORMATIVOS EN JUEGO. ESTABILIDAD VS. TRANSFORMACIÓN

La mayoría de los países de la región se encuentran sometidos al mismo tiempo a dos conjuntos de reglas internacionales que los condicionan; uno tiene por objeto proteger a los inversores extranjeros y se sustenta en la amplia red de TBIs amparados en la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

(CIADI) aprobada en 1965; el otro se orienta a la protección de los derechos humanos y tiene su anclaje regional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, instrumento que se complementa en la mayoría de los países con el sometimiento al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, de especial interés para esta temática.

2.1. El régimen de los TBIs. Protección contra el cambio

La estructura de protección de los inversores –integrada por la Convención del CIADI y la red de TBIs que en forma vertiginosa fueron firmando los países en las últimas décadas, pero también por diferentes tratados multilaterales de libre comercio– se asienta en dos bases: la primera procesal, la segunda sustancial.

a) Desde una *perspectiva procesal*, esto es, desde los mecanismos que se aplican para resolver una disputa entre un inversor y el Estado que lo aloja, el sistema presenta los siguientes lineamientos:

i. El TBI se aplica a todas las inversiones extranjeras salvo las que estén expresamente excluidas, sin importar el rol estratégico o la relevancia nacional que pueda tener la actividad en la que ellas se insertan (por ejemplo, servicios públicos, salud pública). De esa forma, sectores claves de la economía quedan sujetos a un modelo de internacionalización del derecho que consiste básicamente en extrapolar las reglas del arbitraje privado al campo del derecho público;

ii. Cuando los inversores (o un socio minoritario de ellos) se sienten afectados por alguna decisión del Estado que involucra cualquier aspecto de su inversión, pueden demandarlo directamente (sin necesidad de recorrer antes ningún camino interno)¹ por fuera de sus jueces y ante foros arbitrales en los cuales el poder político y de voto está concentrado en los principales países exportadores de capitales (vg. el Banco Mundial);

iii. A través de las “cláusulas paraguas” las infracciones a compromisos contractuales por parte del Estado pueden ser elevadas a violaciones de sus obligaciones internacionales, con lo cual cualquier aspecto de un vínculo con el prestador de un servicio estatal puede terminar siendo dirimido en la jurisdicción del CIADI²;

¹ A diferencia de lo que sucede con los pactos de derechos humanos, la jurisdicción internacional prevista en los TBIs es principal y no subsidiaria; es decir que desplaza –y no complementa– la labor de los jueces locales (MONTT, Santiago. “What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation”. En: AA.VV. (ed). *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires, 2009.

² El alcance concreto de esta cláusula es objeto de un debate no concluido. Tienden a

iv. Los árbitros a los cuales llega la disputa pueden revisar la conducta de cualquier rama del Estado y desplazar del análisis al derecho nacional, aplicando los criterios del TBI;

v. La decisión que adopten esos árbitros tiene un marco de revisión sumamente limitado a nivel internacional³ y directamente nulo a nivel local⁴. Los jueces nacionales no pueden controlar el laudo y deben ponerlo en práctica (por ejemplo embargando bienes del Estado) como si fuera una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

b) En ese sistema de resolución de controversias que –como vemos– se caracteriza por sustraer absolutamente el conflicto de la esfera del país receptor, se aplican una serie de *principios sustanciales de protección* a los inversores que se fijan en la red de TBIs. En general, se prohíben allí conductas que infrinjan estándares tales como el *tratamiento justo y equitativo*, de *tratamiento nacional* y *nación más favorecida*, o la *prohibición de expropiar directa o indirectamente la inversión sin la correspondiente compensación*.

Ahora bien, el problema es que los TBIs establecen esos estándares con un alto grado de indeterminación, sin detallar con precisión los derechos y obligaciones de las partes⁵. Ello hace que sean los árbitros

expandir su alcance –y por ende a someter al CIADI discusiones contractuales laudos como *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. Argentina* (2002, Caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión sobre Anulación); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Filipinas* (2004, Caso CIADI N° ARB/02/6); *Astaldi S.p.A. v. Honduras* (2010, Caso CIADI N° ARB/O7/32). Una perspectiva diferente, encaminada a limitar los reclamos susceptibles de llegar a los árbitros, ofrecen los casos *Azinian v. México* (1999, Caso CIADI N° ARB.F/97/2); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistán* (2003, Caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción); *El Paso Energy International Company v. Argentina* (2006, Caso CIADI N° ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción); *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Ghana* (2010, Caso CIADI N° ARB/07/24).

3 El art. 52 del Convenio CIADI solo permite la anulación del laudo bajo las siguientes causales: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere exlralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde. Es decir que no se prevén a los errores jurídicos de la decisión como justificativo para su revocación.

4 El art. 54 del Convenio CIADI establece que “Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.” Explorando la posibilidad de ejercer el control de convencionalidad sobre los laudos véase BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista. “The Conventionality Control of Investment Arbitrations: Enhancing Coherence through Dialogue”. *Transnational Dispute Management Journal (TDM)*. 2013, vol 1.

5 KAUSHAL, Asha. “Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime”. *Harvard International Law Journal*. 2009, vol 50, n° 2; JACOB, Marc. “International investment agreements and human rights”. *INEF Research PaperSeries*

quienes en definitiva fijen la extensión concreta de los parámetros de protección de los inversores, con prácticamente nulas posibilidades de revisión. La situación se agrava porque los árbitros se designan para cada caso y no hay un régimen de unificación de criterios, por ejemplo, mediante un sistema permanente de revisión.

En ese contexto, cuando la discrecionalidad que esa indeterminación trae aparejada se combina con una visión del TBI que no toma en cuenta los deberes que el Estado tiene frente a su población (por ejemplo en materia ambiental, salud pública, agua, derechos humanos, igualdad racial, etc.) ocurren interpretaciones expansivas de los derechos de los inversores que prácticamente los ponen a resguardo del riesgo empresarial y obturan la posibilidad de evolución institucional y desarrollo del país receptor.

En definitiva, la arquitectura legal en materia de protección de las inversiones extranjeras implica una inevitable transferencia de potestades regulatorias nacionales a favor de quienes resuelven las disputas entre los inversores y los Estados que los alojan. Y esa transferencia se da a partir de acuerdos que en su inmensa mayoría no contienen referencias explícitas a los derechos humanos. Esa carencia, sumada a una visión algo estrecha, ha llevado a numerosos laudos a asumir que el régimen jurídico de protección de las inversiones y el de los derechos humanos son dos campos herméticamente separados que no pueden interactuar de manera alguna.

Como resultado de esa visión, en laudos clave se ha ignorado la relevancia que poseen los derechos humanos al momento de dirimir una controversia entre el Estado receptor y el inversor⁶. Esa omisión ha habilitado una gradual expansión del alcance de las garantías de los inversores por vía de interpretación arbitral, tendencia que puede minar la capacidad de los Estados para poner en práctica diferentes medidas fundadas en el interés público.

2.2. El régimen de derechos humanos. Promoción del cambio

En paralelo a su inserción en los sistemas de protección de las inversiones -que son recurrentemente leídos en los términos anteriores-, los países de nuestra región se encuentran sujetos a una serie de

Human Rights, 2010, n° 3.

6 Por ejemplo, al desestimar el pedido de intervención de comunidades indígenas en litigios relacionados con disputas de tierras en Zimbabwe, paneles arbitrales expresaron que no existían pruebas sobre la existencia de una interdependencia entre el derecho de inversiones y los derechos humanos en función de la cual la falta de consideración del contenido de las normas de derechos humanos convirtiera a la decisión arbitral en jurídicamente incompleta (*Border Timbers Limited y otros v. República de Zimbabwe* -Caso CIADI N° ARB/10/25- y *Bernhard von Pezold y otros v. República de Zimbabwe* - Caso CIADI N° ARB/10/15-, Orden Procesal N° 2, 26 de junio de 2012, párr. 58).

instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos que también conllevan una transferencia relevante de facultades nacionales hacia estamentos que no dependen directamente de la voluntad estatal e imponen una serie de obligaciones que condicionan crecientemente el margen de actuación de las autoridades locales.

Sobre la base de la universalidad e inviolabilidad de los derechos tutelados, el diseño de las diferentes convenciones internacionales en la materia recepta los siguientes lineamientos: a) la fijación de *pisos mínimos* de protección de esos derechos que limitan el margen de acción de los Estados; b) la imposibilidad de los Estados de invocar su ordenamiento jurídico interno, sus tradiciones culturales o cualquier otro elemento de su identidad nacional para justificar el apartamiento de esos pisos mínimos de protección, y; c) el establecimiento de tribunales internacionales con la facultad de controlar la compatibilidad de las prácticas domésticas de cualquier índole con las reglas de los tratados, declarar al Estado incurso en responsabilidad internacional ante un supuesto de violación de esas reglas y condenarlo a hacer cesar la infracción e indemnizar los daños causados.

Esos rasgos responden a que este tipo de acuerdos está orientado, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de los derechos y libertades del ser humano. Los Estados que pasan a integrar los mecanismos de las convenciones deciden unirse y limitar su esfera de acción, tanto interna como externa, para asegurar mediante una acción colectiva, que se estima más eficiente que la tradicional, la vigencia tangible de los derechos humanos. De ese modo, los miembros deciden reducir sus potestades propias para ampliar en conjunto su capacidad de protección de esos intereses. La limitación singular del campo de acción estatal por medio de una autorrestricción se traduce en una ampliación correlativa de ese campo por medio de la cooperación.

Para asegurar sus cometidos, las convenciones internacionales de derechos humanos imponen a los gobiernos tres tipos de obligaciones en relación a los derechos que ellas consagran.

La primera de ellas es la *obligación de respeto*, que demanda de los Estados que se abstengan de interferir directa o indirectamente con el disfrute del derecho de que se trate. Es decir, que no incurran por sí mismos en prácticas que impliquen lesionar el derecho.

En segundo lugar, una *obligación de garantía*, asociada a la remoción de los obstáculos al ejercicio efectivo de los derechos, esto es, la provisión de los recursos y la facilitación de las actividades necesarias para un acceso igualitario a ese ejercicio.

Por último, la *obligación de protección* requiere que el Estado prevenga la interferencia de terceros en el disfrute de cada derecho.

El concepto de terceros incluye a individuos, grupos, empresas, corporaciones y otras entidades, por lo que proteger implica diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto privado la realización de conductas lesivas. El Estado no sólo debe observar por sí mismo las reglas de los pactos, sino que también tiene a cargo asegurar que los particulares hagan lo mismo en sus relaciones privadas⁷.

Estas obligaciones estatales en materia de derechos humanos pueden ser englobadas, desde el punto de vista económico, bajo la idea de espacio fiscal tendiente a facilitar estrategias nacionales efectivas para el desarrollo⁸. El *espacio fiscal* necesita un cierto *espacio político y jurídico*.

En especial en aquellos contextos donde el goce de los derechos se encuentra más insatisfecho, el cumplimiento de esas obligaciones por parte del Estado involucra necesariamente la adopción continua y sistemática de una serie de medidas encaminadas a revertir esa falta de acceso a su ejercicio efectivo. Las obligaciones internacionales en este campo poseen, así, un contenido dinámico e incremental que responde tanto a la interpretación evolutiva que es inherente a toda categoría de derechos humanos, como al principio de realización progresiva específico de los económicos, sociales y culturales (DESC).

Ese avance evolutivo en la protección de los derechos humanos puede, en ocasiones, tensionar con la pretensión de estabilidad para los inversores que los TBIs encarnan, pues hace a un aspecto natural del sistema que el cumplimiento de los compromisos estatales -especialmente en aquellos países con menores índices de satisfacción del derecho de que se trate- involucre con frecuencia la modificación del marco jurídico y las prácticas estatales. De eso se trata, precisamente, llevar a la práctica los mandatos contenidos en las convenciones.

Como vemos, en el marco de los tratados de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de adecuar sus marcos jurídicos y sus prácticas administrativas, judiciales o de cualquier otro carácter para asegurar el goce efectivo de esos derechos. Esa vocación transformadora conlleva un indudable riesgo regulatorio -esto es, el riesgo de que las agencias estatales modifiquen sus políticas y criterios-⁹, que debe ser

⁷ Véase ONU. Consejo de Derechos Humanos. *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Proteger, Respetar y Remediar* (A/HRC/RES/17/4, 16 de junio de 2011); BILCHITZ, David. "The Ruggie Framework: an Adequate Rubric for Corporate Human Rights Obligations?". *Sur International Journal on Human Rights*, 2010, vol 7, n° 12; BLITT, Robert C. "Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance". *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*. 2011, n° 158.

⁸ Sobre las tensiones entre los acuerdos de inversión y el espacio fiscal de los países ver ampliamente UNCTAD. *Trade and Development Report*. Ginebra: UNCTAD, 2014.

⁹ DESIERTO, Diane. "Sovereign Policy Flexibility for Social Protection: Managing Regulatory Risk in IIAs." *Mauritius International Arbitration Conference*. 2012.

ponderado por el inversor al momento de evaluar el entorno de su emprendimiento comercial, como un expresión de debida diligencia.

3. TENSIONES ENTRE EL AVANCE EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ESTABILIDAD DEL ENTORNO DE LA INVERSIÓN

Las inversiones extranjeras suelen involucrar proyectos económicos de gran magnitud, larga duración y capital intensivo, lo cual trae aparejada la posibilidad de que sus condiciones de funcionamiento se modifiquen, generando un impacto negativo sobre el emprendimiento. Cuando esa variación adversa responde a una medida estatal, el empresario puede alegar que el Estado modificó sus legítimas expectativas al momento de hacer la inversión, dando lugar a reclamos indemnizatorios. El núcleo histórico y conceptual de los TBIs consiste en brindar salvaguardas a los inversores frente a los golpes de timón gubernamentales que conducen a una modificación negativa del entorno en el cual se desenvuelve su negocio.

En contrapartida, hemos visto que el avance de las condiciones de protección constituye un rasgo esencial del sistema de derechos humanos que se materializa en la premisa de universalidad y los dispositivos de interpretación evolutiva y progresividad¹⁰. Como producto de esa vocación incremental, los estándares en materia de derechos humanos se han intensificado de modo sustancial en las últimas décadas, captando gradualmente ámbitos de la acción gubernamental que antes les eran remisos. Por cierto, es razonable esperar que las exigencias frente a las tres generaciones de derechos humanos sigan expandiéndose en las próximas décadas, por lo menos hasta tanto se cumpla el disfrute universal de sus pisos mínimos. En consecuencia, y contrariamente a un relato bastante arraigado, la modificación de los marcos legales y de las prácticas gubernamentales de los países en desarrollo no obedece tan sólo al cambio de vientos políticos o a situaciones de volatilidad, sino también a la necesidad de abandonar la condición jurídica de incumplidores crónicos frente a mandatos internacionales imperativos.

En ese contexto, es natural que los crecientes condicionamientos de los Estados como resultado de sus obligaciones de respeto, garantía y protección involucren la necesidad de adecuar su derecho interno para que resulte consistente con los tratados y de adoptar aquellas medidas regulatorias necesarias para su efectivización. Esa obligación

10 Como se ha expresado, “los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento” (Corte IDH, OC-4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984, voto separado del juez Piza Escalante, párr. 3).

puede tener un efecto adverso en los intereses de los inversores, que –en consecuencia– exigirán compensaciones bajo los estándares de los TBIs, todo lo cual puede desalentar esa implementación doméstica o la asunción de nuevos compromisos internacionales.

Veamos algunas expresiones concretas de esta tensión entre la progresividad y la búsqueda de estabilidad.

3.1. La adecuación del derecho interno frente al trato justo y equitativo

a) El deber de adecuación del derecho interno como obligación primaria del Estado

Los arts. 1.1 y 2 de la CADH fijan los siguientes deberes esenciales: *i)* como consecuencia de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos fundamentales (art. 1.1), los Estados deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que actualmente los restrinjan o vulneren¹¹; *ii)* como consecuencia de la obligación adicional del art. 2, los Estados deben –cuando el ejercicio de un derecho no se encuentre todavía garantizado– adecuar su ordenamiento jurídico –en el plano normativo o de cualquier otro tipo, es decir, incluyendo leyes, sentencias, reglamentos, actos o hechos– para permitir tal ejercicio.

Todo el sistema se asienta en la consecución de un logro, el goce efectivo de los derechos humanos, y para ello se exige a los Estados conductas que van desde la abstención de violaciones (respeto), la adopción de medidas de contenido positivo (garantía) hasta la adecuación de todo el obrar estatal a los cánones convencionales. Para la Corte “*garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce*”¹². Por consiguiente, no sólo es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole por sí misma los derechos reconocidos por el pacto¹³, sino también la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a su goce¹⁴. Cualquiera sea el origen o la forma que asuma, toda medida estatal que se traduzca en la lesión o desamparo de un derecho convencional se encuentra

11 Corte IDH, OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, párrs. 81 y 173.

12 Corte IDH, OC-11/90, *Excepciones al Agotamiento de los recursos internos (artículo 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 10 de agosto de 1990, párr. 34.

13 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. 29 de julio de 1988, párr. 169.

14 Corte IDH, “*Cinco Pensionistas*” v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de febrero de 2003, párr. 163.

vedada por las directivas generales de los arts. 1 y 2 de ese instrumento¹⁵.

El deber general de adecuación establecido en el art. 2 de la CADH implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁶. La obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria se mantenga en el ordenamiento jurídico¹⁷ y, por ende, se satisface con su modificación¹⁸, derogación, anulación¹⁹, o reforma²⁰. En el segundo supuesto, el deber convencional se cumple con el dictado de las regulaciones y la implementación de las prácticas encaminadas hacia la observancia de los derechos, es decir, con medidas positivas.

Es así que cuando la igualdad real para el acceso a los derechos no se encuentra garantizada en un país –y ello trae aparejada su falta de efectividad para ciertos sectores– es deber del gobierno adoptar las medidas tanto legislativas como “de otro carácter” que permitan –a través de la neutralización de los factores determinantes de esa desigualdad– hacer efectivos esos derechos.

Por tal razón, si bien a primera vista podría considerarse que el art. 2 de la CADH contiene un compromiso sobreabundante, desde que el deber de respetar y garantizar incluye el de dictar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos, su sentido reside en hacer más determinantes las exigencias internacionales impuestas al Estado, el cual no sólo no puede invocar el *contenido* su derecho interno para justificar una violación, sino tampoco las *carencias* del mismo para excusar la falta de efectividad de un derecho convencional.

A este mandato genérico se suma, en el marco de los DESC, el principio de progresividad plasmado en el art. 2 del PIDESC, que obliga

15 Corte IDH, OC-4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984, párr. 53.

16 Corte IDH, *Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 18 de septiembre de 2003, párr. 143; OC-13/93, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 16 de julio de 1993, párr. 26; *La Cantuta v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de noviembre de 2006, párr. 172; *Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. 4 de julio de 2006, párr. 83; *Gómez Palomino v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. 22 de noviembre de 2005, párr. 91; y *Raxcacó Reyes v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. 15 de septiembre de 2005, párr. 87.

17 Corte IDH, “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) *v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. 5 de febrero de 2001, párrs. 87 a 90.

18 Corte IDH, *Fermín Ramírez v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. 20 de junio de 2005, párrs. 96 a 98; *Hilaire, Constantine, Benjamin y Otros v. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de junio de 2002, párr. 113.

19 Corte IDH, *Caesar v. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. 11 de marzo 2005, párrs. 91, 93 y 94.

20 Corte IDH, *Almonacid Arellano y Otros v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006, párr. 118; *Raxcacó Reyes*, cit., párr. 87.

a los Estados a adoptar medidas que deben funcionar como un camino adecuado para lograr paulatinamente la plena efectividad de esos derechos, habida cuenta de la imposibilidad de garantizarla de modo inmediato.

Al respecto el Comité de DESC de Naciones Unidas ha dicho que el concepto de *progresiva efectividad* constituye un reconocimiento del hecho de que la *plena efectividad* de todos los DESC en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como privando a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general del PIDESC, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena realidad de los derechos de que se trata. Impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto que configuren un supuesto de regresividad requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga²¹.

Como vemos, tanto las obligaciones genéricas de la CADH como la específica del PIDESC imponen al Estado la revisión de su marco jurídico y económico, la reformulación de sus prácticas administrativas, regulatorias o judiciales y –en suma– la reestructuración del funcionamiento estatal de un modo que le permita alcanzar plenamente las metas convencionales. *La transformación es un aspecto constitutivo del régimen de derechos humanos.*

b) La expansión del principio de trato justo y equitativo frente a los cambios regulatorios

La contracara de la tendencia transformadora afincada en las bases del sistema de derechos humanos puede encontrarse en una corriente interpretativa expansiva del principio de trato justo y equitativo (TJE) contenido en los BITS que cuenta con bastante predicamento.

21 CESCR. Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados parte* (párr. 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, párr. 9. Sobre las complejidades de este punto, véase SKOGLY, Sigrun. “The Requirement of Using the ‘Maximum of Available Resources’ for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?”. *Human Rights Law Review*. 2012, vol 12, n° 3.

En términos históricos, el TJE fue originalmente concebido como una expresión del estándar consuetudinario de trato mínimo a los extranjeros, que cuenta con un fuerte arraigo en el derecho internacional y que demanda de los Estados conceder a los nacionales de otros países garantías mínimas contra la denegación de justicia, la arbitrariedad y la discriminación. El dato relevante, a los efectos de este análisis, es que ese estándar consuetudinario expresa un umbral elevado para considerar a la conducta gubernamental como ilícita, por lo que su violación sólo comprende las conductas más graves y ultrajantes; de ahí su condición de *mínimo*.

Lo cierto es que la aplicación del TJE ha ido alejándose paulatinamente de esos mínimos internacionales para incluir aspectos de gobernanza, como la transparencia, previsibilidad o la coherencia. Esa ampliación del concepto ha llevado a que un cúmulo de conductas gubernamentales que no se consideraban equiparables a violación del estándar mínimo consuetudinario sean concebidas ahora como violatorias de este principio de los TBIs, ampliando de ese modo las salvaguardas a favor de los inversores pero reduciendo también el margen de maniobra de los Estados.

La razón de esa ampliación reside en la interpretación arbitral. Si bien algunos paneles han mantenido una interpretación consistente con el origen histórico de la figura -requiriendo consecuentemente un nivel alto de gravedad del comportamiento gubernamental para que se configure una violación al TJE- muchos otros comenzaron a interpretarlo como un principio diferente de ese estándar consuetudinario, considerándolo como autónomo y dotado de contenido propio. De esa manera, en lugar de derivar el contenido de la norma de su fuente original (el derecho internacional consuetudinario), estos tribunales optaron centrarse en el significado literal de las diferentes disposiciones de los TBIs que consagran esta garantía²². Al hacerlo, empezaron a encontrar en el TJE mucho más que las garantías internacionales tradicionales, pasando a un bajo umbral de ilicitud en el comportamiento²³.

Como producto de ese viraje, el TJE se erigió como una de las normas de mayor alcance de protección de la inversión, y su utilización

22 UNCTAD. *Fair and Equitable Treatment*. Ginebra: Naciones Unidas, 2012.

23 *Saluka v. República Checa* (2006, CNUDMI), párr. 293; *Merrill & Ring v. Canadá* (2010, UNCITRAL -NAFTA-), párr. 210. El estándar consuetudinario fue precisado en el caso *Neer* (Mexico-United States General Claims Commission, *LFH Neer and Pauline Neer -United States v. Mexico-*, 1926), en el cual se requirió que la conducta sea “atroz” o “indignante”. Por cierto, aún cuando desde la época del caso *Neer* lo que se concibe como una conducta atroz puede haber variado, lo cierto es que la vinculación al mínimo internacional implica dejar en claro que sólo los actos muy graves pueden ser vistos como una violación de los TBIs, es decir, que se aplica con criterio restrictivo. Véase *Waste Management v. México* (2004, Caso CIADI N° ARB-AF/00/3), párr. 98; *Glamis Gold Ltd v. Estados Unidos* (2009, UNCITRAL -NAFTA-), párr. 600; *GAMI Investments Inc. v. México* (2004, UNCITRAL -NAFTA-), párr. 97; *International Thunderbird Gaming Corporation v. México* (2006, UNCITRAL -NAFTA-), párr. 194.

aumentó de manera exponencial. La flexibilidad y vaguedad de su contenido normativo, que es continuamente redefinido de acuerdo a las circunstancias de cada caso y del tratado pertinente, hicieron del TJE un estándar que todo lo abarca y que se encuentra en permanente expansión, y la forma preferida por los paneles arbitrales para justificar una condena al Estado²⁴.

En el caso *Metalclad* del año 2000 se produjo la primera muestra del abandono del estándar mínimo internacional y su reemplazo por criterios de buena gobernanza, al considerarse configurada una violación al TJE con base en la ausencia de transparencia por parte del Estado. El tribunal interpretó que ese estándar imponía en cabeza de las autoridades el deber de corregir cualquier malentendido o confusión frente al inversor, a fin de asegurar la estabilidad del contexto de la inversión, e implicaba también que no debía “haber lugar a duda o incertidumbre” frente a “todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar”²⁵. Con esa base, y alejándose claramente del mínimo estándar internacional, se entendió violado el FET por cuando el Estado “no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión”²⁶.

Esta reformulación del concepto fue objeto de diferentes críticas, e incluso condujo a la emisión de una nota interpretativa del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) orientada explícitamente a atar el contenido del TJE al mínimo internacional²⁷. A medida que los argumentos encaminados a desligar al TJE del estándar mínimo internacional se iban haciendo menos sustentables en función de las críticas y las claras señales de los Estados que las interpretaciones jurisdiccionales no eran un reflejo de las intenciones de los Estados, la doctrina doméstica de las expectativas legítimas se abrió camino en el arbitraje de inversión para expandir nuevamente los límites de este principio.

En efecto, el segundo viraje que llevó a un *boom* en la utilización del TJE consistió en poner como centro del principio a las expectativas del

24 DAVITTI, Daria. “On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law: The Alternative Narrative of Due Diligence”. *Human Rights Law Review*. 2012, vol 12, n° 3.

25 *Metalclad Corporation v. México* (2000, Caso CIADI N° ARB AF/97/1), párr. 76.

26 *Metalclad*, cit, párr. 99.

27 Luego del laudo *Metalclad*, la Comisión de Libre Comercio del NAFTA emitió la siguiente nota interpretativa al art. artículo 1105(1) del tratado: “1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte. 2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste” (Comisión de Libre Comercio del TLCAN, “Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11”, 31 de julio de 2001).

inversor. Por ejemplo, en *Tecmed*²⁸, se interpretó que el TJE “exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que *no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión*. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, *de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes*”²⁹.

Inclusive, en *MDT v. Chile* se hace referencia a un deber activo de protección del inversor y no sólo de abstención de conductas arbitrarias o perjudiciales respecto de aquel. Al parecer, la neutralidad hacia el inversor de parte del Estado no es suficiente, sino que también hay que velar por sus intereses³⁰.

Como resultado de ese cambio de rumbo, el TJE ratificó su protagonismo como fórmula omnicomprendiva que permite conjugar los efectos legales de todos los estándares de los TBIs y que puede ser invocada eficazmente en lugar de la expropiación, no arbitrariedad, discriminación, e incluso de las cláusulas paraguas³¹. Esa ampliación

28 *Técnicas Medioambientales Tecmed v. México* (2003, Caso CIADI N° ARB-AF/00/2, párr. 154); *MTD v. Chile* (2004, Caso CIADI N° ARB/01/7, párrs. 114 y 115). El Comité de Anulación en este último caso observó que la ponderación de las expectativas del inversor como fuente de obligaciones para el Estado resulta cuestionable, pues esas obligaciones derivan del TBI aplicable y no de cualquier aspiración que el inversor pueda aducir (2007, Caso CIADI N° ARB/01/7, Decisión sobre Anulación, párr. 67). Dando cuenta de los gruesos desacuerdos que atraviesan la jurisprudencia arbitral, en el caso *Walter Bau v. Tailandia* (2009, CNUDMI, párr. 11.7) se consideró a ese cuestionamiento como “circular e inaceptable”.

29 *Tecmed*, cit., párr. 154. Como se ha destacado con lucidez, “el “estándar” de *Tecmed* en realidad no constituye estándar alguno; es, por el contrario, la descripción de la regulación pública perfecta en un mundo perfecto, a la cual todos los Estados deberían aspirar pero que muy pocos (si alguno) llegará alguna vez” (Douglas, Zachary, “Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureka and Methanex”, *Arbitration International*, Vol. 22, 2006, p. 28). Véase *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egipto* (2002, Caso CIADI N° ARB/99/6); *Biwater Gauff v. Tanzania* (2008, Caso CIADI N° ARB/05/22). En *CMS* se sostuvo que “no puede haber duda alguna de que la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo” (*CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, 2005, Caso CIADI N° ARB/01/8, párr. 274), también *LG&E Energy Corp. v. Argentina* (2006, Caso CIADI N° ARB/02/1, párr. 127 y ss.) y *Duke Energy v. Ecuador* (2008, Caso CIADI N° ARB/04/19, párr. 340). Con una posición menos protectoria del inversor ver *Parkerings-Compagniet AS v. Lituania* (2007, Caso CIADI N° ARB/05/8, párr. 333). La jurisprudencia también recalca que la violación del trato justo y equitativo no presupone mala fe de parte del Estado, con lo cual aún cuando la autoridad pública haya actuado persiguiendo un fin legítimo sin abuso, discriminación o arbitrariedad, puede lesionarse esta garantía. Ver *CMS*, cit., párr. 280; *Azurix v. Argentina* (2006, Caso CIADI N° ARB/01/12, párr. 372); *Mondev v. Estados Unidos* (2002, Caso CIADI N° ARB-AF/99/2, párr. 116); *Waste Management v. México* (2004, Caso CIADI N° ARB-AF/00/3, párr. 97).

30 Una lectura menos deferente hacia el inversor se advierte en *Marvin Feldman v. México* (2002, Caso CIADI N° ARB-AF/99/1) o en *Waste Management*, cit.

31 *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Filipinas*, cit. párr. 162; 8 ICSID Rep 518 (2005);

terminó por forzar los límites de la responsabilidad internacional de los Estados ante los actores empresariales privados, en especial porque la idea de conductas ilícitas internacionales pasó de pautas de cierta gravedad a una laxa idea de buen gobierno³². Las nociones de transparencia, consistencia y estabilidad regulatoria se transformaron en componentes esenciales del TJE y fueron utilizados recurrentemente por los paneles arbitrales³³, aumentando de modo significativo la posibilidad de condena en función de este principio.

c) Una lectura moderada del trato justo y equitativo. La debida diligencia del inversor

Por cierto, esa expansión del concepto resulta problemática para el desempeño del Estado. Si el TJE incluye el derecho del inversor de conocer de antemano no sólo las normas o reglamentaciones, sino también las políticas y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes³⁴, las obligaciones y limitaciones impuestas en el país receptor son de largo alcance y pueden generar incertidumbre en las autoridades, derivando en un enfriamiento regulatorio. Este fenómeno se produce cuando las condenas previenen a las autoridades domésticas de introducir aquellas nuevas normas y prácticas administrativas destinadas a mejorar la regulación, lo cual debilita las posibilidades de intervención estatal orientada a alcanzar aquellas metas económicas, sociales y ambientales que vienen exigidas desde otras ramas del derecho internacional³⁵.

El sobredimensionamiento de las legítimas expectativas del inversor -que lleva a ver en cualquier cambio del entorno legal y de negocios adverso a sus intereses una violación del TJE- ignora el hecho de que los inversores deberían legítimamente esperar cambios en las leyes y reglamentaciones, como un aspecto obvio del normal funcionamiento de los procesos jurídicos y políticos de la economía en la que operan.

Para lograr un punto de equilibrio es necesario evitar la identificación de este estándar con un derecho del inversor a la inalterabilidad de todas las regulaciones y políticas públicas que gobiernan su emprendimiento. Sólo cuando estamos frente a cláusulas de estabilización corresponde reconocer un derecho a la permanencia de una regulación, pero aún aquellas resultan inoponibles frente al

Noble Ventures Inc v. Rumania (2005, Caso CIADI N° ARB/01/11), párr. 182.

³² Véase SATTOROVA, Mavluda. "Investment Treaty Breach as Internationally Proscribed Conduct: Shifting Scope, Evolving Objectives, Recalibrated Remedies?". *Trade Law & Development*. 2012, vol 4, n° 2.

³³ *Occidental v. Ecuador* (2004, LCIA Caso N° UN 3467), párr. 183; *Enron v. Argentina* (2007, Caso CIADI N° ARB/01/3), párr. 260; *PSEG Global y otros v. Turquía* (2007, Caso CIADI N° ARB/02/5), párr. 253.

³⁴ *Bewater Gauff v. Tanzania* (2008, Caso CIADI N° ARB/05/22), párr. 602.

³⁵ UNCTAD. Fair and Equitable Treatment, Op. cit.

deber de protección, al constituir los derechos humanos una necesaria excepción a esos compromisos. Una auditoría básica de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a cargo del Estado en el que se planea invertir bastaría para que el inversor pueda albergar expectativas realistas y legítimas acerca de lo que ese Estado puede hacer en el futuro.

Por otra parte, corresponde inferir de este principio sustancial el deber del Estado de abstenerse de acciones irrazonables, mas no de preservar y promover activamente los intereses del empresario extranjero. No resulta consistente, entonces, demandar una suerte de “paternalismo” sobre el inversor, cual si éste fuera incapaz de evaluar sus decisiones con una diligencia mínima³⁶. Antes bien, ese trato justo y equitativo debe ser interpretado en consonancia con el cumplimiento por parte del inversor de los deberes de debida diligencia, respeto de la ley, eficiencia, responsabilidad y transparencia en su evaluación y ejecución³⁷.

En *El Paso*³⁸ se adopta, a nuestro juicio, la línea correcta que permite poner en su justo lugar a la garantía del TJE de un modo que no incapacite a los Estados para perseguir las metas que los tratados de derechos humanos le imponen.

Se dijo allí que “si se admitiera la fórmula frecuentemente reiterada que postula que “la estabilidad del marco jurídico y de negocios es un elemento esencial del trato justo y equitativo”, las leyes jamás podrían modificarse: este simple enunciado demuestra su irrelevancia. Este estándar de conducta, aplicado estrictamente, no resulta realista, ni tampoco es el objeto de los TBI que los Estados garanticen que las condiciones jurídicas y económicas en las que se realiza una inversión se mantendrán inalterables ad infinitum”³⁹.

Enfatizó que, en tanto “La evolución es un elemento intrínseco de la vida económica y jurídica”⁴⁰, las expectativas legítimas “no pueden limitarse a las expectativas legítimas del inversor, sino que deben corresponderse con las expectativas objetivas que se pueden deducir de las circunstancias con la debida consideración de los derechos del Estado”⁴¹. En otras palabras, “el estándar de trato justo y equitativo no puede suponer la inmutabilidad del orden jurídico, el mundo económico

36 El caso *MTD (cit)*, párrs. 104, 114, 163 y ss.) es una muestra de ello.

37 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. “Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)”. s.l: CEPAL, 2010.

38 *El Paso Energy International Company v. República Argentina* (2011, Caso CIADI N° ARB/03/15).

39 *El Paso*, cit., párr. 350. Ver también *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. v. Argentina* (2010, Caso CIADI N° ARB/03/19). Opinión Separada del Arbitro Pedro Nikken, párr. 20 y ss.

40 *El Paso*, Op.Cit. párr. 352.

41 *El Paso*, Op. cit. párr. 358.

y el universo social, y jugar el papel de una cláusula de estabilización específicamente diseñada en beneficio de los inversores extranjeros con los que el Estado ha firmado acuerdos de inversión⁴².

Frente a esa realidad, el inversor debe asumir que la protección de los derechos humanos incrementa el riesgo regulatorio y ejercer la debida diligencia en función de ese dato, pero no puede pretender que el Estado no avance en este campo. Una forma de ponderar el comportamiento del inversor para dilucidar si fue diligente en evaluar el riesgo regulatorio es, precisamente, ver si analizó el nivel de cumplimiento estatal en materia de derechos humanos⁴³, pues si el Estado receptor se encuentra lejos de ciertas metas en ese campo, no sólo es razonable sino también deseable esperar que se vayan produciendo medidas encaminadas a su logro.

De manera que la evaluación del riesgo regulatorio constituye una responsabilidad compartida entre el Estado y el inversor. Sin embargo, los tribunales no siempre lo han visto así y han preferido focalizarse en el comportamiento estatal, incluso a partir de una suerte de presunción en contra del Estado cuando se verifica un perjuicio para el inversor. Se ha sostenido que, en caso de duda, el riesgo de ambigüedad de una garantía gubernamental cae más sobre el gobierno que sobre el inversor y el Estado está sujeto a un alto nivel de transparencia y responsabilidad por la claridad y la coherencia en su interacción con los inversionistas extranjeros⁴⁴. De ese modo, en general el test para determinar la razonabilidad de un cambio regulatorio parece centrarse exclusivamente en el Estado receptor, sin tomar en consideración si un inversor diligente debía o no prever y afrontar ese riesgo⁴⁵.

Lo cierto es que, si las expectativas legítimas de los inversores se aceptan para dar contenido al TJE, es necesario que los paneles indaguen en cómo el empresario ha evaluado los riesgos regulatorios al momento de hacer la inversión. Así como “nadie puede tener la expectativa legítima de que no se modifique el marco legal ante una crisis económica de extrema gravedad”⁴⁶, tampoco nadie que haya relevado mínimamente el grado de cumplimiento de los derechos humanos en un Estado puede esperar que no se modifique el comportamiento estatal para subsanar una eventual inobservancia.

42 *El Paso*, Op. Cit. párr. 366, con cita de C.P.J.I., *Oscar Chinn (Reino Unido c. Bélgica)*, 1934, Rep., Serie A/B, No. 63, p. 88.

43 Véase *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Addendum, “Principles for responsible contracts: integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations, guidance for negotiators”* (HRC/17/31/Add.3, 2011), Principios 1º, 3º y 4º.

44 *International Thunderbird*, cit. Opinión Separada del árbitro Thomas W. Wälde, párrs. 4 y 5.

45 *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömu Kft v. Hungría* (2010, Caso CIADI N° ARB/07/22), párrs. 10.3.7 a 10.3.9.

46 *El Paso*, Op. cit. párr. 374.

3.2. Cláusulas de estabilización y derechos humanos

Si bien se acepta cada vez con mayor frecuencia que, en ausencia de compromisos específicos, el Estado retiene la facultad de modificar su marco legal⁴⁷, la inclusión de cláusulas de estabilización, como expresión de esos compromisos específicos genera diversos interrogantes sobre su compatibilidad con las obligaciones en materia de derechos humanos ¿Puede invocarse una cláusula de estabilización para resistir un cambio legal fundado en el cumplimiento de una obligación internacional en materia de derechos humanos?

Las cláusulas de estabilización se orientan principalmente a contrarrestar cambios de orden tributario, regulatorio, tarifario o societario, así como otras formas de intervención más intensas, como nacionalizaciones o expropiaciones. A esos fines, incluyen diferentes tipos de compromisos⁴⁸:

a) Cláusulas de intangibilidad, que sujetan al consentimiento del inversor cualquier variación y prohíben al Estado nacionalizar la inversión;

b) Cláusulas de “congelamiento”, por las cuales la legislación doméstica aplicable es “congelada” al momento de la conclusión del acuerdo y sus reformas ulteriores se consideran inoponibles al inversor, aislándolo de los cambios regulatorios. En ese caso, el acuerdo adquiere jerarquía preeminente por sobre medidas posteriores de carácter legislativo o administrativo;

c) Cláusulas de consistencia, de acuerdo a las cuales la legislación estatal sólo resulta aplicable si resulta consistente con el acuerdo de inversión, y;

47 Como se ha resuelto en un reciente laudo, ante la ausencia de una cláusula de estabilización o compromiso similar, los cambios en el marco regulatorio solo pueden ser considerados como infracción al trato justo y equitativo en caso de alteraciones drásticas o discriminatorias en las condiciones esenciales de la operación (*Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republica del Líbano*, 2012, Caso CIADI N° ARB/07/12, párr. 244).

48 COTULA, Lorenzo. Foreign investment contracts, ciudad: International Institute for Environment and Development, 2007, Briefing 4. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas ha destacado que “Con frecuencia los inversores mejoran la protección prevista en los tratados bilaterales de inversión con disposiciones de “estabilización” en contratos confidenciales firmados con los gobiernos de acogida, denominados “acuerdos con el gobierno de acogida” (...) la mayoría de los acuerdos firmados por gobiernos de acogida con países no pertenecientes a la OCDE contienen disposiciones encaminadas a eximir a los inversores del cumplimiento de las nuevas leyes ambientales y sociales, o prevén compensaciones por dicho cumplimiento. Las disposiciones de estabilización más amplias se encuentran en los acuerdos firmados en el África subsahariana, donde 7 de los 11 acuerdos con gobiernos de acogida prevén exenciones de todas las nuevas leyes durante el período de aplicación del proyecto, o indemnizaciones por la observancia de esas leyes, independientemente de su pertinencia para la protección de los derechos humanos o cualquier otro interés público”. (ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, “La empresa y los derechos humanos: la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar” -A/HRC/11/13, 22 de abril de 2009-, párr. 32).

d) Cláusulas de equilibrio económico, que desencadenan la necesidad de renegociar el contrato cuando se producen alteraciones, de modo de restaurar su equilibrio inicial o bien de compensar al inversor. En este caso, y a diferencia de las cláusulas de congelamiento, no se encuentra vedada la modificación regulatoria, pero se establece una disuasión económica para desincentivar ese cambio, consistente en el costo de recomponer la posición económica del inversor.

Tradicionalmente, los paneles arbitrales han admitido la validez de este tipo de compromisos⁴⁹. Sin embargo, también se han precisado las condiciones para su operatividad. En *Continental* se abordó la cuestión de qué se puede considerar un compromiso especial que dé lugar a “expectativas legítimas razonables” para un inversor extranjero. Se reafirmó allí el requisito de “especificidad del compromiso” que puede dar lugar a expectativas jurídicas razonables, y a tal fin trazó una distinción entre⁵⁰: i) Declaraciones políticas que –“lamentable pero notoriamente”, según el tribunal– no crean ninguna expectativa; ii) enunciados legislativos generales que “generan escasas expectativas”, y; iii) compromisos contractuales asumidos por gobiernos que pueden generar expectativas más legítimas y “merecen un examen más detenido” ya que “habitualmente generan derechos y, por lo tanto, expectativas de cumplimiento”.

En *El Paso* se precisó que “un compromiso se puede considerar específico si su *objeto preciso fue el de otorgar una garantía efectiva de estabilidad al inversor*. Por lo general, los textos generales no pueden contener compromisos de este tipo, ya que no existen garantías de que no se modifiquen con el tiempo”⁵¹.

Ahora bien, aún cuando el compromiso cumpla los recaudos de especificidad, a nuestro juicio el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos constituye un límite claro a la celebración y aplicación de cláusulas de estabilización. En tanto los tratados de derechos humanos disciplinan integralmente todos los ámbitos de la actividad estatal, estén éstos vinculados al plano interno o a la firma y ejecución de otros acuerdos, un Estado parte no puede celebrar válidamente un convenio que lo incapacite para cumplir con sus deberes establecidos en los tratados sin incurrir en responsabilidad internacional por su inobservancia⁵². En consecuencia, pactar la abdicación o

49 *AGIP Company v. People's Republic of the Congo*, 30 de noviembre de 1979, 21 ILM 726; *Government of Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil)*, 24 de marzo de 1982, 21 ILM 976; *Revere Copper & Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC)*, Tribunal Arbitral, 24 de agosto de 1978, 56 ILR 257; *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 19 de enero de 1977, 53 ILR 389.

50 *Continental Casualty Property v. República Argentina* (2008, Caso CIADI N° ARB/03/9) párr. 261.

51 *El Paso*, Op. cit. párr. 376.

52 CommHR, Decisión N° 235/56, 10 de junio 1958; *M. & Co.*, 9 de febrero de 1990.

abstención del ejercicio de sus potestades en miras de cumplir con sus compromisos resultaría incongruente con el sometimiento al pacto de derechos humanos.

En función de lo dicho, es posible que con fines de promoción el Estado se comprometa explícitamente bajo cláusulas de estabilización de rango específico y naturaleza contractual⁵³; sin embargo, el deber de protección de los derechos humanos constituye la necesaria excepción a ese compromiso⁵⁴.

3.3. Adecuación de las prácticas domésticas y expropiación indirecta

Los TBIs suelen prohibir la expropiación –directa o indirecta-⁵⁵ si ella no está justificada en el interés público, es discriminatoria o arbitraria y no está seguida de una compensación. Sin embargo, el alcance concreto de esa salvaguarda, en especial respecto de la expropiación indirecta, es altamente discutible y queda librado a la exégesis arbitral, lo cual poco favor le hace a la legitimidad del sistema de TBIs⁵⁶.

Un aspecto del abordaje del estándar de expropiación en los TBIs que resulta muy gravitante para su interacción con los tratados de derechos humanos se vincula con el grado de relevancia que se asigna a los fines estatales al momento de discernir la configuración de una expropiación indirecta.

En este punto, la doctrina del “único efecto” (*sole effect*) constituye el abordaje ortodoxo que analiza la configuración de una expropiación indirecta centrándose exclusivamente en el efecto de la medida gubernamental sobre la propiedad del inversor, sin computar otros factores como el propósito de la medida o el contexto en el cual ella se adopta. Para que se configure la expropiación debe existir una privación sustancial del valor económico o del uso de la inversión, ese es el factor

53 Sobre los “Acuerdos de Estabilidad Legal” desarrollados en Perú, ver *Duke Energy Int’l Peru Investments No. 1, Ltd. v. República del Perú* (2006, Caso CIADI N° ARB/03/28, Decisión sobre Jurisdicción) párr. 31.

54 LEADER, Sheldon. “Human Rights, Risks, and New Strategies for Global Investment”. *Journal of International Economic Law*. 2006, vol 9, n° 3.

55 La expropiación puede tomar diferentes formas: se considera “directa” cuando la inversión es nacionalizada o de otra manera directamente sustraída del patrimonio del inversor mediante la transferencia formal del título o la incautación física de los activos y es llamada “indirecta” o “regulatoria” cuando no se altera el título legal de propiedad pero se produce una la interferencia estatal significativa en el uso de dicha propiedad o el disfrute de sus beneficios. OCDE. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate”. In: *International Investment Law*. *OECD Working Papers on International Investment*. 2004/04, p. 3.

56 Según ha distinguido cierta jurisprudencia, la expropiación directa ocurriría con la toma del control de la inversión y la consiguiente transferencia de su dominio en favor del Estado receptor, mientras que la indirecta podría derivar de “una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor” (*Metalclad*, cit.).

decisivo, con lo cual los fines gubernamentales quedan desplazados del análisis⁵⁷.

Esa línea resulta inadecuada. Al igual que con las expectativas en el marco del TJE, no corresponde aquí computar sólo las consecuencias sobre el inversor, pues ello implica inmunidad y no igualdad. Es imprescindible discernir el alcance y propósito de la medida. No cualquier alteración del patrimonio del inversor debe ser calificada como expropiatoria, sino sólo aquellas que equivalen a la imposición de un *sacrificio especial* sobre el empresario.

En efecto, las medidas estatales de alcance general rara vez justifican compensaciones económicas. Ese aspecto constituye una derivación natural de la naturaleza abierta y dinámica de la democracia, que trae aparejada la improponibilidad de una regla indemnizatoria ante los cambios legislativos que afectan a la generalidad de los ciudadanos⁵⁸. Esta noción se expresa en la idea de carga pública y hace que sólo se admita indemnización cuando la igualdad en su distribución se altera. La reparación tiene justamente ese sentido de recomposición del trato igualitario ante los deberes comunitarios.

En un sistema democrático la obediencia a las decisiones colectivas no configura, necesariamente, un daño indemnizable, pues la existencia misma de la organización estatal depende de un deber jurídico en cabeza de cada ciudadano de soportar el costo generado por sus decisiones⁵⁹. Sólo cuando la medida altera el estándar de igualdad ese deber puede dar lugar a indemnización, en la medida en que la ausencia de reparación pueda implicar la imposición de un sacrificio diferencial y/o discriminatorio. Más allá de ese supuesto excepcional, hace a la existencia misma de un sistema de gobierno que no exista una inmunidad contra sus regulaciones por parte de los destinatarios⁶⁰.

Obviamente, la facultad de no obedecer el derecho sancionado

57 Por ejemplo, en el laudo *Biloune v. Ghana* el tribunal sostuvo que no necesitaba establecer las motivaciones del Estado para resolver el caso (*Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, 1989, 95 ILR, párrs. 184-185). En *Tippetts* se explicitó que el factor central es la presencia de una interferencia del Estado en el uso de la inversión o en el disfrute de sus beneficios y que la intención del gobierno es menos relevante que el efecto de las medidas sobre el propietario (*Tippetts v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 6 Cl. Trib. 219, 1984). En *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica* (2000, Caso CIADI N° ARB/96/1) se sostuvo que el análisis debe centrarse en el impacto de las medidas sobre el inversor y no tanto en la intención del gobierno o la modalidad adoptada para su implementación, considerando que la finalidad de protección ambiental perseguida por el gobierno carecía de incidencia en el modo de resolver el caso.

58 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El principio de confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador". *Revista de Administración Pública*. 2002, n° 159.

59 CSJN Argentina, *Columbia*, 1992, Fallos, 315:1026; *Rebesco*, 1995, Fallos, 318:385; *Friar*, 2006, Fallos, 329:3966.

60 CSJN Argentina, *Revestek*, 1995, Fallos, 318:1531. En igual tónica, *Marvin Feldman*, cit., párr. 112; *Thunderbird*, cit., párr. 208; *Saluka*, cit., párr. 262; *Methanex v. Estados Unidos* (2005, NAFTA, p. IV, ch. d, párr. 7).

por la autoridad democrática está lejos de configurar una situación jurídicamente protegida⁶¹ y por lo tanto la falta de indemnización de una medida regulatoria razonable y proporcional –condición de su exigibilidad- sólo puede implicar una violación al derecho de propiedad si ella constituye una determinación discriminatoria, por imponer exclusivamente al inversor los costos de una decisión que redunde en beneficio de la comunidad (sacrificio especial)⁶². Si ese trato desigual no se configura, por cuanto los costos de la medida recaen sobre el conjunto de agentes económicos del país, la interferencia no sería indemnizable, en tanto aparecería como una simple expresión del ejercicio de las potestades estatales⁶³ encaminadas a cumplir el deber de protección de los derechos humanos. De resultados de lo anterior, únicamente deberían calificarse como expropiación –directa o indirecta- las medidas estatales que generen en el inversor un sacrificio especial, entendiendo por tal a la afectación particularizada en una situación jurídicamente protegida.

En conclusión, debemos buscar interpretaciones de los TBIs que no incapaciten al Estado para cumplir su deber de protección en el marco de un sistema democrático. Lo que permite conciliar ese deber con la tutela de los inversores es reconocer a la interdicción de tratos discriminatorios como pauta hermenéutica central de las garantías de los TBIs⁶⁴.

Al respecto se ha definido a una medida irrazonable o discriminatoria como aquella que –alternativamente-: *i*) causa daños al inversor sin servir a ningún propósito legítimo aparente; *ii*) no se encuentra basada en reglas legales, sino en arbitrariedad, prejuicios o preferencias personales; *iii*) es dictada por motivos diferentes a los

61 Esa situación jurídicamente protegida no depende de las expectativas del inversor ni de declaraciones implícitas del gobierno (vs. *Azurix, cit.*, párr. 318). Tiene que ser el resultado de la adquisición de un derecho en los términos que fija el ordenamiento del Estado parte.

62 *Continental Casualty, cit.*, párr. 276.

63 Una referencia útil para esa ponderación puede ser el *test* previsto en el Anexo B.4 del TBI modelo de Estados Unidos, que recepta el escrutinio de *Penn Central* (USSC, *Penn Central Station Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 1978) –impacto económico de la medida, nivel de interferencia de la regulación con expectativas razonables y carácter de la acción gubernamental- y le aporta dos precisiones fundamentales: primero, el sólo hecho del efecto adverso que una medida pueda tener en el valor económico de una inversión no comporta, *per se*, una expropiación indirecta (ello parece oponerse al criterio arbitral que sólo toma como referencia la afectación del inversor); segundo, adiciona a los tres factores de *Penn Central* el siguiente: Salvo en raras ocasiones, las medidas regulatorias de una Parte que no resulten discriminatorias y se encuentren orientadas a la protección de objetivos legítimos de bienestar general, tales como salud pública, seguridad o ambiente, no constituyen expropiación indirecta. La alusión al carácter no discriminatorio de la medida como guía para discernir el derecho a una indemnización confirma la gravitación que posee ese extremo si queremos evitar la obturación de todo avance jurídico en el país receptor. Sobre los principios regulatorios y su incidencia en los arbitrajes de inversión, véase Bohoslavsky, *cit.*

64 Una importante muestra de la convergencia de los sistemas de protección de los derechos humanos y el derecho de inversiones puede verse en el caso *Yukos (STEDH, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusia, 20 de septiembre de 2011 y 31 de julio de 2014; UNCITRAL, Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. Federación Rusa, Caso N° AA 227, 18 de julio de 2014)*.

explicitados –desviación de poder- o bien; *iv*) es adoptada con manifiesto desprecio del debido proceso⁶⁵. Resulta fundamental, así, evaluar la existencia de motivaciones persecutorias o sacrificio especial.

Es que, en la medida en que la regulación constituye en la actualidad un aspecto natural del entorno en el cual cualquier empresa debe desenvolverse, resulta incorrecto partir de la posibilidad de reclamar indemnización cada vez que una decisión gubernamental afecta negativamente el valor de su inversión. Este es el punto central de la incorrección de la lectura tradicional de las cláusulas de expropiación de los TBIs: Una vez que se reconoce que cualquier regulación puede implicar cambio negativo en el valor de una inversión, la existencia de la pérdida económica por sí no alcanza para sí sola para funcionar como sustento de la obligación de indemnizar. Es necesario que se configure un desequilibrio en la distribución de los costos de la medida en perjuicio del inversor.

El abordaje ortodoxo de la expropiación, con su énfasis en la privación que sufre el empresario y la ausencia de referencia a los fines y alcances de la medida estatal, se traduce en el *deber de no regular sin compensar*. Al hacer caso omiso de la evolución del papel de Estado como regulador, la exigencia de una reparación monetaria por cualquier privación causada por el gobierno transforma a los TBIs en pólizas de seguro contra el riesgo regulatorio⁶⁶.

A la luz de lo dicho, las salvaguardas de trato justo y equitativo y expropiación se tornan operativas sólo ante conductas discriminatorias, pero no habilitan reclamos de los inversores por cambios legislativos generales que afecten a toda la población. De admitirse ese criterio, esas garantías se verían asimiladas a las cláusulas de estabilización y ello implicaría contrariar la interpretación restrictiva que corresponde seguir en materia de privilegios a favor de los inversores. Dicho de otro modo, trato justo y equitativo es ausencia de hostilidad pero no inalterabilidad, ausencia de riesgo o paternalismo, mientras que expropiación indirecta presupone sacrificio especial pero no asegura inmunidad frente a cambios regulatorios de carácter general.

3.4. Interpretación evolutiva y estabilización en el campo de los TBIs. El caso de las comunidades indígenas

Una última muestra de la pugna entre una interpretación que prioriza excesivamente la estabilidad del entorno de la inversión y la necesidad de progresar diariamente para alcanzar las metas que fijan los pactos de derechos humanos, se advierte en la eventual colisión del TJE y las cláusulas de estabilización con el principio de consentimiento previo,

65 *Toto Costruzioni Generali S.p.A.*, *supra* nota 51, párr. 157.

66 Véase, SATTOROVA, Op. cit.

libre e informado de las comunidades indígenas para el desarrollo de proyectos productivos en sus territorios.

El tratamiento de la situación de las comunidades indígenas a lo largo del continente americano y la incidencia de los estándares de derechos humanos en la gestión de los recursos naturales es uno de los aspectos más salientes de la reciente evolución de esta rama del derecho internacional.

El punto de partida de esa evolución es el reconocimiento de la noción de territorialidad indígena. Se entiende por territorialidad al modo de conceptualizar y de apropiar el espacio social en que se vive; se reflejan en ella las distintas formas de relación con la naturaleza instituidas por los grupos sociales que ocupan la tierra. El territorio es, desde esa perspectiva, una construcción social realizada en forma consciente por grupos humanos que *objetivizan* su relación con el ambiente a través de prácticas continuas. Se trata de una construcción colectiva, y su reflejo más patente es la presencia de una estructura social tradicional, bien definida, que habita el espacio mediante representaciones culturales, a partir de ritos asociados a la tierra, ordenando religiosamente su entorno.

En función de esas características, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente de la simple posesión de un bien, que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. Dada su importancia, la noción de territorialidad indígena juega hoy un rol clave en la relación con los titulares de derechos que involucran a comunidades originarias, en la medida en que confiere un *plus* de protección a éstas últimas en caso de conflicto con derechos civiles de propiedad⁶⁷.

En ese marco, se ha desarrollado y se consolidado a nivel internacional la exigencia del consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas en relación a los proyectos de explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras, lo cual constituye

⁶⁷ En efecto, la Corte Interamericana ha señalado que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, párr. 148) y que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, párr. 142 y ss.).

un límite decisivo a los derechos reconocidos por el Estado sobre esos recursos.

La Corte Interamericana receptó la noción en el *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, de 2007, estableciendo el triple estándar de *consulta y consentimiento, estudios de impacto y participación en los beneficios* como requisito para la validez de emprendimientos productivos en los territorios de las comunidades.

En ese caso, el ordenamiento doméstico de Surinam solamente garantizaba a la comunidad el derecho al uso de la tierra, pero no aseguraba el derecho a controlar efectivamente el territorio sin injerencias externas. Los principales perjuicios provenían de concesiones mineras y forestales a terceros que claramente ponían en riesgo la integridad de las tierras de los Saramaka. Por ello la Corte enfatizó que el derecho de propiedad de ese pueblo implicaba la previa delimitación de las tierras como paso para el otorgamiento de un título legal de propiedad que conlleve la posibilidad de uso de los recursos naturales, especialmente porque de ello depende la preservación del estilo de vida propio de ese pueblo.

En ese marco, la Corte estableció que el respeto del art. 21 de la Convención Americana –que consagra el derecho de las personas al uso y goce de sus bienes– en relación con los pueblos indígenas demanda siempre la *efectiva participación de la comunidad*, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, respecto de cualquier plan de desarrollo, inversión, exploración o explotación que pretenda realizarse en su territorio. Esta obligación implica que el Estado debe aceptar y divulgar información, que las consultas deben ser de buena fe, por medio de procedimientos culturalmente adecuados y con el objetivo de alcanzar el consenso. Además, la consulta debe hacerse efectiva desde el primer momento de elaboración del proyecto y teniendo en cuenta los métodos propios de la comunidad para la toma de decisiones, especialmente el tiempo que ellos puedan insumir. El gobierno también debe garantizar que la comunidad conozca fehacientemente los riesgos involucrados, tanto para la salud como el ambiente.

Adicionalmente, en aquellos emprendimientos que impliquen un mayor impacto en el territorio, el gobierno no sólo debe consultar a la comunidad, sino obtener su consentimiento libre, previo e informado. La mera consulta es insuficiente en estos casos. En segundo lugar, el Estado debe garantizar que la comunidad reciba un beneficio o rentabilidad razonable de cualquier emprendimiento en su territorio⁶⁸. Tercero,

68 En este punto, la Corte Interamericana ha aclarado que la participación en los beneficios encuentra cobertura en el art. 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la compensación que la misma impone no se limita a los supuestos de privación total de la propiedad por medio de la expropiación, sino también a la privación del uso regular y disfrute de tal propiedad. En ese contexto, el derecho a una justa indemnización se traslada al derecho de los miembros de la comunidad de participar razonablemente en los beneficios que resultan

el Estado debe garantizar que ninguna concesión será otorgada en territorio de la comunidad a menos y hasta que entidades independientes e idóneas técnicamente, bajo la supervisión estatal, ejecuten un estudio previo de impacto ambiental y social.

En función de lo dicho, toda concesión administrativa de derechos de explotación sobre los recursos naturales que no cumpla estos tres requisitos configura una violación a los arts. 21 y 1.1 de la Convención Americana⁶⁹.

El triple estándar fijado por la Corte Interamericana en el caso *Saramaka* (consulta y consentimiento; estudios de impacto; y participación en los beneficios) es aplicable, en los términos de la Corte, a “los planes de inversión, desarrollo, exploración o explotación de los recursos naturales” que puedan afectar de forma directa o indirecta la capacidad de los pueblos indígenas para usar y gozar efectivamente sus tierras, territorios y recursos naturales, de manera que supongan, de hecho, una privación o limitación de su derecho de propiedad⁷⁰.

Con ese alcance, la consagración de este estándar de trato plantea interrogantes en punto a su consistencia con los derechos de los inversores. Baste pensar en la gran cantidad de derechos otorgados por el Estado sobre recursos ubicados en territorios indígenas y las implicancias que tiene reconocer capacidad de incidencia y de participación económica a esas comunidades.

La gradual adecuación del derecho doméstico al estándar comentado podría ser fuente de perjuicios económicos para inversores, quienes podrían aducir la existencia de una alteración sustantiva del marco jurídico existente al momento de reconocer su derecho a la explotación del recurso, que no incluía el deber de recabar el consentimiento de las comunidades y descansaba en la soberanía estatal sobre sus recursos. La situación se complejiza en caso de cláusulas de estabilización previas a la consagración de este criterio, que podrían pretender ser invocadas por las empresas para inmunizarse ante los

de la restricción o privación de su derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de los recursos necesarios para su subsistencia.

69 En la misma línea, el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce a esos pueblos el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones. Adicionalmente, el art. 32 de esa Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos y que los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas “*a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo*”.

70 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

cambios en el derecho doméstico que él implica.

Estos interrogantes, nuevamente, deben ser resueltos de un modo que permita conjugar la tutela del inversor contra tratos discriminatorios, pero que computen necesariamente la naturaleza dinámica y evolutiva que es propia de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Tanto los tratados de derechos humanos como los de protección de inversiones involucran opciones políticas que generan consecuencias distributivas a lo largo del tiempo. La decisión de concluir un TBI constituye un compromiso social y económico que vincula al Estado y sus recursos en la protección de la inversión extranjera a través de un conjunto de estándares de tratamiento durante la vida de la inversión⁷¹. Esa determinación no puede efectuarse sin tomar en consideración la necesidad de adecuar de modo dinámico y evolutivo el funcionamiento del marco jurídico y económico de un modo que permita cumplir con las obligaciones de respeto, garantía y protección de los derechos humanos, mientras se garantiza un mínimo espacio fiscal a ese mismo Estado que aloja la inversión de manera que se facilite la implementación de estrategias nacionales de desarrollo.

Siendo ello así, los inversores no pueden pretender que los compromisos plasmados en los TBIs obturen esa adecuación. Antes bien, la debida diligencia en la determinación del entorno jurídico, económico y social del país en el cual desean invertir, necesariamente debe incluir un diagnóstico sobre el nivel de cumplimiento estatal en materia de derechos humanos y las medidas que son razonablemente esperables para la mejora progresiva de su desempeño en ese campo. A la luz del robusto desarrollo de los derechos humanos en el campo empresarial, tal como lo demuestra creciente implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, los inversores no pueden permanecer ajenos a las externalidades de sus acciones (y omisiones) en materia de derechos humanos.

La evolución en el sistema de protección de inversiones de las últimas décadas permite advertir una fuerte expansión de las garantías a favor de los inversores a través de una ampliación de las conductas consideradas como violatorias de los estándares contenidos en ellos. No sólo los parámetros de protección han recibido una interpretación amplia, sino que se ha admitido que sean mutuamente intercambiables de un modo que deriva en una segura condena arbitral. La fusión de los principios de los TBIs en una red de protección vasta y elástica

⁷¹ Véase SIMMA, Bruno y DESIERTO, Diane. "Bridging the Public Interest Divide: Committee assistance for investor-host State compliance with the ICESCR". *Transnational Dispute Management (TDM)*. 2013, vol 10.

transforma el régimen de inversión moderno en uno en el que el mero hecho del impacto económico negativo de la conducta gubernamental en la inversión puede ser suficiente para responsabilizar al Estado receptor.

Mientras que ese resultado ha derivado en una creciente crisis de legitimidad del régimen de los TBIs, pronunciamientos más recientes, como el de *El Paso*, permiten ser optimistas en que se alcance una fórmula más equilibrada entre la necesidad de resguardar a los inversores extranjeros contra actos arbitrarios o discriminatorios y la de no obturar el ejercicio de las potestades públicas, en tanto vehículos imprescindibles para la vigencia de los derechos humanos. El logro de ese equilibrio depende hoy de un mayor diálogo entre los cuerpos y tribunales⁷² involucrados en la resolución de ese tipo de asuntos (sobre inversiones por un lado y derechos humanos por el otro) que permita forjar un mayor grado de consistencia y sustentabilidad en el derecho internacional y las obligaciones que éste impone a los Estados⁷³.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BILCHITZ, David. "The Ruggie Framework: an Adequate Rubric for Corporate Human Rights Obligations?". *Sur International Journal on Human Rights*. 2010, vol 7, n° 12.

BLITT, Robert C. "Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance". *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*. 2011, n° 158.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. s.l: CEPAL, 2010.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista. "The Conventionality Control of Investment Arbitrations: Enhancing Coherence through Dialogue". *Transnational Dispute Management Journal (TDM)*. 2013, vol 1.

BURKE-WHITE, William. "International Legal Pluralism". *Michigan Journal of International Law*. 2004, vol 25, p. 978.

COTULA, Lorenzo. *Foreign investment contracts*. ciudad: International Institute for Environment and Development, 2007.

DAVITTI, Daria. "On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law: The Alternative Narrative of Due Diligence". *Human Rights Law Review*. 2012, vol 12, n° 3.

DESIERTO, Diane. "Sovereign Policy Flexibility for Social Protection:

⁷² Véase DUPUY, Pierre-Marie y VIÑUALES, Jorge. "The Challenge of "Proliferation": An Anatomy of the Debate". En: ROMANO, Cesare; ALTER, Karen y SHANY, Yuval (ed). *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁷³ BURKE-WHITE, William. "International Legal Pluralism". *Michigan Journal of International Law*. 2004, vol 25, p. 978.

Managing Regulatory Risk in IIAs. *Mauritius International Arbitration Conference*. 2012.

DUPUY, Pierre-Marie y VIÑUALES, Jorge. “The Challenge of “Proliferation”: An Anatomy of the Debate”. En: ROMANO, Cesare; ALTER, Karen y SHANY, Yuval (ed). *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El principio de confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”. *Revista de Administración Pública*. 2002, n° 159.

JACOB, Marc. “International investment agreements and human rights”. *INEF Research Paper Series Human Rights*, 2010, n° 3.

KAUSHAL, Asha. “Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime”. *Harvard International Law Journal*. 2009, vol 50, n° 2.

LEADER, Sheldon. “Human Rights, Risks, and New Strategies for Global Investment”. *Journal of International Economic Law*. 2006, vol 9, n° 3.

MONTT, Santiago. “What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/ Calvo doctrine in the BIT generation”. En: AA.VV. (ed). *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires, 2009.

OCDE. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate”. In: *International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment*. 2004/04, p. 3.

ONU. Consejo de Derechos Humanos. *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Proteger, Respetar y Remediar (A/HRC/ RES/17/4*, 16 de junio de 2011.

SATTOROVA, Mavluda. “Investment Treaty Breach as Internationally Proscribed Conduct: Shifting Scope, Evolving Objectives, Recalibrated Remedies?”. *Trade Law & Development*. 2012, vol 4, n° 2.

SIMMA, Bruno y DESIERTO, Diane. “Bridging the Public Interest Divide: Committee assistance for investor-host State compliance with the ICESCR”. *Transnational Dispute Management (TDM)*. 2013, vol 10.

UNCTAD. *Trade and Development Report*. Ginebra: UNCTAD, 2014.

UNCTAD. *Fair and Equitable Treatment*. Ginebra: Naciones Unidas. 2012.

TRANSPARÊNCIA EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS INVESTIDOR-ESTADO

TRANSPARENCIA EN ARBITRAJES INTERNACIONALES INVERSIONISTA-ESTADO

*Paula Schlee**

Resumo: *Este artigo trata da questão da transparência em arbitragens investidor-Estado. Primeiramente, explica-se o que se entende por transparência nesta seara: (i) acesso a informação e documentos concernentes a disputas; (ii) a abertura ao público das audiências realizadas durante o procedimento; e (iii) a participação de amici curiae. Na sequência, são delineadas as regras de transparência contidas nas regras de arbitragem do ICSID, bem como as novas regras de transparência aplicáveis a arbitragens investidor-Estado no âmbito das regras de arbitragem da UNCITRAL. Finalmente, são feitos comentários acerca dos últimos desenvolvimentos acerca do tema no âmbito do Mercosul e no Brasil.*

Resumen: *Este artículo trata de la cuestión de la transparencia en arbitrajes inversionista-Estado. Primeramente, se explica qué se entiende por transparencia en este ámbito: (i) acceso a información y documentos relativos a disputas; (ii) apertura al público de los procedimientos orales; y (iii) participación de amici curiae. A continuación, se delinean las reglas de transparencia contenidas en las reglas de arbitraje del ICSID, así como también las nuevas reglas de transparencia aplicables a arbitrajes inversionista-Estado en el ámbito de las reglas de arbitraje de la UNCITRAL. Finalmente, se hacen comentarios acerca de los últimos desarrollos acerca del tema en el ámbito del Mercosur y en Brasil.*

Palavras-chave: Arbitragem, Investidor-Estado, Transparência, ICSID, UNCITRAL, Mercosul, Brasil

Palabras clave: Arbitraje, Inversionista-Estado, Transparencia, ICSID, UNCITRAL, Mercosur, Brasil

* Mestre em Direito/Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Analista do Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Banco Central do Brasil em São Paulo. E-mail: paula.schlee@uol.com.br

As opiniões expressadas neste artigo são da autora, exclusivamente, e não representam o posicionamento do Banco Central do Brasil acerca do tema aqui tratado.

1. INTRODUÇÃO

Em se tratando do direito internacional aplicável às relações entre investidores estrangeiros e Estados receptores de investimentos, os métodos disponíveis para a solução de controvérsias sempre foram objeto de especial atenção.

Partindo século XIX, quando ainda se discutiam os padrões de tratamento a serem dispensados aos investidores estrangeiros no âmbito do exercício, por parte dos Estados exportadores de capital, do instituto da proteção diplomática, para chegar aos dias atuais, em que a arbitragem entre investidores estrangeiros e Estados receptores de investimentos se incorporou ao panorama do Direito Internacional dos Investimentos, percebe-se que o tema, por mais que tenha evoluído, ou talvez exatamente por esta razão, continua sendo objeto de interesse e discussão política e acadêmica.

Na América Latina, em razão da algo traumática experiência argentina com arbitragens internacionais em matéria de investimentos, mas também em países como os Estados Unidos da América, que se viram como respondentes em arbitragens iniciadas por investidores ao abrigo das disposições do Capítulo XI do North American Free Trade Agreement (“NAFTA”), a proliferação desta modalidade de solução de disputas trouxe consigo questionamentos acerca do que pode ser entendido como um poder excessivo concedido a árbitros privados para decidirem questões relacionadas, em última análise, com os próprios poderes regulatórios soberanos dos Estados.

Em tal panorama, a confidencialidade característica dos procedimentos arbitrais passou a ser alvo de especial reflexão. Com efeito, à exceção do International Center for the Settlement of Investment Disputes (“ICSID”), criado especificamente para adjudicar disputas entre investidores e Estados receptores de investimentos, as demais instituições e regras que costumam ser mencionadas em tratados de investimento, como a International Chamber of Commerce (“ICC”) ou a United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”), são voltadas à condução de arbitragens comerciais internacionais entre duas partes privada. Assim, não surpreende que suas regras de arbitragem não requeiram algum grau de transparência, ou que não demonstrem preocupação em levar em conta o interesse público¹.

Os tratados em matéria de investimento, por sua vez, ao regularem os aspectos relativos à solução de controvérsias, tampouco incluíam

1 JOHNSON, Lise; BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: application, content and next steps* [online]. s.n: COIEL, IISD, Vale Columbis Center, 2013 [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf>.

regras exigindo algum grau de transparência nos procedimentos arbitrais. Foi o Capítulo XI do NAFTA que, de forma mais ou menos pioneira, trouxe o assunto à baila. Depois disso, também o tratado bilateral de investimento modelo dos Estados Unidos da América, já em sua versão de 2004, passou a incluir cláusulas sobre transparência nos procedimentos arbitrais, assim como o tratado bilateral de investimento modelo do Canadá, também em sua versão de 2004, por exemplo.

Assim, o propósito deste artigo é fornecer ao leitor informações iniciais acerca do tema transparência em arbitragens investidor-Estado em matéria de investimentos estrangeiros, iniciando por esclarecer do que se fala quando se fala em transparência nesta seara. Na sequência, serão feitos breves comentários sobre as regras de arbitragem investidor-Estado do ICSID, bem como sobre as regras de transparência aprovadas em 2013 pela UNCITRAL. A escolha de ICSID e UNCITRAL se justifica pelo fato de que, no caso do ICSID, é a única instituição arbitral dedicada especificamente à arbitragem em matéria de investimentos e, no caso da UNCITRAL, pelo fato de ter, com a aprovação das regras de transparência em 2013, dado um passo importante na adequação de seu arcabouço normativo a uma especificidade das arbitragens investidor-Estado. Finalmente, serão feitos comentários acerca dos últimos desenvolvimentos no Mercosul e no Brasil no que se refere a tratados em matéria de investimentos estrangeiros.

2. TRANSPARÊNCIA E ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO: DO QUE SE TRATA

O estabelecimento de obrigações de transparência não chega a ser novidade em tratados em matéria de investimento estrangeiro, mormente pela via indireta, ou seja, por meio da interpretação de cláusulas de tratamento justo e equitativo². Tradicionalmente, contudo, a ideia de transparência em tais tratados se materializava em obrigações criadas para os Estados receptores de investimento, sob a forma de obrigações de informar adequadamente o investidor estrangeiro acerca do arcabouço regulatório incidente sobre o investimento e acerca de suas eventuais modificações. Com isto, o que se procurava garantir era a possibilidade de o investidor estrangeiro tomar decisões informadas, além de assegurar previsibilidade e estabilidade à relação de investimento³.

A ideia de transparência associada a arbitragens investidor-Estado,

2 MOLLESTAD, Cristofer N. "See no Evil? Procedural Transparency in International Investment Law and Dispute Settlement". *PluriCourts Research Paper* [online]. 2014, n° 14-20 [acesso em 15.2.2015]. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2516242>.

3 UNCTAD. *Transparency. Unctad Series on Issues in International Investment Agreements II* [online]. New York and Geneva: UNCTAD, 2012 [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications>>.

também por ser algo contraintuitiva, é mais recente e está relacionada, de certa forma, ao sucesso e à popularidade alcançados pela arbitragem em matéria de investimentos. Com efeito, a possibilidade de arbitragem investidor-Estado está prevista na grande maioria dos tratados sobre a matéria e tal abrangência resultou em sua efetiva utilização como forma de solução de disputas o que, por sua vez, resultou em decisões arbitrais que acabaram sendo objeto de discussão política e acadêmica em razão de seus impactos sobre temas de interesse público. O interesse público, no caso, pode ser derivado tanto do simples fato de ser o Estado parte do procedimento arbitral, quanto dos impactos que o laudo arbitral possa ter sobre os poderes regulatórios do Estado, sobre questões afetas aos direitos humanos ou sobre as finanças do Estado, na hipótese de o laudo condenar o Estado ao pagamento de indenizações⁴.

Assim, à medida que ficou comprovado na prática que as decisões tomadas por árbitros privados, em procedimentos muitas vezes confidenciais (como é característico de arbitragens), tinham impacto significativo sobre as vidas de populações inteiras, as pressões para que a confidencialidade fosse sendo abrandada tomaram corpo. Embora perfeitamente legais, tais procedimentos passaram a ser questionados em termos de sua legitimidade⁵ e, desta forma, pode-se dizer que as concessões feitas em matéria de transparência visam, também, evitar que a arbitragem como método de solução de controvérsias em matéria de investimentos acabe por perder espaço para os métodos tradicionais, quais sejam, o recurso aos tribunais domésticos e o instituto da proteção diplomática, materializado em arbitragens entre Estados ou no recurso a tribunais internacionais interestatais.

Mas, então, o que significa transparência em matéria de arbitragens investidor-Estado? Comumente, em tal contexto, transparência significa: (i) acesso a informação e documentos concernentes a disputas; (ii) a abertura ao público das audiências realizadas durante o procedimento; e (iii) a participação de *amici curiae*⁶. A seguir serão feitos breves comentários acerca de cada um destes possíveis significados.

2.1 Acesso a informação e documentos

Em um nível mais básico, abrange informação para o público acerca da própria existência da controvérsia, das partes envolvidas e do assunto em discussão. Em que pese isto pareça pouco, convém lembrar, aqui, que a arbitragem investidor-Estado, nos moldes em que se popularizou nos tratados de investimento, foi inspirada na arbitragem

4 *Ibidem*.

5 UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement. Unctad Series on Issues in International Investment Agreements II* [online]. New York and Geneva: UNCTAD, 2014 [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications>>.

6 *Ibidem*.

comercial internacional, seara em que a confidencialidade acerca de tudo do que envolve a disputa é elemento-chave.

Em um nível mais profundo, abrange acesso público a certos documentos do procedimento arbitral, como a notícia de arbitragem, memoriais, transcrições de audiências e o próprio laudo arbitral⁷.

Nas hipóteses em que se franqueia ao público acesso a uma quantidade maior de documentos, surgem preocupações acerca da proteção de informações confidenciais tanto do investidor, quando do Estado envolvido na controvérsia. Em tais casos, preocupações legítimas acerca da proteção de dados confidenciais podem ser endereçadas pelo próprio tratado, que pode prever expressamente a possibilidade de que certo tipo de informação seja protegida⁸.

Neste particular, é interessante verificar como a arbitragem investidor-Estado e seus graus variados de transparência, entendida como possibilidade de acesso a informação e documentos, se relaciona com os direitos internos dos Estados envolvidos em arbitragens, uma vez que o acesso a informação pode aparecer, nos ordenamentos internos, como integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais, além de estar intimamente relacionado com princípios de direito administrativo.

No ordenamento brasileiro, por exemplo, o acesso à informação está listado como direito fundamental⁹ e a publicidade está elencada como um dos princípios constitucionais da administração pública¹⁰. Além disso, no âmbito infraconstitucional, a Lei n. 12.527, de 2011, que regula o direito de acesso à informação constitucionalmente previsto, estabelece, em seu art. 5º, ser “dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”. Ademais, para os efeitos da mencionada Lei, o art.7º, II, estabelece que o acesso à informação abrange informação acerca da “administração do patrimônio público, utilização dos recursos públicos, licitação e contratos administrativos”, assuntos estes muito relacionados com arbitragens investidor-Estado.

É bem verdade, por outro lado, que tanto a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXIII, quanto a Lei n. 12.527, de 2011, em

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXIII: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

10 Constituição Federal de 1988, art. 37, *caput*: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; e §3º, II: A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo (...).

seu art. 23, excluem da possibilidade de acesso público as informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, assim como reconhecem a existência de outras hipóteses legais de sigilo, inclusive aquelas relacionadas com segredo industrial¹¹.

No entanto, a Lei n. 12.527, de 2011, estabelece, em seu art. 21, que não se poderá negar acesso a informação que seja necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Dada a crescente ampliação do rol dos direitos fundamentais, que já abrange, em sua terceira geração, ou dimensão, direitos coletivos ou difusos, como aqueles relacionados ao meio ambiente e ao patrimônio artístico e cultural, não é desprezível a possibilidade de estarem direitos fundamentais implicados em discussões acerca do cumprimento ou não de obrigações assumidas no âmbito de tratados sobre investimentos, de forma a colocar em xeque, novamente, a legitimidade de procedimentos arbitrais que não observem níveis mínimos de transparência e publicidade.

A legislação brasileira foi usada, aqui, como exemplo, somente, mas acredita-se que sirva para ilustrar as tensões que podem ser verificadas entre o caráter confidencial de uma arbitragem investidor-Estado e os impulsos na direção da transparência emanados dos ordenamentos jurídicos dos Estados, sobretudo daqueles democráticos e observantes dos direitos fundamentais.

2.2. Audiências abertas ao público

A abertura ao público das audiências eventualmente realizadas durante uma arbitragem investidor-Estado pode ser considerada um aprofundamento do direito de acesso à informação comentado no item anterior. Com efeito, em muitos casos em que se permite ao público acessar documentos relativos ao procedimento arbitral, as transcrições de audiências estão entre os documentos acessíveis.

Em tal cenário, a possibilidade de assistir a audiência *in loco* ou por meio de transmissão televisiva ou via *web-streaming* pode ser interessante do ponto de vista da representação da sociedade civil, sobretudo, pois possibilita um contato mais direto com os árbitros, que poderão testemunhar ao vivo a mobilização do público naqueles casos que lidem com assuntos mais sensíveis para o conjunto da sociedade, além de possibilitar reação ou resposta mais rápida aos argumentos oferecidos pelas partes na disputa, quando se entender que o interesse da sociedade civil esteja ameaçado ou não tenha sido adequadamente defendido.

As dificuldades que podem advir de tal abertura são, principalmente, da ordem da infraestrutura necessária para receber um

11 BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. art. 22. [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>.

número maior de pessoas em uma audiência, ainda que somente para assisti-la, ou para transmitir uma audiência por televisão ou internet, ademais do aumento das preocupações com a segurança de todos os presentes.

Trata-se, portanto, de uma situação em que prós e contras devem ser cuidadosamente avaliados à vista do interesse público, aqui entendido não somente como interesse “do público”, mas também como o interesse das partes envolvidas na arbitragem, especialmente o Estado, além do interesse do Estado onde a audiência pretensamente pública deverá ser realizada, mormente quando houver risco de embates que degenerem em violência e danos ao patrimônio público e privado.

2.3. Amici curiae

Amici curiae são os “amigos do corte”, ou seja, terceiros, não envolvidos diretamente no procedimento arbitral, mas que detêm algum interesse em seu desenvolvimento e resultados. Normalmente, são entidades representantes da sociedade civil e organizações não governamentais. A participação de *amici curiae* se dá, em regra, pela apresentação de memoriais ao tribunal, com a possibilidade de que os argumentos esgrimidos em tais memoriais sejam levados em consideração.

Controversa a princípio, a possibilidade de admissão de *amici curiae* já está mais ou menos assentada em controvérsias relativas a investimentos estrangeiros¹². Os pontos de discussão, atualmente, referem-se a: (i) pressupostos de admissão, ou seja, quais entidades da sociedade civil ou organizações não governamentais serão aceitas, em cada caso, como *amici curiae*; (ii) pressupostos de efetividade, ou seja, considerações acerca da possibilidade de que os memoriais dos *amici curiae* admitidos contribuam positivamente para o desenvolvimento do procedimento arbitral; e (iii) acesso a documentos, ou seja, naqueles casos em que documentos do procedimento arbitral não são abertos ao público, em que medida tal acesso deve ser franqueado aos *amici curiae* admitidos.

3. TRANSPARÊNCIA E ARBITRAGEM INSTITUCIONAL: AS REGRAS DO ICSID E AS NOVAS REGRAS DA UNCITRAL

Nos tratados em matéria de investimento em que a arbitragem investidor-Estado figura como um dos possíveis métodos de solução de controvérsias, a opção de arbitragem *ad-hoc* normalmente aparece ao lado da opção de arbitragem institucional. Neste último caso, dentre as instituições que mais comumente são mencionadas em tratados de

¹² MOLLESTAD, Cristofer N. Op. Cit.

investimento, foram destacados para este estudo o ICSID, integrante da estrutura do Banco Mundial, pelo fato de ser uma instituição dedicada à arbitragem em matéria de investimentos, e não à arbitragem comercial internacional em geral e a UNCITRAL, pelo fato de ter aprovado, recentemente, novas regras de transparência em arbitragens investidor-Estado.

3.1. ICSID

Uma das características distintivas das arbitragens ICSID em matéria de transparência é o fato de que, por força do quanto determinado pelo artigo 36(3) da Convenção de Washington, combinado com os Regulamentos 22 e 23 dos *Administrative and Financial Regulations*, a existência de arbitragens investidor-Estado que tenham sido levadas ao ICSID é dada a conhecimento do público.

Com efeito, o artigo 36(3) da Convenção de Washington estabelece que todos os requerimentos de arbitragem, contendo identificação das partes e informações acerca do assunto objeto da controvérsia, deverão ser registrados pelo Secretariado do ICSID. A única exceção a esta regra são aqueles casos em que o Secretário-Geral, a quem incumbe fazer o registro, entenda que a controvérsia está manifestamente fora do âmbito da jurisdição do ICSID. Tal disposição é complementada pelo Regulamento 23(1) dos *Administrative and Financial Regulations*, que estabelece que também informações acerca da constituição e da composição de cada um dos tribunais arbitrais têm que ser registradas, assim como quaisquer requerimentos de suplementação, retificação, interpretação, revisão ou anulação do laudo, bem como informações acerca de eventual suspensão de sua execução.

O Regulamento 22(1) dos *Administrative and Financial Regulations*, por sua vez, estabelece obrigação, também para o Secretário-Geral do ICSID, de publicar informação acerca das operações do centro, incluindo o registro de todos os pedidos de arbitragem e, a seu tempo, a data e a forma pela qual o procedimento foi finalizado. Tal disposição é complementada pelo Regulamento 23(2) dos *Administrative and Financial Regulations*, ao estabelecer que os registros de pedidos de arbitragem, com o conteúdo apontado acima, deverão ser abertos para inspeção por qualquer pessoa.

No que se refere à publicação de documentos, contudo, nem a Convenção de Washington, nem os *Administrative and Financial Regulations* ou as Regras de Arbitragem do ICSID estabelecem obrigações de transparência ou publicidade. De outro lado, também não existem regras estabelecendo confidencialidade compulsória. Com efeito, o Regulamento 22(2) dos *Administrative and Financial Regulations* estabelece, neste particular, que o Secretário-Geral deverá

providenciar a publicação de laudos arbitrais e minutas e outros registros de procedimentos se ambas as partes assim concordarem. Ou seja, as partes em cada procedimento arbitral detêm o poder de modular o grau de transparência que a ele desejam imprimir.

Questão relacionada a esta diz respeito ao direito de cada parte dar, ela própria, ao conhecimento do público, documentos produzidos no âmbito de uma arbitragem levada a cabo perante o ICSID. Como não existem, conforme acima mencionado, regras claras sobre este assunto, esta questão, nos casos em que foi suscitada, foi decidida pelos próprios tribunais arbitrais. Desde 1983, no caso *Amco x Indonésia* (ICSID Case n. ARB/81/1), até 2013, no caso *Telefónica S.A. x México* (ICSID Case n. ARB(AF)/12/4), tribunais arbitrais constituídos sob as regras do ICSID têm decidido não existir uma regra geral de confidencialidade que impeça que as partes na arbitragem falem abertamente sobre o assunto e publiquem documentos a ele relativos. De outro lado, os mesmos tribunais arbitrais demonstram preocupação com o que se poderia chamar de “excesso de transparência” a causar, possivelmente, prejuízos para o desenvolvimento do procedimento arbitral. Assim, na prática, e na ausência de regras claras sobre o assunto ou de acordo entre as partes, o que os tribunais arbitrais têm tentado criar são regras específicas de confidencialidade, ajustadas às circunstâncias específicas de cada caso concreto, levando em consideração o que entendem ser uma tendência na direção de maior transparência, ao lado das preocupações acima mencionadas com a preservação do bom desenvolvimento do procedimento arbitral e do não agravamento do conflito com a publicação de detalhes contidos em documentos apresentados pelas partes¹³.

Com relação ao acesso de terceiros, não partes do procedimento arbitral, a audiências (fase oral do procedimento de arbitragem), a Regra 32 das *Arbitration Rules* do ICSID estabelece que o tribunal pode permiti-lo, desde que nenhuma das partes a isto se oponha. Da forma como está redigida a regra depreende-se que o tribunal não precisa obter o consentimento prévio das partes para determinar a abertura a terceiros das audiências; somente estão previstas consultas a este respeito com o Secretário-Geral. No entanto, as partes detêm poder de vetar a decisão do tribunal sobre este assunto, se não estiverem de acordo com ela. Ou seja, a decisão final sobre o caráter privado da fase oral do procedimento arbitral permanece nas mãos das partes¹⁴.

No que concerne à participação de *amici curiae*, a Regra 37(2) das *Arbitration Rules* estabelece que “depois de consultar ambas as partes, o Tribunal pode autorizar uma pessoa ou entidade que não seja parte da disputa (...) a protocolar uma petição por escrito junto ao Tribunal

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

relativa a um assunto dentro do escopo da disputa”. Conforme indicado pelo verbo “pode”, a aceitação de petições de *amici curiae* é uma faculdade do tribunal e, dentre outros aspectos, a decisão sobre a aceitação ou não deverá considerar se: (i) tal petição poderá auxiliar o tribunal no esclarecimento de questões fáticas ou legais pelo fato de aportar uma perspectiva, conhecimento ou *insight* distinto daqueles das partes; (ii) tal petição tratará de um assunto dentro do escopo da disputa; e (iii) o *amicus curiae* tem interesse relevante no procedimento. Ademais, o tribunal deverá assegurar que a petição do *amicus curiae* não cause tumulto ao procedimento nem prejudique indevidamente qualquer das partes, sendo que a ambas as partes deve ser dada a oportunidade de apresentar suas observações e argumento acerca da petição do *amicus curiae*.

Questão relacionada a esta diz respeito ao poder do tribunal de permitir, na ausência de regras ou de acordo entre as partes a este respeito, acesso de *amici curiae* a documentos relativos ao procedimento arbitral. No âmbito do ICSID não existem regras claras sobre este assunto e, desta forma, novamente, questões deste tipo, quando suscitadas, tiveram que ser decididas pelos respectivos tribunais. As decisões a este respeito parecem indicar que uma das principais questões levadas em consideração pelos tribunais quando chamados a discutir este assunto é a relação entre o acesso a documentos e a efetividade da participação dos *amici curiae*. Desta forma, tem-se notícia de casos em que o tribunal negou acesso a documentos por entender que os *amici curiae* tinham a possibilidade de obter informações sobre o caso a partir de outras fontes (ICSID Cases n. ARB/03/19 e ARB/05/22), bem como de casos em que algum acesso a documentos foi concedido aos *amici curiae* (ICSID Cases n. ARB/07/19 e ARB(AF)/07/1)¹⁵.

Finalmente, no que se refere ao acesso ao laudo arbitral, a Convenção de Washington, em seu artigo 48(5), estabelece que o ICSID não pode publicar os laudos arbitrais sem obter o consentimento das partes para tanto. Esta regra é repetida e confirmada pela Regra 48(4), das *Arbitration Rules*, que, no entanto, também a complementa, estabelecendo que o ICSID incluirá excertos dos argumentos legais do laudo em suas publicações. Caso as partes concordem com a publicação do laudo em sua versão integral, a publicação será feita nos termos do Regulamento 22(2) dos *Administrative and Financial Rules*, acima mencionado. Ressalte-se que estas regras se aplicam à possibilidade de publicação do laudo pelo ICSID, somente; as partes podem, cada uma delas, decidir publicar o laudo, independentemente do consentimento da outra¹⁶.

Para finalizar esta seção acerca de regras de transparência em

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

arbitragens investidor-Estado no âmbito do ICSID é necessário fazer alguns comentários sobre a situação das arbitragens levadas a cabo de acordo com as regras de arbitragem da *Additional Facility*, que são aplicadas: (i) *ratione personae*, quando uma das partes na arbitragem não é Estado contratante, ou nacional de Estado contratante, da Convenção de Washington, ou (ii) *ratione materiae*, quando a disputa objeto de arbitragem não surge diretamente de um investimento, desde que pelo menos uma das partes na arbitragem seja Estado contratante, ou nacional de Estado contratante, da Convenção de Washington (*Additional Facility Rules*, Artigo 2(b)).

No que se refere ao registro de casos, o Artigo 4 das *Additional Facility Arbitration Rules* estabelece obrigação para o Secretário-Geral do ICSID de registrar todos os requerimentos de arbitragem que atendam as condições do Artigo 3. Ademais, por força do Artigo 5 das *Additional Facility Rules*, os Regulamentos estabelecidos pelas *Administrative and Financial Rules* são aplicáveis também nestes casos, o que significa que, em termos de registro de casos, as regras de transparência para as arbitragens desenvolvidas sob as *Additional Facility Arbitration Rules* são as mesmas aplicáveis às arbitragens conduzidas sob as regras de arbitragem da Convenção de Washington.

Também no que concerne à publicação de documentos e ao direito de as partes darem, elas próprias, documentos ao conhecimento do público, a situação é a mesma para as arbitragens conduzidas sob as regras de arbitragem da Convenção de Washington e as da *Additional Facility*: não há regras estabelecidas sobre o assunto e os tribunais vêm decidindo questões deste tipo caso a caso, conforme relatado acima.

Em relação ao acesso de terceiros a audiências, o Artigo 39(2) das *Additional Facility Arbitration Rules* estabelece regra idêntica àquela estabelecida pela Regra 32(2) das *Arbitration Rules*, acima comentada.

O mesmo ocorre em relação à participação de *amici curiae*: as *Additional Facility Arbitration Rules* contêm regra idêntica àquela das *Arbitration Rules* (respectivamente, Artigo 41(3) e Regra 37(2), acima comentada). E no que se refere ao acesso de *amici curiae* a documentos, a situação de ausência de regras claras e, por consequência, da necessidade de estabelecimento de regras caso a caso pelos tribunais, também se repete.

Finalmente, no que se refere à publicação do laudo, o Artigo 53(3) das *Additional Facility Arbitration Rules* contém regra semelhante àquela da Regra 48(4) das *Arbitration Rules*.

3.2. UNCITRAL

Em agosto de 2013 a UNCITRAL aprovou um conjunto de regras destinadas a garantir maior transparência nas arbitragens investidor-

Estado. As Regras UNICTRAL sobre Transparência em Arbitragem Investidor-Estado baseadas em Tratado (“Regras de Transparência”) entraram em vigor em 1º de abril de 2014 e são, em princípio, mandatórias, considerando-se automaticamente incluídas nas regras de arbitragem da UNCITRAL para tratados em matéria de investimento assinados depois de 1º de abril de 2014.

A importância da adoção deste novo conjunto de regras pela UNCITRAL decorre de dois fatos principais: (i) a arbitragem de acordo com as normas da UNCITRAL é uma das possibilidades mais amplamente oferecidas os investidores pelos tratados em matéria de investimento hoje em vigor e (ii) até a adoção das novas regras, arbitragens investidor-Estado que fossem levadas a cabo de acordo com as regras da UNCITRAL frequentemente não eram tornadas públicas, sequer no nível mais básico, isto é, o de deixar o público saber da existência da controvérsia¹⁷.

Da leitura conjunta do novo parágrafo 4, adicionado ao Artigo 1º das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, e do Artigo 1º das Regras sobre Transparência, resulta que o âmbito de aplicação das novas Regras de Transparência está assim delimitado: (i) arbitragem investidor-Estado, (ii) baseada em tratado de proteção de investimentos ou investidores, e (iii) assinado depois de 1º de abril de 2014.

No entanto, este âmbito de aplicação tanto pode ser alargado, quanto diminuído. Com efeito, o Artigo 1.1 das Regras de Transparência abre a possibilidade que as partes do tratado afastem a incidência das Regras de Transparência ou as modifiquem (“*opt-out*”). De outro lado, o Artigo 1.2 possibilita que as partes de tratados que, pelo fato de terem sido assinados antes de 1º de abril de 2014, não ensejariam a aplicação das Regras sobre Transparência, expressamente incluam tais Regras no arcabouço normativo institucional aplicável às suas arbitragens UNCITRAL (“*opt-in*”). Ademais, o Artigo 1.9 prevê expressamente a possibilidade de que as Regras de Transparência sejam utilizadas em arbitragens investidor-Estados conduzidas de acordo com outras regras institucionais, que não as da UNCITRAL, ou em arbitragens *ad-hoc*.

O caráter mandatório das Regras de Transparência deriva, em grande medida, do quanto disposto no Artigo 1.3.a: estando a aplicação das Regras de Transparência prevista pelo tratado aplicável, ou por acordo entre as partes relacionado ao tratado, sua aplicação somente poderá ser afastada se assim for permitido pelo tratado. Isto não significa, contudo, que adaptações eventualmente necessárias não possam ser feitas: as Regras de Transparência reservam ao próprio tribunal arbitral o poder de adaptar seus requerimentos às especificidades de cada caso, mediante consulta com as partes e na medida em que adaptações sejam necessárias para que a arbitragem seja conduzida de maneira prática e

17 JOHNSON, Lise; BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. Op. Cit.

condizente com as Regras de Transparência (Artigo 1.3.b). Ou seja, as modificações eventualmente determinadas pelo tribunal arbitral devem servir ao propósito de aumentar ou assegurar a transparência no caso concreto, e não de diminuí-la¹⁸.

O Artigo 8 das Regras de Transparência criou a figura do repositório, responsável por publicar as informações relativas aos procedimentos arbitrais. De acordo com informações obtidas no website da UNCITRAL, as funções de repositório são desempenhadas pelo Secretário-Geral das Nações Unidas por meio do Secretariado da UNCITRAL. Ademais, existe um website específico (<http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>), dedicado a tornar públicas tais informações, no qual se pode consultar informação acerca de arbitragens utilizando-se filtros como Estado implicado, tratado ou setor econômico.

Onlines gerais, e seguindo o esquema utilizado acima para os comentários acerca das regras de transparência nas arbitragens investidor-Estado conduzidas no âmbito do ICSID, as novas Regras de Transparência da UNCITRAL estabelecem o seguinte:

(i) registro de casos: embora não se trate aqui exatamente de um registro de casos nos moldes daquele do ICSID, o Artigo 2 estabelece que uma cópia do pedido de arbitragem deverá ser encaminhada ao repositório por qualquer das partes em disputa e que, uma vez de posse do pedido de arbitragem, o repositório publicará informação relativa ao nome das partes em disputa, do setor econômico envolvido e do tratado sob o qual a reclamação está sendo feita (por meio do website acima indicado);

(ii) publicação de documentos: o Artigo 3.1 estabelece que o pedido de arbitragem; a resposta ao pedido de arbitragem; as razões do reclamante; as razões da defesa; quaisquer outras declarações ou petições por escrito feitas por qualquer das partes; a tabela listando todos os anexos aos documentos acima referidos ou anexos a relatórios de especialistas e declarações de testemunhas (se tal tabela tiver sido preparada); quaisquer petições ou memoriais por escrito apresentados por Partes no tratado não envolvidas na disputa ou por terceiros; transcrições de audiências, quando disponíveis; e ordens, decisões e laudos do tribunal arbitral deverão ser postos à disposição do público. Ademais, relatórios de especialistas e declarações de testemunhas, sem os anexos que os acompanham, deverão ser publicados mediante pedido de qualquer pessoa ao tribunal arbitral (Artigo 3.2). Os anexos acima referidos, bem como outros documentos encaminhados ao tribunal arbitral ou por ele produzidos, poderão também ser postos à disposição do público, por decisão do tribunal arbitral, mediante consulta com as partes (Artigo 3.3). Em qualquer caso, a publicação dos documentos

¹⁸ *Ibidem*.

será feita por meio do repositório (Artigo 3.4);

(iii) *amici curiae*: o Artigo 4.1 estabelece que o tribunal pode permitir, depois de consultas com as partes em disputa, que *amici curiae* apresentem memoriais ou petições por escrito. Para se qualificar como *amicus curiae*, contudo, o terceiro interessado precisa fornecer uma série de informações ao tribunal arbitral: seu *status* legal, seus objetivos gerais, a natureza de suas atividades; se possui alguma conexão com qualquer das partes em disputa; se recebeu algum auxílio de governo ou de pessoas ou organizações para preparar sua petição ou seu memorial, ou se recebeu auxílio financeiro nos últimos dois anos; a natureza de seu interesse na arbitragem; indicar quais fatos ou aspectos legais em disputa pretende endereçar em sua petição ou memorial (Artigo 4.2). De posse de tais informações, o tribunal decidirá se receberá a petição ou o memorial do pretense *amicus curiae*, levando em consideração o interesse que o pretense *amicus curiae* tem na disputa e a possibilidade de sua contribuição ser de fato de alguma serventia para o tribunal, além de outros aspectos que o tribunal julgar relevantes (Artigo 4.3). Outro fator a ser levado em consideração pelo tribunal é a possibilidade de que a participação do *amicus curiae* tumultue o procedimento arbitral, ou que prejudique injustamente alguma das partes em disputa, caso em que a petição ou o memorial do *amicus curiae* não deve ser aceito (Artigo 4.4). E, como não poderia deixar de ser, uma vez aceita a participação de um *amicus curiae*, as partes têm o direito de sobre ela se manifestar e apresentar suas observações (Artigo 4.5);

(iv) outros Estados partes do tratado: o tribunal pode permitir (ou, mediante consulta com as partes em disputa, convidar) que outros Estados partes do tratado sobre o qual se fundamente a controvérsia, mas que não sejam parte da controvérsia em si, manifestem-se acerca de questões relativas à interpretação do tratado (Artigo 5.1). Ademais, também pode permitir, mediante consulta com as partes em disputa, que outros Estados parte do tratado se manifestem acerca de outros assuntos compreendidos no âmbito da disputa, para tanto levando em consideração os fatores listados no Artigo 4.3, acima referidos e, adicionalmente, “a necessidade de evitar manifestações que suportariam o pedido do investidor de forma equivalente à proteção diplomática” (Artigo 5.2). De resto, também no que se refere a manifestações de outros Estados partes do tratado, o tribunal precisa evitar que isto cause tumulto ao procedimento arbitral ou que prejudique injustamente qualquer das partes (Artigo 5.4), além de permitir às partes em disputa que façam suas observações acerca da manifestação do terceiro Estado (Artigo 5.5);

(v) audiências: o Artigo 6.1 estabelece uma regra básica de transparência: as audiências serão públicas. No entanto, naqueles casos em que seja necessário proteger informação confidencial ou a

integridade do procedimento arbitral, partes específicas da audiência deverão ser realizadas em privado (Artigo 6.2). Ademais, quando não for possível, por questões logísticas, a realização de audiências públicas, elas também serão realizadas em privado (Artigo 6.3); e

(vi) exceções: dada a amplitude das regras acima descritas relativas à publicação de documentos e à realização de audiências, o Artigo 7 contém regras criadas exceções à transparência, dedicadas a proteger informação confidencial ou protegida e também a integridade do procedimento arbitral. Nos termos do Artigo 7.2, considera-se informação confidencial ou protegida: (a) informação negocial confidencial; (b) informação que o tratado aplicável estabeleça ser protegida; (c) informação acerca do Estado respondente que seja considerada protegida pelas leis desse mesmo Estado e, no caso de outras informações, aquelas que sejam consideradas protegidas por quaisquer leis que o tribunal arbitral entenda aplicáveis; e (d) informação cuja divulgação impediria a aplicação da lei. Havendo informação a ser protegida, o tribunal, mediante consulta com as partes, deve tomar as medidas necessárias para qual tal informação não seja divulgada (Artigo 7.3). Caso haja desentendimento entre o tribunal e as partes em disputa, ou os terceiros que se tenham manifestado, acerca da necessidade ou não de proteger alguma informação, a parte que apresentou um documento cuja divulgação não deseje poderá retirar tal documento dos registros do procedimento arbitral (Artigo 7.4). Finalmente, no que se refere à proteção de informações, o Artigo 7.5 esclarece que nada nas Regras de Transparência exige que o Estado respondente torne públicas informações que considere essenciais a seus interesses de segurança. No que concerne à proteção do procedimento arbitral, o Artigo 7.7 estabelece que o tribunal poderá restringir ou postergar a divulgação de informações que coloquem em perigo o procedimento porque, por exemplo, impedem a coleta de provas, levem à intimidação de testemunhas, advogados ou membros do tribunal arbitral ou causem distúrbios análogos.

4. MERCOSUL E BRASIL: ÚLTIMOS DESENVOLVIMENTOS

Durante a década de 1990, os Estados-Partes do Mercosul lançaram-se, de modo mais ou menos uniforme, à assinatura de tratados bilaterais de investimento, na esperança de que isto enviasse um sinal positivo aos investidores estrangeiros e os incentivasse a aportar capitais nas economias do bloco, em recuperação depois da “década perdida” de 1980, marcada pela crise da dívida externa dos países latino-americanos. A investida em tratados em matéria de investimento era parte de uma estratégia mais ampla, de abertura econômica em geral, que abrangia também liberalizações comerciais, levadas a cabo tanto em âmbito

regional, do que resultou a própria criação do Mercosul, quando global, com a criação da Organização Mundial do Comércio (“OMC”).

Paralelamente à assinatura de tratados bilaterais de investimento por parte de cada um dos Estados Partes do Mercosul, também se negociou e aprovou, no âmbito do Mercosul, tratados para regular a matéria de forma comum, ou seja, para tentar equalizar as regras aplicáveis a investimentos estrangeiros dentro do bloco. Assim, em 1993 foi aprovado o Protocolo de Colônia, aplicável aos investimentos realizados intra-zona, ou seja, de um nacional de Estado-Parte do Mercosul no território de outro Estado-Parte (Decisão 11/1993, do Conselho Mercado Comum) e, em 1994, foi aprovado o Protocolo sobre Proteção e Promoção de Investimentos Provenientes de Estados não Partes do Mercosul (Decisão 11/1994, do Conselho Mercado Comum).

Em ambos os casos, no que se refere às regras sobre solução de controvérsias entre investidores e Estados receptores de investimento, a arbitragem investidor-Estado, *ad hoc* ou institucional, estava listada dentre as possibilidades abertas ao investidor. No caso do Protocolo de Colônia, estava prevista expressamente a arbitragem ICSID ou *ad hoc*, de acordo com as regras da UNCITRAL. No caso do protocolo para investimentos extra-zona, as referências foram feitas de forma mais genérica, a uma arbitragem *ad hoc*, ou a uma “instituição internacional de arbitragem”.

Como é sabido, nenhum dos dois protocolos chegou a entrar em vigor e o tema da criação de regras comuns de investimento no âmbito do Mercosul perdeu ímpeto. Em 2010, contudo, a Decisão 30/2010 do Conselho Mercado Comum determinou diretrizes para a celebração de um acordo de investimentos no Mercosul e revogou, expressamente, os dois protocolos assinados na década de 1990.

No que se refere à solução de controvérsias, as diretrizes aprovadas não só não mencionam arbitragem, como não mencionam a possibilidade de solução de controvérsias entre investidor e Estado. No novo acordo de investimentos do Mercosul as controvérsias deverão ser resolvidas entre Estados, com base no Protocolo de Olivos.

Ainda não se tem notícia de um novo acordo que tenha sido aprovado pelo Conselho Mercado Comum com base nas diretrizes aprovadas em 2010. A aprovação das diretrizes, contudo, aponta na direção de um afastamento do Mercosul do regime internacionalmente assentado para a solução de controvérsias em matéria de investimentos. Ademais, a não previsão de arbitragem investidor-Estado e a menção ao regime do Protocolo de Olivos devolve as controvérsias relativas a investimento ao âmbito da proteção diplomática, com os inconvenientes trazidos pela necessária politização das controvérsias. De fato, uma controvérsia em matéria de investimento será politizada em casa, para que o Estado de nacionalidade do investidor decida se vai ou não

exercer a proteção diplomática em casa caso concreto, e será politizada no âmbito do bloco, quando um Estado-Parte questionar os atos de outro, que resultaram em prejuízo a um investidor.

Para os investidores, a aprovação das diretrizes sinaliza a manutenção e a cristalização da situação atual, em que já não contam com a possibilidade prevista em tratado de recorrer a uma arbitragem investidor-Estado e dependem do interesse maior ou menor de seus Estados de encamparem suas reclamações. Além, é claro, de poderem contar com o acesso aos tribunais locais, o que não se espera que seja modificado em um eventual novo acordo.

No caso específico do Brasil, os acordos bilaterais de investimento que foram assinados pelo País na década de 1990 tiveram o mesmo destino que os protocolos do Mercosul: nunca foram ratificados. E, também de forma semelhante ao Mercosul, a nova investida brasileira no terreno do direito internacional dos investimentos não contempla, no que se refere aos métodos de solução de controvérsias, a possibilidade de arbitragem investidor-Estado.

Com efeito, o novo Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, cuja minuta está sendo discutida no âmbito do governo federal e ainda não foi dada a conhecer ao público, centra-se na prevenção de controvérsias, favorecendo negociações amigáveis e, sendo impossível um acordo, na solução de controvérsias entre Estados¹⁹.

CONCLUSÃO

A grande disseminação da arbitragem investidor-Estado como método de solução de controvérsias em matéria de investimentos levou ao aumento do questionamento acerca de sua adequação às especificidades da matéria. Com efeito, desenvolvida sobre a base da arbitragem comercial internacional, a arbitragem investidor-Estado produz efeitos que se fazem sentir muito além da relação entre as partes no procedimento arbitral.

Neste sentido, a confidencialidade, típica da arbitragem, passou a ser objeto de preocupação quando aplicada sem adaptações às controvérsias envolvendo investidores e Estados e um aumento da transparência em tais situações passou a ser exigido.

Em arbitragens investidor-Estado, a ideia de transparência abrange desde a comunicação ao público da própria existência de uma controvérsia, até a publicação de todos os documentos produzidos durante o procedimento, incluindo o laudo arbitral, e passando pela abertura ao público das audiências realizadas e pela possibilidade de que o público, por meio de organizações da sociedade civil ou organizações

19 GODINHO, Daniel. "Reforming the International Investment Agreements Regime". Em: *World Investment Forum 2014-IIA Conference* (16 oct 2014).

não governamentais, manifeste-se por escrito no procedimento.

O ICSID, criado como um centro de arbitragem dedicado às arbitragens investidor-Estado, contou desde sempre com alguns mecanismos de transparência dentre suas regras, como é o caso do registro compulsório de casos, e vem promovendo reformas pontuais tendentes a aprofundar a transparência nas arbitragens conduzidas de acordo com suas regras.

A UNCITRAL, por sua vez, historicamente desenvolveu regras para arbitragens internacionais comerciais, entre particulares, mas recentemente adotou regras de transparência a serem aplicadas compulsoriamente em arbitragens investidor-Estado.

No âmbito do Mercosul e do Brasil, os últimos desenvolvimentos em matéria de direito internacional dos investimentos apontam para um afastamento do regime internacionalmente consolidado, no que se refere à solução de controvérsias, uma vez que as diretrizes que estão sendo utilizadas tanto no Mercosul, quanto no Brasil, para a redação de novos acordo internacionais em matéria de investimentos não contemplam a possibilidade de arbitragem investidor-Estado, mas somente a solução de controvérsias entre Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1988 [online]. [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. *Lei n. 12.527*, de 18 de novembro de 2011 [online]. [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>.

GODINHO, Daniel. “Reforming the International Investment Agreements Regime”. Em: *World Investment Forum 2014-IIA Conference* (16 oct 2014). ICSID. ICSID Convention. *Regulations and Rules* [online]. [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

JOHNSON, Lise; BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: application, content and next steps* [online]. s.n: COIEL, IISD, Vale Columbis Center, 2013 [acesso em 15.2.2015]. Disponível em <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf>.

MERCOSUL. *Decisão CMC 11/1993 (Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL)* [online]. [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcoloniaText_p.asp#Art9>.

MERCOSUL. *Decisão CMC 11/1994 (Protocolo sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados não Partes do Mercosul)* [online]. [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <<http://www>.

sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec1194p.pdf>.

MERCOSUL. *Decisão CMC 30/2010* [online]. [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/2376/1/secretaria/decisiones_2010>.

MOLLESTAD, Cristofer N. "See no Evil? Procedural Transparency in International Investment Law and Dispute Settlement". *PluriCourts Research Paper* [online]. 2014, n° 14-20 [acesso em 15.2.2015]. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2516242>.

UNCITRAL. *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* [online]. [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>>.

UNCTAD. *Transparency. Unctad Series on Issues in International Investment Agreements II* [online]. New York and Geneva: UNCTAD, 2012 [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications>>.

UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement. Unctad Series on Issues in International Investment Agreements II* [online]. New York and Geneva: UNCTAD, 2014 [acesso em 15.2.2015]. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications>>.

TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO A INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NA ARGENTINA. ANÁLISE DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS NA JURISPRUDÊNCIA DO ICSID

TRATO JUSTO Y EQUITATIVO A INVERSIONES EXTRANJERAS EN ARGENTINA. ANÁLISIS DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL CIADI

*Fernando Pedro Meineró**

Resumo: O presente trabalho analisa o padrão de tratamento justo e equitativo aos investidores como uma cláusula típica dos tratados bilaterais de investimentos. Antes consistente no “padrão mínimo de tratamento a estrangeiros”, hoje o conceito relaciona-se com a proteção das expectativas legítimas dos investidores. Nos laudos do ICSID que têm como contexto a crise Argentina de 2001-2002, o padrão justo e equitativo foi aplicado na mesma medida que outros casos com contexto fático totalmente diverso. Com base na leitura dessa jurisprudência e de bibliografia específica, busca-se demonstrar que o tratamento justo e equitativo deve possuir apenas um caráter procedimental, não material, sob pena de esvaziar o conteúdo do estândar e das possibilidades de apreciação valorativa pelos tribunais.

Resumen: El presente trabajo analiza el parámetro de trato justo y equitativo a los inversores como una cláusula típica de los tratados bilaterales de inversión. Antes consistía en el “parámetro mínimo de trato a extranjeros”, actualmente el concepto se relaciona con la protección de las expectativas legítimas de los inversores. En los laudos del CIADI que tienen como escenario la crisis Argentina del 2001-2002, el parámetro de lo justo y equitativo fue aplicado en la misma medida que en otros casos, a pesar de tener un contexto fáctico totalmente diverso. Con base en la lectura de esa jurisprudencia y de bibliografía específica, se busca demostrar que el trato justo y equitativo debe poseer apenas un carácter procedimental, no

* Universidade Federal de Rio Grande do Sul-UFRGS. Programa de Pós-graduação em Direito Mestre em Integração Latino-americana (UFSM). Bacharel em Direito (UNL-Argentina e UFPEL). Professor da Faculdade da Serra Gaúcha (Caxias do Sul, RS). Advogado no Brasil. E-mail: fernandomeineró@gmail.com

material. En caso contrario, su contenido como standard quedará vacío, así como las posibilidades de apreciación valorativa por los tribunales.

Palavras-chave: Tratamento justo e equitativo, Tratados bilaterais de investimento, Expectativas legítimas, ICSID, Argentina

Palabras clave: Trato justo y equitativo, Tratados bilaterales de inversión, Expectativas legítimas, CIADI, Argentina

1. INTRODUÇÃO

A soberania absoluta dos Estados sobre os seus recursos naturais e sua atividade econômica tem sido bandeira dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos durante os anos 60 e 70 (ONU, 2014). Curiosamente, eles limitariam essa soberania no final dos anos 80 e boa parte dos 90, ao assumir perante países desenvolvidos compromissos de proteção e promoção dos investimentos estrangeiros, na forma de tratados bilaterais de investimento (*bilateral investment treaties* – BITs). Vários são os motivos que podem explicar o porquê dessa opção, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico (GUZMAN 2008; p. 639-688); (YACKEE, 2008; p. 10-24).

Essa proliferação de BITs ainda permanece como a forma adotada para internacionalizar a relação Estado hospedeiro e o investidor, com a participação do Estado de origem do investimento (ORREGO VICUÑA, 2005, p. 19). Segundo a Comissão de Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), no ano de 1996 - o mais prolífico -, chegaram a assinar-se mais de 200 BITs. Para o final de 2013 existem 2.857 BITs, a maioria deles a partir de modelos consagrados pelos países desenvolvidos, forma de compromisso que lembra um contrato de adesão (MAYEDA, 2007; p. 289).

Na atualidade, esses tratados constituem a principal fonte jurídica nas disputas entre investidor e Estado hospedeiro, ainda que exista, como se verá, uma importante relação com o direito internacional costumeiro, sobretudo quando se discute a questão do tratamento justo e equitativo. A maioria dos BITs contem um corpo comum de normas substanciais e procedimentais apontadas a promover e proteger o investimento estrangeiro. Podem mencionar-se as garantias em caso de expropriação do capital investido, de forma que se dê lugar a uma adequada compensação (YACKEE, 2008; p. 6-7), bem como a garantia de retirada do país dos ganhos obtidos (FONSECA, 2008, p. 61). Ainda, será determinante o estabelecimento antecipado de um meio institucionalizado de resolver os conflitos entre investidor e Estado hospedeiro, independente das cortes nacionais, sem necessidade de recorrer ao outrora utilizado instituto da proteção diplomática, e

aplicando as disposições do próprio BIT (ORREGO VICUÑA, 2005, p. 25).

No que refere ao comportamento que se espera do Estado hospedeiro, o Tratado fixará alguns padrões de tratamento consagrados pela prática, como o de não discriminação (nas suas concepções de nação mais favorecida e de tratamento nacional) e, o que nos ocupa nessa oportunidade: o de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment* – FET) ou “padrão FET”, denominação adotada nesse trabalho.

A pesar de comuns nos anos 60 e 70, as expropriações dos investimentos por parte de países hospedeiros têm se tornado pouco frequentes (ALVAREZ, 2011; p. 319). Ao mesmo tempo, países exportadores de capital começaram a se preocupar com o fato de que as mudanças nas políticas econômicas dos governos tenham um efeito tão prejudicial para os seus investidores quanto a retirada da propriedade. Consequentemente, ao dever de dar uma “pronta, adequada e efetiva reparação” em caso de expropriação prevista nos BITs, denominada de *Hull Rule* (GUZMAN, 1998; p. 644), somou-se a preocupação por garantir um tratamento justo e equitativo ao investidor, mesmo não existindo uma afronta direta com o direito de propriedade. Assim o padrão FET ganhou protagonismo, tendo sido o principal argumento nas reclamações dos investidores, e o que maior sucesso tem apresentado nas suas demandas perante os sistemas de solução de controvérsias (ALVAREZ, 2011; p. 319). Nos últimos anos, a jurisprudência arbitral em matéria de investimentos, sobretudo no âmbito do NAFTA, tem dado ao padrão FET um conteúdo superior ao chamado “padrão mínimo de tratamento a estrangeiros”, elevando as obrigações dos Estados hospedeiros a não violar as expectativas legítimas dos investidores.

A proposta desse trabalho é observar a aplicação do padrão FET sobre os efeitos que provocou nos contratos de concessão de serviços públicos a crise sofrida pela Argentina nos anos 2001-2002, manifestados pela jurisprudência arbitral de investimentos. O país lidera o número de países reclamados perante o *International Centre for Settlement on Investment Disputes* (ICSID), órgão instituído no seio do Banco Mundial, competente para resolver este tipo de conflitos em virtude dos BITs em vigor. Em diversos casos Argentina foi encontrada culpada por ter agido de forma contrária ao FET, ou seja, contra as legítimas expectativas dos investidores. Nesse sentido, é necessário conhecer em quais circunstâncias foi aplicado o padrão FET.

Em um terceiro momento, o ensaio pretende discutir e determinar se realmente o padrão de tratamento justo e equitativo teria merecido uma leitura diferenciada, haja vista ter de operar nas consequências de uma crise econômica generalizada e sem precedentes na história do país, fruto de um modelo econômico cujas bases, essenciais para a

chegada para os investidores, ruíram, tendo efeitos negativos tanto para nacionais quanto para estrangeiros.

Realizou-se, em termos metodológicos, pesquisa bibliográfica acompanhada da apresentação de alguns dados empíricos, bem como a consulta direta aos laudos arbitrais mais determinantes na formação do padrão FET.

Busca-se demonstrar que o padrão FET deve ser observado como um padrão de tratamento de caráter procedimental e não substancial. Caso contrário, após ter sido aplicado ao contexto argentino, o seu sentido aparece diluindo-se dentro da obrigatoriedade de cumprimento dos compromissos assumidos, pura e simplesmente, perdendo o valor que tradicionalmente teve enquanto parâmetro de conduta.

2. EVOLUÇÃO DO PADRÃO FET: DO PADRÃO MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATAMENTO ÀS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

O padrão FET se diferencia de outros padrões de tratamento normalmente mencionados nos BITs, tais como o tratamento nacional e do princípio de nação mais favorecida. Estes, na sua aplicação, exigem um exercício de comparação, nos quais o investidor deverá comprovar que o Estado hospedeiro tratou mais favoravelmente um investidor nacional (violação do tratamento nacional) ou um investidor de um terceiro Estado (violação do princípio de nação mais favorecida). Pelo contrário, o padrão FET deve definir-se a partir das medidas ou condutas tidas como injustas ou não equitativas por parte dos Estados hospedeiros para com os investidores. O primeiro questionamento apontará a descobrir, então, onde procurar esse modelo de comportamento (GRIERSON-WEILER, 2008; p. 262).

Os padrões de tratamento não se encontram totalmente desconectados, isto é, podem guardar inter-relações (ALVAREZ, 2011; p. 320). Nesse sentido, a função do padrão FET, quando prevista ao lado do tratamento nacional e da nação mais favorecida, seria a de garantir um padrão mínimo de justiça e equidade, ainda que o tratamento outorgado por parte do Estado hospedeiro aos investidores nacionais ou de outros países fique aquém desse padrão mínimo. Por outro lado, seria possível exigir um tratamento de nação mais favorecida, ainda que o tratamento apontado como mais favorável supere o padrão FET.

Considerando que o padrão FET é uma cláusula típica dos BITs, e que estes tem proliferado em grande número, a primeira dificuldade se apresenta ao observar as diversas redações que os tratados que o preveem. Para demonstrá-lo, tomar-se-á como exemplos BITs assinados, precisamente, por Argentina.

2.1. A relação FET e direito internacional a partir dos BITs

O BIT Argentina–Austrália (1995), utiliza uma fórmula reduzida para determinar o padrão FET: “1. Cada Parte Contratante assegurará em todo momento um tratamento justo e equitativo aos investimentos”. Já o BIT assinado com a Venezuela (1993) dispõe que: “Cada Parte Contratante, de conformidade com as normas e critérios do direito internacional, assegurará a todo momento um tratamento justo e equitativo aos investimentos de investidores da outra Parte Contratante”. Finalmente, o BIT Argentina-Estados Unidos (1991) dispõe: “2. a) Outorgar-se-á tratamento justo e equitativo dos investimentos, que gozarão de plena proteção e segurança e, em hipótese alguma, serão tratados de forma menos favorável do que o exigido pelo direito internacional”.

As diferentes formas de redigir a cláusula acabam oferecendo mais de uma possibilidade interpretativa. No caso do BIT Argentina-Austrália, o padrão FET não aparece acompanhado de nenhuma especificidade, deixando ao intérprete uma ampla liberdade para definir as condutas que se encaixam nesse conceito. Já o BIT Argentina-Venezuela leva a entender que o padrão FET seja a mera aplicação de um padrão de conduta prescrito pelo direito internacional. Por último, no BIT com os Estados Unidos, Argentina obriga-se a um padrão FET com plena proteção e segurança, e que nunca deverá ser menor ao exigido pelo direito internacional. Tais diferenças põem em evidência a dificuldade que enfrentaram a academia e os tribunais em definir tais parâmetros.

Se o padrão FET é apenas uma mera referência do BIT de normas consolidadas no direito internacional, a exemplo o tratado Argentina-Venezuela, não teria sentido figurar expressamente nos tratados, e tal conclusão levaria a entender não ser necessária a existência de um BIT para que o investidor receba um tratamento justo e equitativo. O mesmo parâmetro se aplicaria a investimentos não respaldados por tratados bilaterais, através de outras fontes como o direito internacional consuetudinário. Tal seria o caso, por exemplo, das relações de investimento dos Estados Unidos com os BRICs (Brasil, Rússia, Índia e China), com os quais não tem nenhum BIT em vigor (ALVAREZ, 2011; p. 323 e 332).

No BIT Argentina-Estados Unidos, a redação exige um padrão mínimo de tratamento que o direito internacional oferece, não podendo ser o FET menor que ele. Tendo em conta que não existe um acordo global sobre investimentos¹, a referência ao direito internacional estará

¹ A OCDE promoveu um Acordo Multilateral sobre Investimentos em 1995, mas foi amplamente rejeitado pela comunidade internacional, sobretudo de parte dos países em desenvolvimento e de organizações não governamentais como as de cuidado ao meio ambiente (FONSECA, 2008; p. 47-49).

necessariamente apontada ao costume internacional, à rede de BITs assinados e a jurisprudência de órgãos de solução de controvérsias como o ICSID e as cortes constituídas sob as regras da UNCITRAL.

Embora os antigos Tratados de Amizade, Comércio e Navegação (precursores dos BITs)², e no Artigo II (2) da Carta de Havana de 1948 para a uma Organização Internacional do Comércio, já previam um tratamento justo equitativo (ALVAREZ, 2011; p. 326), é relativamente recente a discussão nos tribunais da cláusula. Foram as arbitragens em torno do NAFTA que começaram a dar sentido mais preciso ao padrão FET.

No caso *Pope & Talbot vs. Canada*, um tribunal arbitral foi chamado a se pronunciar sobre a violação do padrão FET, questionando-se sobre a interpretação do artigo 1105 do NAFTA, que determina que “cada Parte concederá aos investimentos de investidores da outra Parte um tratamento de acordo com o direito internacional, incluindo o tratamento justo e equitativo e total proteção e segurança”.

O tribunal, analisando as fontes do parâmetro de conduta, decidiu que os Estados, ao assinarem tratados particulares, como o NAFTA ou os BITs, tiveram a intenção de prover aos investidores de uma proteção maior ao mínimo internacional³. Ainda, os árbitros entenderam que houve uma evolução do padrão mínimo fixado nos anos 1920's no caso *Neer*, e que essa evolução é fruto da prática dos Estados em celebrar tratados de investimentos⁴. O caso *L. F. H. Neer v. United Mexican States*,

2 Por exemplo, o Tratado de Amizade, Comércio e Navegação EUA-Itália. Sobre o valor desse tipo de tratados na atualidade como fonte interpretativa v. COYLE (2013; p. 302-359).

3 Lê-se: “Outra possível interpretação da presença dos elementos de equidade no artigo 1105 é que eles são *adicionais* às exigências do direito internacional. Ou seja, os investidores no âmbito do NAFTA têm direito ao mínimo direito internacional, mais os elementos de justiça. É verdade que a linguagem do artigo 1105 sugere o contrário, uma vez que afirma que os elementos de justiça estão incluídos no âmbito do direito internacional. Mas essa interpretação é afastada pelo fato de, como todas as partes concordam, que a linguagem do artigo 1105 evoluiu a partir das disposições de tratados comerciais bilaterais negociados pelos Estados Unidos e outros países industrializados” UNCITRAL. *Pope & Talbot Inc. v. Canada. Award on the Merit of Phase 2*. par. 1 par. 110 (trad. nossa; destaque no original). Como consequência desse entendimento, a Comissão de Livre Comércio (autoridade do NAFTA) aprovou uma interpretação formal e vinculante do art. 1105, antes que o tribunal de *Pope & Talbot* se pronunciasse a respeito dos danos ocasionados, no sentido de limitar o entendimento do padrão FET ao padrão mínimo de proteção para estrangeiros, esclarecendo que: “2. Os conceitos de ‘tratamento justo e equitativo’ e ‘plena proteção e segurança’ não necessitam de tratamento adicional ao requerido pelo padrão mínimo de tratamento de estrangeiros no âmbito do direito internacional consuetudinário, ou além deste” (trad. nossa). (SICE, 2001).

4 Apesar dos esforços dos Estados de limitar o poder interpretativo do tribunal, no laudo referente aos danos este pontou que: “tem havido uma evolução nas habituais conceitos de direito internacional tem-se desde a década de 1920. É uma parte do direito internacional o direito internacional consuetudinário que evolui através das práticas do Estado. Acordos internacionais constituem prática de Estados e contribuem para as bases do direito internacional consuetudinário”. (UNCITRAL. *Pope & Talbot Inc. v. Canada. Award in respect of damages*. par. 59). Para uma análise aprofundada dos laudos desse caso v. DUMBERRY (2002; p. 657-691).

decidido por uma corte arbitral em 1926, é o que fixou o conceito de “padrão mínimo de tratamento a estrangeiros” pelo direito internacional. Segundo esse tribunal, haveria uma conduta abaixo deste mínimo quando forem consideradas abusivas, de má-fé, com uma deliberada falta aos deveres ou omissão por parte de governo que qualquer pessoal, racional e imparcial, reconheceria esta falta.

Em síntese, a questão ao redor do padrão FET consiste em determinar se o padrão mínimo de tratamento devido aos estrangeiros somente tornaria responsável ao Estado hospedeiro apenas em caso de uma conduta notoriamente injusta, de má fé, abusiva, ultrajante - tal como era entendido historicamente -, ou se outras faltas, tais como ausência devido processo, de transparência, falta de informação, etc., poderiam considerar-se também uma violação do padrão FET, sem depender da existência de uma intenção de prejudicar o investidor direta ou indiretamente por parte do Estado hospedeiro. A contribuição dos árbitros em *Pope & Talbot* provém de admitir-se que o direito internacional costumeiro também sofreu uma evolução com os anos, e que, apesar de referir-se a um padrão mínimo internacional, esse mínimo tem aumentado, pela prática dos Estados na celebração de tratados e nas diferentes decisões que os aplicaram (ALVAREZ, 2011; p. 330)⁵.

Arbitragens fora do âmbito do NAFTA tenderam a equiparar de uma forma mais natural o padrão FET com o direito costumeiro internacional, ou pelo menos tentaram se preocupar menos com a relação entre as diferentes redações da regra nos BITs e o direito costumeiro internacional, para sim tentar encontrar princípios interpretativos comuns que podem residir dentro dela. Paralelamente, começa a existir um maior consenso no poder transformador das decisões arbitrais sobre o direito internacional em geral.

Seguindo a linha, os laudos reafirmaram a ideia de que para violar a cláusula FET não é necessário que um Estado adote medidas com má-fé ou intenção maliciosa, (ALVAREZ, 2011; p. 338-339), pois o padrão de tratamento mínimo a estrangeiros não requer mais esse tipo de elementos. Uma decisão frequentemente citada que traz exemplos de condutas não relacionadas com a má-fé é o caso *Waste Management v. México*. Nesse caso, o padrão FET teria sido violado por uma ausência completa de devido processo e transparência.

⁵ Andrew Guzman, por sua parte, entende que o padrão mínimo internacional não se poderia ver afetado pela prática dos Estados ao celebrarem BITs, já que não pode ser considerado “prática de Estado” motivados apenas por razões econômicas (GUZMAN, 1998; p. 685-687). Já para Alvarez, algumas partes dos BITs podem considerar-se *lex-specialis*, já outras, são um claro exemplo dos negociadores em reafirmar princípios derivados do costume internacional. E, por causa da particular estrutura do regime internacional de investimentos, quando uma decisão arbitral conjuga a proteção de um BIT com uma regra de direito internacional, está refletindo essa regra e, portanto, afetando o direito internacional em modo geral (ALVAREZ, 2011; p. 332). V. também BJORKLUND (2008; p. 265).

O padrão mínimo de tratamento de tratamento justo e equitativo é infringido por conduta imputável ao Estado e prejudicial para o requerente se as condutas são arbitrárias, manifestamente abusivas, injustas ou idiossincráticas, se são discriminatórias e expõem o requerente a ou preconceito, ou representa falta de devido processo[...] Na aplicação desta norma é relevante que o tratamento seja em violação de declarações apresentados pelo Estado hospedeiro sobre as quais o requerente se baseou. (*Waste Management, Inc. v. Mexico*. par. 98).

Como sugere a última parte do trecho citado, os casos que se sucederiam desenvolveriam o padrão FET com base no conceito das expectativas legítimas. Em *TECMED v. México*, o tribunal definitivamente sentaria essa nova interpretação do padrão FET, pois seria o primeiro em trazer a ideia de expectativas legítimas do investidor no seio da proteção (YOST, 2009). Assim determinou o tribunal:

Trata-se de oferecer aos investimentos internacionais um tratamento que não afete as expectativas básicas que foram levadas em conta pelo investidor estrangeiro para fazer o investimento.

O investidor estrangeiro espera que o Estado hospedeiro aja de uma forma consistente, livre de ambiguidades e totalmente transparente nas suas relações com o investidor estrangeiro, de modo que ele possa saber de antemão todas e quaisquer regras e regulamentos que irão reger seus investimentos, bem como os objetivos das políticas e práticas administrativas ou diretivas relevantes, para serem capazes de planejar seu investimento e cumprir com os regulamentos. (*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*. par. 154).

Tanto as decisões de *TECMED* e *Waste Management* apontam à necessidade dos Estados de oferecer um “marco normativo estável e transparente”, significando que a necessidade de fornecer informação sobre suas leis e práticas administrativas regulamentos não está apenas ancorada no direito internacional dos investimentos, mas diz respeito ao direito a receber informação dos regimes que fazem prevalecer dos direitos humanos (ALVAREZ, 2011; p. 345).

Evidentemente, a evolução de tais conceitos leva a questionar-se quando podem ser consideradas legítimas as expectativas dos investidores.

2.2. Critérios para determinar a legitimidade das expectativas

Desde que os tribunais começaram a orientar a qualificação do padrão FET no sentido de proteger as expectativas legítimas dos investidores, este elemento constituiu uma subcategoria de estudo. Com

efeito, deve ter-se em conta que ao planejar seu investimento, o investidor pode ter inúmeras expectativas, por este motivo é necessário explorar quais podem ser invocadas diante dos tribunais como merecedoras de proteção (MUTIS TÉLLEZ, 2012; p. 432).

As expectativas legítimas não são apenas expectativas subjetivas dos investidores. O regime de legal e de negócios de um país tem um papel fundamental no sucesso ou no fracasso na atração de investimento externo. Este marco legal consiste na legislação e marco regulatório de um modo geral, em garantias ou declarações feitas explícita ou implicitamente pelo Estado hospedeiro.

Para dar lugar às expectativas legítimas, em primeiro lugar é necessário que a lei ou a conduta do Estado hospedeiro sobre a qual aquelas descansam tenham um efeito em favor do investidor. Isso posto, objetivamente deve considerar-se a expectativa legítima a do investidor diligente, probo, prudente, aquele que levou em conta todas as circunstâncias ao redor do investimento, incluindo as condições políticas, socioeconômicas, históricas e culturais que o Estado hospedeiro apresenta. Subjetivamente, não seria razoável uma expectativa que conflitasse com outros conhecimentos que o indivíduo tivesse sobre a lei ou sobre declarações feitas pelo Estado hospedeiro (MUTIZ TELLES, 2012; p. 434)⁶.

Saindo do foco do comportamento do investidor, MUTIZ TELLES (2012; p. 432) traz alguns casos em que podem residir as expectativas legítimas:

a) *Declarações e garantias específicas*, ou seja, feitas diretamente ao investidor ou a um setor econômico específico, por parte do Estado sobre as quais recaiu a decisão de investir. Exemplos do primeiro caso podem observar-se em *Metalclad v. México*, *MTD Equity v. Chile* e o já citado *TECMED*.

b) Embora não exista uma jurisprudência consolidada, *mudanças na legislação* são capazes de criar expectativas legítimas nos investidores, ainda que em ausência de declarações ou garantias específicas. Em *Saluka v. República Tcheca*, por exemplo, não se afastou essa possibilidade, embora exista um bom número de decisões em contrário. Acredita-se que dependerá das circunstâncias fáticas. Resultará, para tanto, de grande utilidade a leitura dos considerandos dos textos legais para determinar se, embora gerais, tem como objetivo principal regular a conduta do

⁶ Cita-se o caso *Saluka* em que se determinou que o investidor não pudesse ter razoavelmente dependido numa garantia dada pelo Ministro das Finanças, pois esta não poderia obrigar o próximo governo (*Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*. par. 351). Sobre este último aspecto, o caso *Thunderbird v. México* deixa claro que, quando um investidor se aproxima do Estado hospedeiro, a fim de induzir uma declaração sobre algum aspecto do investimento proposto, e ao fazê-lo deixa de informar de forma completa e exata todos os fatos relevantes de que tem conhecimento, quaisquer expectativas geradas por essas declarações não serão consideradas “legítimas” (*International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*. par 149-164). V. YOST (2009, p. 22).

investidor estrangeiro com o Estado hospedeiro. De qualquer modo entende-se que a mera assinatura de um BIT não é capaz de criar essa expectativa.

c) *Licenças e direitos contratuais* também constituem instrumentos geradores de expectativas legítimas a serem preservadas pelo padrão FET, contra qualquer conduta contrária por parte do Estado hospedeiro, quer seja em descumprimento dos deveres garantidos por contrato ou por lei, bem como qualquer interferência regulatória em detrimento (MUTIS TÉLLEZ, 2012. p. 438). Contudo, deve ficar claro que somente haverá violação das expectativas do investidos em quando essa conduta envolve o exercício de um poder soberano, de Estado. (Waste Management, Inc. v. Mexico. par. 114).

Muitos desses conceitos foram desenvolvidos nas arbitragens que a República Argentina suportou diante do ICSID. Para conhecer melhor a aplicação do padrão FET nesses casos, necessário se faz compreender o contexto que levou à sua alegada violação.

3. BREVE CENÁRIO ARGENTINO PRÉ E PÓS-CRISE 2001-2002

As políticas de desenvolvimento impulsadas pelos países latino-americanos durante os anos 90 tiveram como característica o abandono do Estado enquanto protagonista na economia. Estes deviam reestruturar suas economias a partir do cenário de finais dos 80: alto déficit fiscal; pesada carga tributária que desencorajava os investimentos; controles excessivos nas operações de câmbio, nas taxas de juros e nos investimentos estrangeiros, e participação excessiva do Estado nas atividades do mercado (SHAPIRO; TRUBEK, 2012; p. 35). As reformas que seriam necessárias para o modelo de desenvolvimento proposto estariam ancoradas no Consenso de Washington, que propiciava o bom funcionamento do mercado em primeiro lugar, através de uma série de medidas concretas: disciplina fiscal, reorganização do gasto público, investimento estrangeiro direto, privatizações, regulação e proteção da propriedade privada, dentre outras medidas. (BIRDSALL; DE LA TORRE; CAICEDO, 2010).

No caso da Argentina, ocorreria uma profunda reestruturação do Estado com vistas a diminuir o déficit nas contas públicas. A ineficiente gestão dos anos anteriores seria substituída pela iniciativa privada, através da atração de investimentos estrangeiros a diversos setores da economia, dentre eles o setor dos serviços públicos⁷. Uma das principais medidas seria uma audaciosa reforma monetária para conter a inflação que atrelaria o valor da moeda nacional, o peso, à moeda norte-americana, numa relação de 1 peso = 1 dólar⁸.

7 Nessa oportunidade em que foi sancionada a Lei 23.969/89 sobre Reforma do Estado.

8 Trata-se da Lei 23.928/91 sobre conversibilidade monetária e o Decreto 2128/91. Tenha-se

Por causa dessa agenda de reformas econômicas, as empresas estatais foram privatizadas, cabendo ao Estado apenas um papel regulatório, criando agências reguladoras tomando por base um modelo norte-americano (SHAPIRO, 2011; p. 131). Em somente quatro anos (1990-1994) se privatizaram grande parte de *Yacimientos Petrolíferos Fiscales* - YPF; a empresa *Gas del Estado*; as empresas estatais de geração, transporte e distribuição de energia elétrica; a empresa de telefonia estatal Entel, a companhia aérea *Aerolíneas Argentinas*; os estaleiros e as siderúrgicas e petroquímicas de propriedade estatal; a administração dos sistemas portuários; canais de rádio e de TV (ABELES, 1999; p. 4).

O investimento estrangeiro foi prioridade para Argentina nesses anos, e o direito devia criar o “clima propício” para o desembarque do capital externo. Para atrair investimentos, o país sulino assinou 57 tratados bilaterais de investimentos países entre maio de 1990 e março de 2001, dos quais apenas 7 não se encontram em vigor (SICE, 2014).

Este panorama começaria a mudar a finais dos anos 90, em que se deflagrou uma série crise econômica, com altas taxas de desemprego e recessão (CORTES CONDE, 2003; p. 762-767). O conflito social se agudizou a finais de 2001. O colapso financeiro e a fuga de capitais anteciparam um cenário obscuro para as empresas que tinham se instalado no país.

Já em 2002 decretou-se uma Lei de Emergência Econômica nº 25.561 que estabeleceu importantes modificações nos valores de depósitos bancários, declarando o abandono da paridade peso-dólar e liberando as taxas de câmbio, de forma tal que seu valor seja fixado na base na oferta e da procura. O consumo retraído afetou o setor de serviços e a crise motivou uma série de medidas, inicialmente aplicada a setores específicos e posteriormente, ao agudizar-se a crise, de forma mais genérica, no contexto das graves convulsões políticas, econômicas e sociais vivenciadas a finais de 2001 e começos de 2002 (BLANCO, 2005. p. 642), o que inclui a renúncia do então Presidente Fernando de La Rúa. O modelo econômico que tinha estabilizado – e posteriormente estagnado – o país começava a ruir.

O novo governo impôs altos custos às empresas privatizadas, havia uma década em mãos de investidores estrangeiros. O principal deles estava relacionado à forma em que os contratos de concessão de serviços públicos tinham sido originalmente assinados, que garantiam condições demasiado vantajosas ao investidor externo (prazos longos, paridade cambiária, reajuste de tarifas mediante indicadores externos), e que não poderiam mais se sustentar no novo cenário. As expectativas legítimas dos investidores restariam inevitavelmente frustradas.

em conta que em 1989 a inflação superou o 5600% anual. No mês de julho de 1989, o nível de inflação superou 200% mensal. Entre julho de 1989 e dezembro de 1990, houve um nível de inflação superior aos 22000%. (CASTRO, 2001; p. 2).

4. O PADRÃO FET NOS CASOS DO ICSID ENVOLVENDO ARGENTINA

Argentina foi levada a responder perante ICSID em 50 oportunidades, liderando atualmente a lista de países reclamados. A maioria dos casos está relacionada com as quebras de contratos do período das privatizações da década 1990-2000⁹. Em vários destes casos analisou-se o padrão FET, mas onlines gerais o entendimento construído a partir de *Pope & Talbot, Waste Management* e *TECMED* foi aplicado da mesma forma.

O primeiro laudo é referente à disputa de *CMS Gas Transmission Company*, sobre o descumprimento das condições das licenças e contratos de concessão de distribuição de gás. Este seria o primeiro caso em que o ICSID se pronunciaria sobre o fundo da questão relativa à crise econômica, e que de certa forma marcaria a pauta dos próximos laudos. O cenário fático se reproduziria nos casos *Enron, LG&E* e *Sempra*, firmas que também investiram no setor do gás e por isso estiveram sujeitas as mesmas condições, tanto na aquisição das licenças quanto na aplicação das medidas tidas como infringentes do padrão FET. Em síntese, as medidas prejudiciais diziam respeito à “pesificação” e consequente desvalorização de tarifas previstas para serem originalmente calculadas em dólares, bem como a proibição de praticar aumentos e reajustes nos valores cobrados aos consumidores (BLANCO, 2005; p. 641).

Ao invocar seus danos, as firmas alegaram que sua decisão de investir esteve fundada em compromissos e garantias que o governo argentino oferecia, especialmente a de rentabilidade por preços calculados em dólares e o sistema de reajuste baseado no Índice de Preços do Produtor dos Estados Unidos (*CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, par. 267). O tribunal compreendeu que Argentina violou a obrigação de tratamento justo e equitativo previsto no BIT. Para tanto, em primeiro lugar observa o Preâmbulo do BIT Argentina Estados Unidos, em que se estabelece que um dos principais objetivos da proteção prevista é “manter um marco estável para os investimentos e a utilização mais eficaz dos recursos econômicos” (*CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, par. 274). O Tribunal apoiou-se nas expectativas legítimas do investidor para determinar a violação do FET por parte de Argentina:

As medidas reivindicadas, de fato, inteiramente transformaram e alteraram o ambiente legal e de negócios sob o qual a decisão de

9 Até novembro de 2012, as 43 disputas vigentes nessa data somavam US\$ 65 bilhões (INFOBAE, 2012). Em outubro de 2013 Argentina completou o pagamento de um acordo com 5 empresas (CMS Gas, Azurix, Continental Casualty e Vivendi que litigaram perante o ICSID e NationalGrid, numa arbitragem da UNCITRAL) através da outorga de títulos de dívida pública, incluindo um desconto de 25% (TELAM, 2013).

investimento foi adotada e posta em prática. A análise feita sobre o regime tarifário e sua relação com o padrão dólar e mecanismos de ajuste, demonstra inequivocamente que estes elementos já não se encontram presentes no sistema que regula as atividades de negócio do Candidato. Também verificou-se que as garantias previstas a este respeito no marco jurídico e seus vários componentes foram cruciais para a decisão de investir (Ibíd. par. 275 (tradução nossa)).

O problema não é que seja necessário congelar o marco jurídico, uma vez que pode sempre evoluir e ser adaptado à evolução das circunstâncias, mas não que este quadro pode ser removido completamente quando você fez compromissos específicos em contrário. (Ibíd. par. 277). (tradução nossa).

Este último elemento também aparece no laudo de LG&E. Assim, embora o investidor tenha tido conhecimento dos riscos inerentes ao seu investimento, Argentina extrapolou os limites ao desmontar completamente o marco jurídico fixado. (*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic.* par. 139).

Tanto os laudos de *CMS, LG&E* e *Enron* trouxeram a colação a interpretação do caso *TECMED*. Com isso descartam qualquer necessidade de má-fé por parte do Estado hospedeiro como requisito para alegação de uma violação do padrão FET.

Embora tenha como pano de fundo as mesmas turbulências econômicas que os casos anteriores, merece um comentário o caso *Azurix*, outra empresa concessionária de serviços públicos, desta vez de distribuição de águas e saneamento. Neste laudo, embora tenham se levantado todos os fundamentos (evolução do padrão mínimo e proteção das expectativas legítimas) utilizados dos casos anteriores, deu-se uma atenção especial à politização que se fez da alteração das condições tarifárias por parte do governo, supostamente em vistas a determinado resultado em eleições próximas. Assim, uma das medidas apontadas por *Azurix* como violadoras foram declarações de parte das autoridades pedindo aos consumidores não pagar a conta d'água. (*Azurix Corp. v. The Argentine Republic.* Pars. 349 e. 375).

Já em *Sempra*, ao reproduzir argumentos de laudos anteriores, chama-se a atenção para o que pode constituir talvez o segredo do sucesso da cláusula, que é o fato de ser, na prática, um instituto que preenche lacunas deixadas por normas mais específicas, a fim de atingir o nível de proteção do investidor que objetivam os tratados (*Sempra Energy International v. The Argentine Republic.* par. 297). E acrescenta:

Seria desacertado acreditar que um tratamento justo e equitativo é uma espécie de exigência marginal. Por outro lado, ele garante que,

ainda quando não exista uma justificativa clara para decidir que houve expropriação, como no presente caso, ainda há um padrão que serve ao propósito de justiça e que pode por si reparar danos por atos ilícitos que de outra forma não teriam sido reparados. Que este resultado seja conseguido através da aplicação de uma ou mais normas é uma decisão a ser tomada à luz dos fatos de cada disputa. O que interessa é que ao final se garanta estabilidade do direito e o cumprimento das obrigações legais, salvaguardando, assim, o mesmo objeto e finalidade buscando a proteção do tratado. (*Sempre Energy International v. The Argentine Republic*. par. 300).

Entendemos que esta última passagem evidencia avançar a uma perspectiva que compromete o padrão FET como elemento a ser valorado pelos tribunais. O desenvolvimento jurisprudencial prévio, como visto, levou os árbitros a aplicá-lo em outras situações bem menos delicadas do que no caso dos laudos contra Argentina. De fato, os *leading cases* do padrão FET que foram observados no ponto 2 não se deram num contexto de crise generalizada como a que suportou o país sulino. Isso então leva a pensar que são poucas as possibilidades que tem um Estado de alegar uma conduta de acordo com o FET se não é recorrendo a justificativas externas ao instituto, a exemplo do estado de necessidade (ALVAREZ, 2008), a teoria da imprevisão (MEINERO, 2013), as medidas não preclusas (BURKE-WHITE 2008; BURKE-WHITE&VON STADEN 2008), etc. Existiria então grande dificuldade em encontrar um Estado que, diante da violação dos termos dos contratos, não seja considerado responsável pela violação do padrão FET. Esse entendimento parece desprender-se de uma passagem do recente caso *Arif v. Moldova*, julgado em 2013:

As expectativas legítimas enquanto base para a análise de se um Estado não concedeu um tratamento justo e equitativo ao investimento, constituem agora uma característica estabelecida de arbitragem de investimento, mas continua sendo problemática. Elas são suscetíveis de levar a uma fácil circularidade de argumento, pois os investidores normalmente têm expectativas em relação a uma ampla gama de contingências, grandes e pequenas, e é relativamente fácil para um requerente postular uma expectativa para condenar a própria conduta que reclama no caso em questão. (*Mr. Franck Charles Arif v. The Republic of Moldova*. par. 533).

Ao ancorar-se nas expectativas legítimas, o padrão acaba confundindo-se com a própria existência de um contrato amparado no BIT, em cujo preâmbulo se consagra como objetivo principal o de garantir a estabilidade do marco regulatório. Isso leva a um

esvaziamento do valor do principio, não sendo mais necessária uma análise apurada dos fatos, já que, se o descumprimento do contrato se deu por causa de uma mudança no marco regulatório, automaticamente a estabilidade protegida pelo BIT foi alterada, afetando as expectativas. Não é necessário discutir se houve ou não violação do padrão FET, e pouca margem de defesa resta em favor do Estado hospedeiro.

5. PADRÃO FET DE CARATER PROCEDIMENTAL

Graham Mayeda, ao observar as arbitragens a que foi submetida a República Argentina – principalmente o caso CMS –, olha com bastante preocupação a utilização do padrão FET, sobretudo as incertas consequências macroeconômicas que possa implicar a concessão de direitos tão laxos em favor dos investidores (MAYEDA, 2007; p. 273-274). Ele se apoia no fato de que os tribunais de CMS (ao que poderíamos acrescentar *Enron*, *Sempra*, *LG&E*, *Azurix*), ao basear-se nas expectativas legítimas dos investidores para qualificar o FET, o fizeram sem nenhuma consideração com as diferenças fáticas que tinha com *TECMED*, por exemplo, pois neste não houve uma situação de crise econômica grandes proporções que afetava a sociedade de forma geral e exigia do Governo medidas drásticas (MAYEDA, loc. cit.). Como foi decidido em *Lauder v. República Checa*: no contexto dos tratados bilaterais de investimentos, o padrão de tratamento justo e equitativo é subjetivo e depende fortemente do contexto fático. (UNCITRAL. *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*. par. 292). Para o mencionado autor, o tratamento justo e equitativo deve voltar ao seu patamar mínimo, e referir-se a uma proteção de caráter procedimental, no sentido de que o Estado hospedeiro possa discutir e medir junto aos investidores o impacto que possa ter uma mudança nas políticas domésticas. O padrão FET não deve referir-se a uma proteção de caráter material.

Na recente decisão comentada, *Arif v. Moldova*, o tribunal dá ênfase ao poder do Estado de regular questões domésticas de interesse público, e com isso padrão FET requer que se respeitem as expectativas legítimas “na medida em que o investidor deve ser tratado com um grau adequado de devido processo legal e, se possível, deve procurar atenuar os efeitos da mudança de política sobre o investidor”(par. 537). Nesta interpretação, o *fairness* requer que, antes que um governo proceda a mudar a política que afeta o investimento estrangeiro direto, possa considerar tanto o interesse dos investidores e da população que representa. Nesse sentido, Franck aponta que:

[Este] é o ponto em que o direito internacional é chamado a desempenhar um papel: não para resolver o discurso da justiça (porque aqui, como em qualquer parte, não pode ser ‘resolvido’), mas promovendo o discurso

como um fim em si, com o objetivo de criar um alto grau de reciprocidade de expectativas entre os participantes em uma transação de investimento internacional. E também para criar um marco de legitimidade dentro do qual disputas imprevistas possam ser resolvidas através de mais discursos ou instituições e regras de legitimidade procedimental. A criação de tal marco é a ideal manifestação institucionalizada de justiça. (FRANCK apud MAYEDA, 2007; p. 284 - tradução nossa).

Por outro lado, os tribunais arbitrais de investimentos não estariam preparados para lidar com uma concepção material do padrão FET. Por mais que o Estado hospedeiro tente convencer os árbitros que o tratamento dado ao investidor foi o mais justo e equitativo possível em vistas das circunstâncias, os tribunais possuem pouca margem de jurisdição para apreciar tais medidas. Isto põe em evidencia uma falta de legitimidade e transparência que deixa de ser exclusiva do Estado faltoso, para ser do sistema de resolução de conflitos em si (MAYEDA, 2007; p. 273-274), ou pelo menos dos tribunais arbitrais aqui estudados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho foi possível constatar que o padrão FET constitui um argumento poderosíssimo em favor dos investidores estrangeiros, tendo superado os testes de aplicabilidade na crise argentina estudada. Ao admitir uma base de legítimas expectativas dos investidores para preencher o seu conceito, decreta-se a impossibilidade do Estado de responder a uma crise de grandes proporções em vistas ao interesse comum da população. Assim, o padrão FET sempre restará violado, não interessa a maneira como o Estado tenha procedido. Caberá ao Estado hospedeiro defender a sua postura fora do próprio parâmetro, através dos institutos de justificação como o estado de necessidade, por exemplo. Futuramente, o padrão FET terá seu conteúdo esvaziado, pois não será mais necessário alegá-lo.

Considera-se mais sensato entendimento de atribuir um conteúdo procedimental a este estandar, já que dessa forma, será punido o Estado que, ao assumir medidas de política pública, o faça sem dar ouvidos ao investidor. Essa forma de pensar, com uma lógica mais cooperativa – já que, em definitiva, expectativas há de ambos os lados -, deverá contribuir com a criação de um ambiente de maior transparência. Caso contrário, a assinatura de BITs que contenham tal cláusula não será visto apenas como pouco efetivo na atração de investimentos, mas decididamente como uma ameaça ao poder soberano de decidir em matéria de políticas econômicas em presença de situações críticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELES, Martín (1999) “El proceso de privatizaciones en la Argentina de los noventa: ¿reforma estructural o consolidación hegemónica?”. *Revista Época* [online]. 1999, ano 1, nº 1 [acessado em 20/10/2013]. Disponível em: <<http://www.winisisonline.com.ar/tea/info/TEA0706.pdf>>.
- ALVAREZ, José E. *et. al.* (ed). *The evolving international investment regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment. Recueil des cours*. The Hague: The Hague Academy of International Law, 2011. vol 344.
- ALVAREZ, José E.; KHAMSI, Kathryn. *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime. IILJ Working Paper 2008/5* [online]. New York: New York University School of Law, 2008 [acessado em 9/01/2014]. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/documents/2008-5.AlvarezKhamsi.pdf>>.
- “Argentina afronta demandas ante el CIADI por 65.000 millones de dólares” [online]. *Infobae*. 27 nov 2011. [acessado em 14/01/2013]. Disponível em: <<http://www.infobae.com/2012/11/27/683551-argentina-afronta-demandas-el-ciadi-65000-millones-dolares>>.
- “Argentina oficializó el acuerdo con cinco empresas ante el CIADI” [online]. *La Nación Online*. 13 oct 2013. [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/1630338-argentina-cerro-un-acuerdo-con-cinco-empre-sas-ante-el-ciadi>>.
- ARGENTINA. *Ley 23.696 de Reforma del Estado* [online]. [acessado em 22/07/2013]. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/98/norma.htm>>.
- ARGENTINA. *Ley 25.561 de Emergencia Económica* [online]. [acessado em 22/07/2013]. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=71477>>.
- BIRDSALL, Nancy; DE LA TORRE, Augusto; CAICEDO, Felipe V. *The Washington Consensus. Assessing a Damaged Brand. World Bank Policy Research Working Paper, nº 5316* [online]. Washington: World Bank, 2010 [acessado em 24/01/2014]. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/05/24/000158349_20100524171316/Rendered/PDF/WPS5316.pdf>.
- BLANCO, Vicente D. “El primer Laudo Arbitral en el CIADI ‘sobre el fondo’ relativo a la crisis argentina 2000-2002: El laudo de mayo de 2005 en el caso ‘CMS Gas Transmission Company c. República Argentina’”. Em: ALTERINI, Atilio Aníbal (ed). *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- BÜRKE-WHITE, William W. “The Argentine financial crisis: state liability under bits and the legitimacy of the ICSID system”. *Institute for*

- Law & Economics Research Paper* [online]. 2008, n° 08-01 [acessado em 20/04/2013]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1140628>>.
- BURKE-WHITE, William W; VON STADEN, Andreas. “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”. *Virginia Journal of International Law* [online]. 2008, vol 48, n° 2 [acessado em 20/04/2013]. Disponível em: <http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol48/issue2/48_307-410.pdf>.
- CASTRO, Jorge. *Política y Economía en la Argentina de los 90. La Política Económica de una sociedad en conflicto. Visiting Resource Professor Paper* [online]. LLILAS Austin: University of Texas at Austin, 2001 [acessado em 22/07/2013]. Disponível em: <<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/vrp/castro.pdf>>.
- CORTES CONDE, Roberto. “La crisis argentina 2001-2002”. *Cuadernos de Economía* [online]. 2003, vol 40, n° 121 [acessado em 20/07/2013]. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071768212003012100049>.
- COYLE, John F. “The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era”. *Columbia Journal of Transnational Law* [online]. 2013, vol 51. p. 302-359 [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2150260>>.
- DUMBERRY, Patrick. “The Quest to Define ‘Fair and Equitable Treatment’ for Investors Under International Law: The Case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards”. *Journal of World Investment* [online]. 2002, vol 3, n° 4 [acessado em 10/01/2014]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1288807>>.
- ECHANDI, Roberto. “What do developing countries expect from the international investment regime?”. In: ALVAREZ *et. al.* (ed). *The evolving international investment regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- FANELLI, José M. (“Growth, instability and the convertibility crisis in Argentina”. *CEPAL Review* [online]. 2002, n° 77 [acessado em 11/01/2014]. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/20003/lcg2180i-Fanelli.pdf>>.
- FONSECA, Karla C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GRIERSON-WEILER, Todd J.; LARD, Ian A. “Standards of treatment”. Em: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER Christoph (ed.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GUZMAN, Andrew. “Why LDCs sign treaties that hurt them? Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties”. *Virginia Journal of International Law* [online]. 1998, vol 38 [acessado em 10/01/2014]. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/>

viewcontent.cgi?article=1014&context=andrew_guzman>.

ICSID. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12) [online]. [acessado em 10/01/2014]. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0062.pdf>>.

ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*. (ICSID Case No. ARB/01/8) [online]. [acessado em 10/01/2014]. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>>.

ICSID. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3) [online]. [acessado em 10/01/2014]. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>>.

ICSID. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1) [online]. [acessado em 10/01/2014]. Disponível em: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0463_0.pdf>.

ICSID. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*. (ICSID Case N° ARB(AF)/97/1) [online]. [acessado em 15/01/2014]. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>>.

ICSID. *Mr. Franck Charles Arif v. The Republic of Moldova* (ICSID Case No. ARB/11/2). [online]. [acessado em 15/01/2014]. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1370.pdf>>.

ICSID. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (ICSID Case N° ARB/01/7) [online]. [acessado em 12/01/2014]. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>>.

ICSID. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16). [online]. [acessado em 10/01/2014]. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>>.

ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case N° ARB(AF)/00/2) [online]. [acessado em 10/01/2014]. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_Sp&caseId=C186>.

ICSID. *Waste Management, Inc. v. Mexico* (ICSID Case N° ARB(AF)/00/3). [online]. [acessado em 13 de/01/2014]. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>>.

MAYEDA, Graham. "Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties". *Journal of World Trade* [online]. 2007, vol 41, n° 2 [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1319834>>.

MEINERO, Fernando P. "Rule-of-law e a Teoria da imprevisão em investimentos estrangeiros diretos: O caso CMS Gas Transmission

Company vs. República Argentina”. *Revistada Faculdade de Direito UFPR*. 2013, n° 58.

MUTIS TÉLLEZ, Felipe. “Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law”. *ICSID Review* [online]. 2012, vol 27, n° 2 [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/27/2/432.full.pdf+html>>.

ONU. *General Assembly. Resolutions. Regular Sessions* [online]. [acessado em 25/01/2014]. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/resga.htm>>.

ONU. *L. F. H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States. Reports of International Arbitral Awards* [online]. [acessado em 10/01/2014]. Disponível em <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf>.

ORREGO VICUÑA, Francisco. “De los contratos y tratados en el mercado mundial”. Em: KLOR, Adriana Dreyzin de; FERNANDEZ ARROYO, Diego P.; PIMENTEL, Luiz O. (ed). *Investimento Estrangeiro: Direito do Comércio Internacional – Temas e atualidades*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 18-32. (DeCITA 03.2005).

SHAPIRO, Mario G. “Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento. Os limites do paradigma Rule of Law e a relevância das alternativas institucionais”. In: *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David. “Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal”. Em SHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David. *Direito e desenvolvimento - um diálogo entre os BRICS*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SICE. *Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Argentina para la promoción y protección recíproca de las inversiones* [online]. [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/BITS/Argven_s.asp>.

SICE. *Information on Argentina. Bilateral Investment Treaties* [online]. [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/ctyindex/ARG/ARGBITs_e.asp>.

SICE. *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11. Comisión de Libre Comercio del TLCAN 2001*. [acessado em 14/01/2014]. [online]. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_s.asp>.

SICE. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Capítulo 11 - Inversión* [online]. [acessado em 14/01/2014]. Disponível em <http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/cap11_1.asp>.

SICE. *Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment* [online]. [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/cap11_1.asp>.

- www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/US_Argentina_e.asp>.
- STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri: Manole, 2003.
- UNCITRAL. *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States* [online]. [acessado em 13/01/2014]. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf>>.
- UNCITRAL. *Pope & Talbot Inc. v. Canada. Award on the Merits of Phase 2* [online]. [acessado em 13/01/2014]. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>>.
- UNCITRAL. *Pope & Talbot Inc. v. Canada. Award in Respect of Damages*. [online]. [acessado em 13/01/2014]. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>>.
- UNCITRAL. *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* [online]. [acessado em 13/01/2014]. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>>.
- UNCITRAL. *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic. par. 351*. [online]. [acessado em 13/01/2014]. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>>.
- UNCTAD. *Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección de Inversiones* [online]. [acessado em 21/01/2014]. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_australia_sp.pdf>.
- UNCTAD. *World Investment Report 2013* [online]. Genève: United Nations, 2013 [acessado em 12/01/2014]. Disponível em <http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2013_en.pdf>.
- UNITED STATES. *United States Bilateral Investment Treaties. Department of State* [online]. [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <<http://www.state.gov/e/eb/afd/bit/117402.htm>>.
- WIPO. *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Italian Republic. 1948 United Nations Treaty Series* [online]. [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=244236>.
- WTO. *Havana Charter for an International Trade Organization* [online]. [acessado em 14/01/2014]. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>.
- YACKEE, Jason W. "Pacta sunt servanda and states promises to investors before bilateral investment treaties: myth and reality". *Fordham International Law Journal* [online]. 2008, vol 32, issue 5 [acessado em 10/01/2014]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1307132>>.
- YACKEE, Jason W. "Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence". *Virginia Journal of International Law* [online]. 2012, vol 51, nº 397 [acessado em 13/01/2014]. Disponível em: <<http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol51/issue2/Yackee.pdf>>.

YOST, Chris. "A Case Review and Analysis of the Legitimate Expectations Principle as it Applies within the Fair and Equitable Treatment Standard". *ANU College of Law Research Paper* [online]. 2009, n° 09-01 [acessado em 14 /01/2014]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1364996>>.

LA CRISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS: PROPUESTAS DE REFORMA

A CRISE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS: PROPOSTAS DE REFORMA

*Omar E. García-Bolívar**

Resumen: Este ensayo describe el sistema internacional de protección de las inversiones extranjeras destacando sus elementos y características esenciales. Paralelamente se presentan las críticas sustentadas con razones y hechos. El objetivo ulterior del ensayo es presentar propuestas de reformas al Derecho Internacional de Inversiones, incluyendo la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones.

Resumo: Esse ensaio descreve o sistema internacional de proteção dos investimentos estrangeiros destacando seus elementos e características essenciais. Paralelamente, apresentam-se críticas sustentadas em razões e fatos. O objetivo posterior ao ensaio é apresentar propostas de reforma ao Direito Internacional dos Investimentos, incluindo a de criação de um Tribunal Internacional de Investimentos.

Palabras clave: Derecho internacional de inversiones extranjeras, Arbitraje internacional de inversiones, Tribunal Permanente de Inversiones

Palavras-chave: Direito internacional dos investimentos estrangeiros, Arbitragem internacional de investimentos, Tribunal Permanente de Investimentos

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Público ha sufrido transformaciones recientes que llevan a cuestionar el funcionamiento de antiguos conceptos. Así ha sucedido en disciplinas que son especies dentro del género

* Abogado internacional, árbitro y consultor de políticas públicas. Es Presidente de BG Consulting Inc, firma consultora basada en Washington, D.C. especializada en Derecho y desarrollo. Ha asesorado y educado en países en América, Asia, África y Europa Oriental en reformas legales de inversiones. E-mail: omargarcia@bg-consulting.com

amplísimo de esa rama del Derecho, tales como el Derecho Internacional Ambiental, el Derecho Internacional de Telecomunicaciones y el que nos toca desarrollar en este ensayo, el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras.

Nutridos del devenir de la globalización económica, se fueron tomando conceptos consagrados del Derecho Internacional Público como la responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros y se desarrollaron una serie de tratados que consagraban por un lado derechos a unas figuras que hasta entonces no eran actores internacionales jurídicamente hablando, como lo eran los inversionistas extranjeros, a la par que les otorgaban un instrumento inédito, cual era la posibilidad de demandar satisfacción judicial internacional a los Estados por acciones u omisiones internas.

De esta forma fue concebido el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras: originalmente como una evolución consensuada entre Estados a manera de superar lo que algunos percibían como escollos, tales como el argumento según el cual las disputas de los extranjeros en contra de los Estados habrían de ser resueltas en instancias locales y la soberanía absoluta sobre los recursos naturales.

Sin embargo, al cabo de casi cinco décadas de experiencias de ese sistema, la evaluación es mixta. Por un lado está la creación de un sistema pacífico de resolución de disputas internacional. Pero por otro lado se percibe un sistema poco legítimo y con demasiada autoridad, habiéndose constituido en lo más parecido a un tribunal internacional constitucional, con capacidad de revisar, adjudicar y compensar¹. Adicionalmente, el desbalance entre los deberes de los Estados y la inexistencia de los deberes de los inversionistas extranjeros, se aúna a una serie de críticas cada vez más sonoras, que van desde la falta de consistencia de las decisiones hasta el exagerado costo y la falta de transparencia de los procedimientos de resolución de disputas. Por ello, que cada vez más sean los países que pasan de la crítica a la acción previniendo su exposición al sistema internacional de protección de inversionistas extranjeros e incluso separándose de él, no ha de ser ninguna sorpresa.

El propósito de este ensayo es describir los problemas que enfrenta el actual Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras, a la par de presentar ciertas recomendaciones de reformas viables en el contexto del proceso de integración de América del Sur.

1 VAN HARTEN, G. "A Case for International Investment Court" [en línea]. In: *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008 Paper*, (June 30 2008) [en línea]. [consultada febrero de 2015]. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424>.

2. ORIGEN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El Derecho Internacional de Inversiones consiste en un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión. El desiderátum de ese Derecho ha sido que mediante la protección internacional a la inversión, los inversionistas se sentirían más seguros y en consecuencia atraídos a realizar inversiones en los Estados que se obligaran por esas reglas.

Buena parte de ese Derecho se encuentra consagrado en los Tratados Bilaterales de Inversiones –TBI o BITs por sus siglas en inglés– y los tratados multilaterales que abordan el tema inversión, ya sea como parte de un tratado de comercio, de manera regional o como uno de los aspectos críticos de inversiones extranjeras, tales como el de las garantías contra riesgo no comercial o el que crea un centro para solución de disputas de inversiones.

Los TBIs y los otros tratados donde se consagra parte sustancial del Derecho Internacional de Inversiones han sido producto de acuerdo de voluntad de los Estados, donde unos interesados en proteger el capital de sus nacionales han aceptado y logrado que los otros —los interesados en financiar su desarrollo— acepten reglas que benefician a unos terceros: los inversionistas extranjeros.

Para el inversionista, la inversión es una forma de maximizar ganancias, expandir mercados, consolidar alianzas estratégicas, desarrollar etapas del proceso productivo o cualquier otra de índole empresarial. Y el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras es un mecanismo de protección, no solo con la inclusión de estándares específicos de protección en contra ciertas acciones del Estado, sino con la inclusión de la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales.

Para el Estado receptor la inversión es una especie dentro de un género, el de fondos útiles para financiar el desarrollo. En ese género estarían también la renta sea de recursos naturales o de tributos, los créditos y la ayuda internacional. En otras palabras, para el Estado receptor de la inversión, la inversión extranjera no es más que un mecanismo de financiamiento del desarrollo, i.e., crecimiento económico, obtener tecnología de avanzada, activar el aparato productivo, crear empleos, disminuir la pobreza, entre otros. Y el Derecho Internacional de Inversiones consiste en un mecanismo de promoción de esas inversiones.

Esa diferencia de intereses ha sido históricamente una fuente de disputas para las cuales se han empleado diferentes instrumentos legales, algunos a nivel de doctrinas o teorías, otros a nivel de textos legales. Así, por ejemplo, los Estados han usado instrumentos como la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados postulada por las

Naciones Unidas² y la doctrina Calvo según la cual los inversionistas extranjeros no tienen derecho a someter disputas con los Estados anfitriones a instancias internacionales, sino que se deben sujetar a los tribunales locales. Los inversionistas han usado doctrinas tales como la de Responsabilidad de los Estados por Lesiones a los Extranjeros, y fórmulas de compensación total y a valor de mercado en casos de expropiaciones directas o indirectas.

Hasta 1959, las relaciones entre los inversionistas extranjeros se regían única y exclusivamente por el Derecho Internacional Público, donde ante algún maltrato al inversionista extranjero por parte del Estado anfitrión, el inversionista tenía dos opciones. La primera, demandar al Estado ante los tribunales locales. Ante esa opción el argumento ha sido, entre otros, que la protección otorgada por el Derecho local no es suficiente. El Estado, en ejercicio de su soberanía, podría modificar o eliminar esa protección sin mayor limitación³.

La segunda opción disponible al inversionista extranjero era solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática, por lo cual el Estado de nacionalidad y el anfitrión podían negociar y eventualmente encontrarse como partes de una acción ante la Corte Internacional de Justicia o su antecesora la Corte Permanente Internacional de Justicia.

Pero en 1959 se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán. Ese tratado era una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación y aunque no contenía muchas de las protecciones que hoy día se observan en los tratados en cuestión, creó el paradigma de lo que después se convertiría en un sistema integrado de protección al inversionista y a la inversión extranjera. Hoy día existen más de 3000 tratados de esa naturaleza, más capítulos de inversiones en tratados de libre comercio, siendo que la mayoría de estos tratados están suscritos entre países desarrollados y países en desarrollo o entre países en desarrollo, con pocos tratados suscritos entre países desarrollados.

Paralelamente y bajo los auspicios del Banco Mundial, se suscribió en el año 1966 la Convención que creó el Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones –en lo sucesivo CIADI o Centro y la Convención, también conocida como la Convención de Washington–⁴ el cual cumplidas ciertas condiciones puede dilucidar las disputas legales de inversiones que se susciten entre el inversionista extranjero y

2 NACIONES UNIDAS. *Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, 12 de diciembre de 1974. Resolución 3281 (xxix) de la Asamblea General de la ONU [en línea]. [consultada en febrero de 2015]. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/353/57.pdf>>.

3 GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. "Sovereignty vs. Investment protection: back to Calvo?" *ICSID Rev.* 2009, n° 2, p. 446.

4 ICSID. *Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones*. (10 Sept. 1964), 1 U.S.T. 1270, 4 I.L.M. 524. [consultada en febrero de 2015]. Disponible: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

el Estado anfitrión.

De esta manera surgió un mecanismo para solucionar disputas entre un Estado contratante a la Convención y un inversionista de otro Estado contratante, mediante conciliación o arbitraje. Ese mecanismo permaneció silente por décadas, hasta que en los años 90 comenzó a ser utilizado por los inversionistas. A partir de esos años se comenzaron a presentar en promedio cerca de 2 casos por año, hasta un momento cuando se presentaron más de 50 casos en un año⁵.

Una de las razones que motivó el surgimiento de los TBI en donde se extendía la protección a los inversionistas extranjeros a distintos supuestos de hecho y se les daba la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral internacional, fue el resultado del caso *Barcelona Traction* ventilado por ante la Corte Internacional de Justicia.

En *Barcelona Traction*⁶ una compañía registrada en Canadá pero cuyas acciones eran propiedad de ciudadanos Belgas había sido expropiada por el Reino de España. Bélgica otorgó protección diplomática a sus ciudadanos y demandó a España por ante la Corte Internacional de Justicia.

La Corte indicó que el Derecho Internacional reconoce la existencia de la entidad corporativa como un asunto del Derecho local ocasionado por la realidad económica y determinó que Bélgica no podía proteger a una compañía en una acción en contra de España. La decisión se basó en que bajo el Derecho Internacional consuetudinario, una compañía puede reclamar la protección del Estado en el cual está registrada pero no la protección del Estado del cual los accionistas son ciudadanos. Sin embargo, en ese caso, Canadá rechazó otorgar protección diplomática porque para ellos no era suficiente el registro de la compañía en Canadá, sino que además se hacía necesario que la compañía hubiera generado un beneficio económico sustancial o que la compañía hubiera tenido algún interés económico de carácter sustancial.

El remedio encontrado para evitar que decisiones similares a *Barcelona Traction* evitaran la protección internacional a la subsidiaria de un inversionista extranjera, fue incluir disposiciones expresas en los TBI según las cuales las subsidiarias de un inversionista extranjero tendrían la nacionalidad del inversionista extranjero, independientemente del lugar de registro de la subsidiaria e incluso si ésta se hubiera registrado en el Estado anfitrión.

⁵ ICSID Caseload Statistics, 2014-2, [consultada en febrero de 2015]. Disponible en. <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20(English).pdf)>.

⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited – Bélgica c. España–*, 1970 I.C.J. 3, Decisión de 5 de Febrero de 1970.

3. EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS: ¿QUÉ REGULA?

A pesar que el grueso del Derecho Internacional de Inversiones no está condensado en un solo instrumento multilateral, hay ciertos aspectos que son comunes a la mayoría de los TBIs:

Se define qué tipo de inversión extranjera va a ser objeto de protección.

Aunque la tendencia mayoritaria es otorgar protección la inversión extranjera directa -vale decir aquella que tiene carácter de permanencia y respecto a la cual el inversionista mantiene el control- algunos TBIs contienen definiciones amplias que extiende protección a otros tipos de inversión, tales como las inversiones de carteras o formas de inversión heterodoxas, tales como las formas contractuales de franquicia o de producción compartida. Algunos contienen una lista negativa que excluye ciertos tipos de inversión de la protección internacional acordada.

Se define al inversionista extranjero.

Con frecuencia los TBIs definen al inversionista extranjero a las personas naturales o jurídicas que tengan la nacionalidad del Estado no receptor de la inversión. Sin embargo cuando se trata de personas jurídicas, los TBIs indican el criterio para definir la nacionalidad de éstas, el cual con frecuencia es el del lugar de registro. Igualmente, existe una tendencia mayoritaria de considerar nacionales del Estado del inversionista a las subsidiarias del inversionista extranjera registradas en el Estado anfitrión, siempre que se mantengan bajo su control.

Se otorga protección en contra de las expropiaciones que no cumplan ciertas condiciones.

A pesar que se reconoce la autoridad de los Estados para expropiar, se la somete a las condiciones que sea realicen por causa de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante compensación justa, adecuada y oportuna. Igualmente se extiende el criterio a medidas equivalentes a la expropiación, en lo que los comentaristas denominan expropiaciones paulatinas o regulatorias.

Se garantiza al inversionista ciertos estándares de tratamiento.

La mayoría de los TBIs indican que los inversionistas extranjeros

tienen garantizado un tratamiento igual a los nacionales en condiciones semejantes. También se establece un trato de nación más favorecida por el cual el inversionista extranjero tendría derecho a un tratamiento más favorable otorgado por el Estado anfitrión a inversionistas de otro Estado en otros tratados. Igualmente se otorgan garantías para que los inversionistas tengan un tratamiento justo y equitativo, sin que se defina qué se entiende por tales términos. En ciertos casos se otorgan garantías de protección y seguridad física.

Se establecen mecanismos de solución de disputas entre los inversionistas y los Estados anfitriones.

La mayoría de los TBIs contienen disposiciones según las cuales ante el surgimiento de diferencias con el Estado anfitrión los inversionistas pueden optar por negociar o presentar el caso ante una instancia de arbitraje internacional. Con frecuencia se indica que no es necesario agotar la instancia local. Algunos indican que si se opta por la instancia local luego no se podrá presentar reclamo por ante la instancia internacional. La gran mayoría contiene el consentimiento de los Estados partes en someter las disputas a arbitraje internacional. En algunos casos se indica que el arbitraje será administrado según la Convención CIADI, o se indica otro centro como la Cámara Internacional de Comercio (CII o ICC por sus siglas en inglés).

Se establecen cláusulas paraguas y otras disposiciones.

Muchos TBIs contienen disposiciones paraguas según las cuales es considerado violación del tratado el incumplimiento por parte del Estado anfitrión de cualquier de sus obligaciones, sean estas de naturaleza legal o contractual. Así, por ejemplo, ante un supuesto incumplimiento contractual por parte del Estado anfitrión, el inversionista tiene la posibilidad de intentar dos acciones: una de naturaleza contractual y otra derivada del TBI. Igualmente se establecen disposiciones diversas, tales como las que garantizan la libre transferencia de los dividendos y la repatriación de capitales en moneda de libre conversión y la de poder trasladar empleados de la nacionalidad del inversionista extranjero al Estado anfitrión.

4. DISPUTAS DE INVERSIONES

Como consecuencia del surgimiento del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras y la consagración del arbitraje de inversionistas extranjeros en contra de Estados, ha surgido todo un sistema de solución de controversias de inversiones extranjeras que cuenta con

principios propios, expresamente indicados en la Convención CIADI o en los TBIs, o desarrollados jurisprudencial y doctrinariamente, entre los cuales destacan los siguientes:

El arbitraje de inversiones es respecto a disputas legales de inversiones.

El arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo de solución de controversias legales relativas a inversiones entre el Estado anfitrión y un inversionista de otra nacionalidad. Esto supone que este arbitraje es para disputas solo de naturaleza legal, vale decir sobre derechos e intereses y no para disputas de naturaleza técnica, como puede ocurrir por ejemplo, en materia de la construcción sobre disputas relativas a las dimensiones de una tubería. Igualmente, el arbitraje debe ser estrictamente sobre materia de inversiones, y no sobre temas de comercio. Y la disputa debe ser entre un Estado y un extranjero, no entre un Estado y sus nacionales.

El arbitraje de inversiones ante CIADI está sujeto a ciertas condiciones.

El arbitraje internacional de inversiones ante el CIADI requiere que el Estado parte y el Estado de la nacionalidad del inversionista sean parte de la Convención de CIADI, y que ambas partes hayan otorgado su consentimiento a resolver la disputa por ante ese centro. Sin embargo, CIADI dispone del mecanismo complementario de resolución de disputas de inversiones, mediante el cual existe la posibilidad que si uno de los dos Estados no es parte de la Convención, más no los dos, y las partes en conflicto han otorgado el consentimiento arbitral, entonces pueden acceder a resolver la disputa ante ese mecanismo de CIADI.

Hay otros tipos de arbitrajes de inversiones.

La resolución de disputas de inversiones planteadas ante otros centros arbitrales o planteadas a través de arbitrajes ad-hoc solo requiere del consentimiento de las partes. Así sucede con disputas legales de inversiones entre Estados anfitriones e inversionistas planteadas por ante la Corte de Arbitraje de la CCI, la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA por sus siglas en inglés), y el arbitraje ad-hoc entre inversionistas y Estados según las reglas del Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés).

El arbitraje de inversión está sujeto a una legislación específica.

La resolución de controversias mediante arbitraje en CIADI requiere que el tribunal arbitral se ciña a lo indicado por la Convención CIADI, a lo expresado por las partes en su consentimiento arbitral y a la legislación aplicable a la controversia. Con frecuencia, si la disputa versa sobre una violación de normas de Derecho Internacional, tales como las que recogen los TBIs, el tribunal aplicará las disposiciones del tratado relevante al caso. Pero es posible que la disputa de inversiones extranjeras verse sobre el incumplimiento de algún contrato entre inversionista y Estado, en cuyo caso el tribunal habrá de considerar las disposiciones contractuales y las disposiciones de la legislación a la cual está sujeto el contrato en cuestión⁷.

El objetivo de la Convención CIADI.

La Convención CIADI establece que la finalidad del centro es servir de mecanismo de resolución de disputas entre Estados soberanos e inversionistas extranjeros, con miras a crear un incentivo positivo para la atracción de inversiones extranjeras, a la par que se propende al desarrollo económico de los países signatarios. De esta manera, el Informe de los Directores Ejecutivos acerca de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, indica: “Al presentar a los gobiernos el convenio que se adjunta, los Directores Ejecutivos están impulsados por el deseo de fortalecer la asociación de los países en la causa del desarrollo económico. La creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros puede constituir un paso importante para promover un ambiente de confianza mutua y, por consiguiente, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo”⁸. Ese objetivo es relevante para la interpretación de esa Convención a tenor del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la cual dispone que “un tratado será interpretado de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le dé a los términos del tratado en el contexto y con miras a su objetivo y propósito”⁹.

7 Artículo 42 de la Convención CIADI:

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.

8 Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo sobre la Convención, 18 de marzo de 1965. [consultada en febrero de 2015]. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

9 NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.*

5. CRÍTICAS AL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS¹⁰

Desde que se suscribió el primer TBI de la historia a la fecha, son muchos los cambios que ha experimentado el Derecho Internacional de Inversiones. Los múltiples TBIs o capítulos de inversiones en tratados de libre comercio vigentes entre distintos países del mundo, han creado una red de reglas que se complementan y sobreponen en aras de la protección del inversionista extranjera y de la inversión extranjera.

Hoy, es posible decir que el sistema internacional de protección de inversiones extranjeras ha sido probado una y otra vez. El veredicto es mixto. Por un lado hay quienes vanaglorian la virtud de haber despolitizado las disputas entre inversionistas y Estados creando un mecanismo ante el cual estas se puedan resolver de forma imparcial. Por otro lado hay un cúmulo de críticas al sistema que resumimos de seguidas.

5.1. Los inversionistas son los principales beneficiarios

Esta última circunstancia ha sido motivo de alguna crítica. Se argumenta que los TBIs han sido suscritos entre Estados. Sin embargo los beneficiarios son los inversionistas, no los Estados. Son los primeros los que obtienen protección en contra de ciertas acciones de los países anfitriones, los que tienen derechos bajos esos instrumentos, sin que se le imponga ningún tipo de deberes u obligaciones, ni siquiera aquellas llamadas “soft law”, i.e., las que son solo enunciativas y no tienen carácter vinculante.

Los argumentos en contrario, son que no es inusual que los Estados se obliguen a través de instrumentos de Derecho Internacional Público en beneficio de personas de Derecho Privado, como sucede, por ejemplo en materia de derechos humanos, donde también se les da la posibilidad a aquellos a que demanden directamente a un Estado soberano ante instancias internacionales. Sin embargo, los derechos humanos, por su naturaleza y origen ontológico tienen una importancia

[consultada en febrero de 2015]. Disponible en: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>>.

10 Algunas de las críticas al Sistema Internacional de Protección de Inversiones Extranjeras se pueden encontrar en: SORNARAJAH, M. “Evolution or revolution in international investment arbitration? The descent into normlessness”. In: BROWN, Chester and MILES, Kate (ed). *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 631-657; SMIT, Hans. “The pernicious institution of the party-appointed arbitrator”. *Columbia FDI Perspectives*. 2010, n° 33; SACERDOTI, Giorgio. “Is the party-appointed arbitrator a “pernicious institution”? A reply to Professor. Hans Smit”. *Columbia FDI Perspectives*. 2011, n° 35; VAN HARTEN, Gus. “The (lack of) women arbitrators in investment treaty arbitration”. *Columbia FDI Perspectives*. 2012, n° 59; SCHILL, Stephan W. “The public law challenge: Killing or rethinking international investment law?”. *Columbia FDI Perspectives*. 2012, n° 58.

que no necesariamente está presente en el Derecho Internacional de Inversiones. Los derechos humanos son reconocidos como intrínsecos a la condición humana e incluso anteriores a la misma existencia del Estado. Lo mismo no se podría decir del Derecho Internacional de Inversiones.

El segundo argumento en contrario es que no es cierto que los Estados no obtengan beneficios de esos tratados. Se argumenta que mediante el compromiso de obligarse por las reglas del Derecho Internacional de Inversiones, los Estados atraerán inversiones extranjeras.

La evidencia empírica a ese respecto no es concluyente. No se ha probado que suscribir un TBI garantiza la atracción de inversiones extranjeras. Por el contrario existen casos concretos que prueban que no suscribir un TBI o no ser parte de la Convención CIADI no ha impedido atraer inversiones. En América Latina el país que atrae la mayor parte de inversión extranjera que va al hemisferio es Brasil, el cual atrajo US \$ 64 mil millones en el año 2013, más del 20% del total de inversión extranjero que recibió América Latina¹¹. Sin embargo, Brasil no ha ratificado un solo TBI, ni es parte de la Convención CIADI.

Los inversionistas buscan oportunidades de negocio, circunstancias donde el beneficio sea mayor al costo. Si la oportunidad existe y la ecuación costo-beneficio es positiva, la inversión se hará. Encuestas realizadas a inversionistas demuestran que estos no toman en cuenta para decidir invertir en un país, si este ha suscrito o no un TBI con su país de origen. El clima de negocios del país donde se va a invertir es frecuentemente analizado por el inversionista y este está compuesto por aspectos tales como infraestructura, recursos naturales, recursos humanos, Estado de Derecho, entre otros. Que exista el riesgo de expropiación o que ante el maltrato del país anfitrión haya que demandar en tribunales locales, pueden no ser circunstancias determinantes en la decisión de invertir, si la oportunidad de negocios está presente y el beneficio esperado excede los costos. Más aún, los inversionistas cuentan hoy día con posibilidades de obtener seguros internacionales en contra de esos riesgos. Uno de ellos, por cierto, emerge de una Convención que también es parte del Derecho Internacional de Inversiones, la de la Organización Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI). De manera pues que el argumento según el cual hay que suscribir TBIs para que un país atraiga inversiones extranjeras, no tiene sustento fáctico.

No obstante la evidencia, los Estados continúan asumiendo obligaciones de cara a los inversionistas extranjeros en tratados internacionales. Algunos lo hacen con la intención de crear las

11 UNCTAD. *World Investment Report 2014* [en línea]. New York and Geneva : UNCTAD, 2014. p. 62. [consultada en febrero de 2015]. Dponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf> .

condiciones para proteger a los capitales originarios de sus países, aunque hoy día la realidad sea que los capitales no tienen nacionalidad, siendo que los grandes inversionistas extranjeros, las multinacionales, atraen capitales de distintas partes del mundo a través de mercados de capitales o levantamiento privado de capitales.

Quienes usualmente han promovido la idea de tratados internacionales de protección a la inversión extranjera han sido los países desarrollados, donde, a pesar que el texto de los tratados se establecían obligaciones similares para todos los Estados partes, la realidad ha sido que son inversionistas catalogados como de la nacionalidad del país desarrollado quienes invertían en los países en desarrollo y no al revés. Sin embargo, en los últimos años se ha producido el fenómeno de multinacionales catalogadas con la nacionalidad de países en desarrollo, como CEMEX de México, Odebrecht de Brasil, Tata de India, CNPC de China, entre otras. Esta circunstancia, probablemente haya provocado el desarrollo de un buen número de TBIs entre países en desarrollo. Así, aunque en el pasado los países desarrollados tenían la motivación económica de crear condiciones de protección a los capitales de sus países bajo instrumentos de Derecho Internacional Público, en tanto que los países en desarrollo tenían la motivación económica de convertirse en polos de atracción de esos capitales foráneos a través de la asunción de compromisos bajo esos instrumentos de Derecho Internacional Público, la realidad actual ha sido una donde los países en desarrollo funcionan a ratos tanto de exportadores como de importadores de capital. Así, en el año 2012 México exportó más de US \$ 20 mil millones¹².

Más aún, con el auge de los llamados fondos de riqueza soberano —donde los fondos chinos y rusos encabezan la lista— los cuales no son otra cosa que fondos de inversión propiedad de los Estados soberanos, que invierten en una gran variedad de países, es posible que los países en desarrollo tengan más interés en suscribir más TBIs. Y lo que puede resultar interesante es que se comenzará a ver arbitrajes de multinacionales catalogadas de nacionalidad de un país en desarrollo en contra de países desarrollados.

Sea como sea, está visto que de las dos motivaciones económicas para suscribir los TBIs, solo se ha probado que una arroja resultados, la de protección del inversionista y la inversión extranjera.

En resumen, la protección de la inversión extranjera *per se*, bajo las condiciones privilegiadas del Derecho Internacional no tiene lógica, sino va acompañada de un *quid pro quo* en beneficio del país receptor. O puesto en términos más precisos, de lo que se trata es de proteger a la inversión extranjera en tanto y cuanto es beneficiosa para el desarrollo de los países. En algunos casos las inversiones extranjeras no solo no han coadyuvado al desarrollo del país, sino que han sido contrarias al

12 *Ibíd.* en página 61.

desarrollo del país, como ha sucedido por ejemplo, con las inversiones que han sido nocivas al medio ambiente o cuando la inversión extranjera ha corrompido instancias públicas del país anfitrión. En consecuencia, una de las fallas del sistema actual de protección internacional a la inversión extranjera, es que no ha hurgado en la voluntad de las partes de los TBIs, para, haciendo una interpretación teleológica, extender la protección a la inversión en sintonía con el objetivo desarrollista de los Estados partes. Claro está, los árbitros solo podrían llegar hasta ciertos límites y es allí donde probablemente los negociadores de los TBIs pueda que hayan errado al no hacer explícito el objetivo de los países en lo que respecta a la protección y atracción de capitales foráneos. Si, como indica la lógica, la *raison d'être* de la política pública y la literatura más conspicua, el objetivo último de los países que suscriben los TBIs es fomentar su desarrollo interno, esa racionalidad detrás de la manifestación de voluntad, debe ser explorada por el intérprete –en este caso los árbitros—pero primero debe ser expresada en términos claros y precisos en los tratados.

5.2. El abuso de la personalidad jurídica

Otra crítica que se le hace al sistema de Derecho Internacional de Inversiones y que está relacionada con lo anterior tiene que ver con la nacionalidad del inversionista, en especial cuando se trata de una multinacional. Las multinacionales son una red de personas jurídicas registradas en distintos países con una gerencia común y un mismo fin, donde a través de figuras societarias y contractuales se toman las decisiones en un país, se realiza el financiamiento en otro país, se realiza el proceso productivo en otros países y se desarrolla o implementa la tecnología en otros tantos. En esos casos catalogar a una de las empresas de una u otra nacionalidad puede ser un mero formalismo que no responde a la realidad. En puridad de conceptos la multinacional sería una unidad económica, solo que a efectos jurídicos serían diversas personas jurídicas separadas entre ellas por la personalidad jurídica y la apariencia de patrimonios y administración independientes.

En ese orden de ideas, si las distintas personas jurídicas que componen a la multinacional son diferentes, cada una de ellas debería tener protecciones internacionales separadas. Es más, las personas jurídicas de las multinacionales que se hayan registrado en el país anfitrión no deberían tener ninguna protección internacional, por cuanto se trataría de una persona jurídica nacional. Sin embargo, las multinacionales han obtenido a través de los TBIs un desconocimiento de la personalidad jurídica. Sí, pero uno que solo funciona en su beneficio y a los efectos de obtener la protección del Derecho Internacional de Inversiones. Así, los TBIs, de manera casi unánime, reconocen que las

personas jurídicas relacionadas con un inversionista de nacionalidad del país de origen en términos de control, podrían ser consideradas inversionistas extranjeros, independientemente del lugar de registro e incluso si esa persona jurídica se ha registrado en el país anfitrión.

La crítica a este aspecto es que el mismo desconocimiento de personalidad jurídica no se consagra para los efectos de la responsabilidad del inversionista extranjero. En otras palabras, si una persona jurídica es responsable por algún daño ocasionado en el país anfitrión, el país anfitrión no podrá hacer responsable al resto de las personas jurídicas relacionadas con el inversionista extranjera, porque se trata de personalidades jurídicas diferentes e independientes con patrimonios separados y derechos y obligaciones disímiles.

Adicionalmente, la circunstancia que las multinacionales estén compuestas por personas jurídicas de tan variada nacionalidad ha originado cierta práctica abusiva, denominada “escogencia de tratado” o “treaty shopping”, según la cual el inversionista busca el TBI que más le favorece de cara al país anfitrión y registra una persona jurídica en el país contraparte de ese tratado. La inversión extranjera se realiza a través de ese vehículo corporativo, a pesar que esa persona jurídica sea controlada por la casa matriz, la cual está registrada en otro país respecto al cual o bien no existe un TBI con el país anfitrión o bien es uno menos favorable. Peor aún, la persona jurídica a través de la cual se realiza la inversión, pueda que no tenga ningún nexo o presencia comercial significativa con el país en el cual se registra. Sin embargo, de cara al país anfitrión se le considera como inversionista extranjera de la nacionalidad del país de registro y con derecho a la protección que emerge del TBI respectivo. Un ejemplo típico de “escogencia de tratado”, lo constituye la utilización de los TBIs con los Países Bajos.

Igualmente, motivo de crítica ha sido la interpretación amplia de la cláusula de nación más favorecida (NMF), incluida en los TBIs, a los fines de extender una super protección a los inversionistas extranjeros. Según la cláusula NMF, los inversionistas de los Estados partes al TBI tendrán derecho al trato más favorable que se le ofrezca a nacionales de otros países a través de otros tratados. Así, por ejemplo, si en un TBI entre los países X y Z no se otorgó consentimiento a someter disputas a arbitraje, pero el TBI en cuestión contiene una cláusula NMF, y existe otro TBI entre los Estados Z y W donde se otorgó consentimiento a someter las disputas a arbitraje, la interpretación amplia de la cláusula NMF podría ser usada para considerar que el trato otorgado a los inversionistas del Estado W en lo que respecta a sometimiento de disputas a arbitraje, también se debe extender a los inversionistas del Estado X en sus disputas con Z, a menos que se haya hecho reserva expresa en el TBI. Como quiera que hay países como Argentina que ha suscrito 50 TBIs, mediante la utilización de la cláusula NMF, un inversionista

podría estar facultado a lo mejor de cada uno de esos tratados, en una suerte de protección internacional a la medida. Ciertamente es que buena parte de los TBIs contienen más o menos disposiciones similares, al punto que algunos hablan del nacimiento del Derecho Internacional de Inversiones de corte consuetudinario, pero diferencias sutiles persisten, en aspectos tales como lapsos, definición de inversiones, obligaciones de los Estados, entre otras, que de aplicarse la cláusula NMF de manera irrestricta podrían dar lugar a más beneficios a los inversionistas extranjeros en desmedro de los intereses de los países receptores de la inversión.

5.3. Limitaciones a la soberanía

Nadie impone a los Estados que suscriban TBIs sean parte de otros instrumentos de Derecho Internacional de Inversiones. Son los Estados, quienes en pleno uso de su soberanía deciden limitar ciertos aspectos de políticas públicas, con fines ulteriores. Esas limitaciones asumen distintas formas. La más relevante es la relativa a las medidas equivalentes a expropiación.

Los TBIs contienen disposiciones según las cuales todas las medidas que tome el Estado anfitrión que de alguna forma se equiparen a la expropiación, deberán ser realizadas por razones de orden público, de manera no discriminatoria y compensadas de forma adecuada, oportuna y justa. Adicionalmente, en situaciones donde el Estado en uso de sus facultades regulatorias impone multas, impuestos o cumplimiento de requisitos, como por ejemplo ambientales, se ha considerado que se está en presencia de medidas equivalentes a la expropiación. En esos casos, se ha indicado que habrá una expropiación indirecta cuando se haya afectado la esencia del derecho de propiedad, de suerte que se le haya dejado inútil. Sin embargo, la mera existencia de esa limitación de cara a las posibilidades regulatorias del Estado anfitrión crea una carga que en algunos casos puede exceder los beneficios que el país recibe.

Lo mismo se puede decir de las disposiciones de los TBIs según las cuales los extranjeros tendrán derecho a un tratamiento similar a los nacionales en circunstancias similares. La definición de cuándo se está en presencia de circunstancias similares ha sido fuente de constantes disputas. Igualmente, la ambigua disposición de tratamiento justo y equitativo ha sido utilizada para proteger exageradamente al inversionista, llegando incluso al caso en que el sistema judicial del país anfitrión es evaluado por el tribunal arbitral para considerar si el tratamiento dispensado al inversionista fue justo y equitativo. También se ha usado ese criterio para proteger las igualmente ambiguas “expectativas legítimas” de los inversionistas. Tanto más se puede decir de las disposiciones de garantía y seguridad a los inversionistas,

donde el Estado podría ser responsable por daños a la propiedad del inversionista causados por el hampa común. Y no faltaría hacer mención a la cláusula paraguas que dispone que el incumplimiento de una obligación contractual por parte del Estado, también será considerado una violación del TBI, con lo cual se potencia al inversionista con 2 acciones legales de naturaleza distinta en contra del Estado anfitrión: una de naturaleza contractual y la otra derivada del TBI.

Por otro lado, en virtud del Derecho Internacional de Inversiones solo los inversionistas extranjeros tienen del derecho de demandar al país receptor de la inversión ante un tribunal internacional. Los inversionistas privados locales carecen de ese derecho. Y esa discriminación puede ser motivo de malestar nacional o motivar a los nacionales a valerse de formas jurídicas y vehículos corporativos foráneos para poder enfrentar al país receptor en un terreno diferente al de los tribunales locales.

5.4. Procedimientos arbitrales

Hay quienes dicen que el arbitraje internacional de inversiones y el arbitraje internacional comercial se parecen tanto como un león marino se parece a un león de selva: solo en el nombre. Razón no les falta. Los temas con los que lidian los tribunales internacionales de arbitraje de inversión son diferentes de los que tocan a los tribunales internacionales de arbitraje comercial, tanto como lo son las partes. Medidas regulatorias, políticas e intereses públicos, soberanía, derechos de propiedad, entre otros, son temas que se entrelazan con regularidad en los arbitrajes de inversión entre Estados soberanos e inversionistas de nacionalidad extranjera. De ahí las demandas de transparencia y escrutinio público.

Que el concepto de arbitraje ha sido un traje tomado prestado por el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras, no es una exageración. Para los redactores del Convenio del CIADI la idea de tribunales permanentes para resolver controversias entre los Estados y los inversionistas extranjeros podría haber sido ineficiente. El volumen de las controversias que se esperaba no justificaba un órgano judicial permanente. En su lugar se creó una secretaría permanente sin la carga de un tribunal. En aquel momento parecía que el arbitraje era adecuado para las necesidades del naciente Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras.

Pero los tiempos han cambiado. Los asuntos tratados por los tribunales arbitrales de inversión están en constante relación con el derecho internacional público de una manera que no encuentra paralelo en el arbitraje comercial internacional. Los principios de *ius cogens*, la interpretación de los tratados, la responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros, definición de inversión, la interpretación de

la cláusula NMF, la nacionalidad, la cláusula paraguas, las diferentes versiones de expropiación, los estándares mínimos de tratamiento internacional, junto con el estado de necesidad, son algunos de los temas comúnmente tratados por los tribunales arbitrales de inversión.

Si a eso aunamos el argumento que ontológicamente el arbitraje ha sido desarrollado como un mecanismo alternativo a la resolución de disputas por tribunales, tenemos que en materia de inversiones extranjeras los arbitrajes de inversiones se han convertido en el *status quo* para resolución de disputas y no en la alternativa. Esto derivado, sobretudo del hecho que en el Derecho Internacional de Inversiones no existen tribunales permanentes frente a los cuales haya alguna alternativa que buscar. Por ello el objetivo de las críticas al actual sistema internacional de protección de inversiones extranjera -algunas de las cuales han activado reacciones de ciertos Estados soberanos- es justamente buscar una alternativa al actual sistema de arbitraje internacional de inversiones.

La génesis de esas críticas es variada y se encuentra, entre otras, en la duración y costos de los procedimientos arbitrales de inversión. Así, en promedio los arbitrajes toman más de 2 años hasta que se produzca el laudo arbitral. Los gastos y honorarios de los arbitrajes de inversiones son exageradamente altos. Se ha considerado que honorarios por el orden de los US \$ 2 millones están en el rango bajo, con gastos por el orden de los US \$ 400.000 y se han visto casos de honorarios superiores a los US \$ 10 millones, de hecho superiores al monto final acordado en los laudos en beneficio de la parte vencedora¹³.

La designación de los árbitros es un punto de importante crítica. Es usual que los tribunales arbitrales de inversiones estén compuestos por 3 árbitros, donde cada parte designa a uno y luego los árbitros de común acuerdo escogen al presidente del tribunal. Los árbitros en principio no pueden ostentar la nacionalidad de ninguna de las partes, a menos que las partes acuerden lo contrario. En realidad, los árbitros casi nunca se ponen de acuerdo en la designación del presidente del tribunal y como consecuencia la secretaría de CIADI --cuando la disputa se ha presentado ante ese centro-- designa al presidente (aunque de acuerdo a la Convención respectiva, la secretaría de CIADI propone un nombre a las partes para su consideración). Las designaciones, en todos los casos, pueden ser de árbitros que no estén incluidos en la lista de árbitros conformada por CIADI, a la cual cada país signatario ha nominado 4 árbitros. Como consecuencia de ello, tenemos que a pesar que la mayoría de los casos arbitrales tienen a un país en desarrollo como contraparte, la mayoría de los árbitros provienen de Estados Unidos y de Europa, con un porcentaje muy pequeño de árbitros originarios de países en desarrollo. Lo que es peor hay árbitros que son parte de tantos tribunales

13 UNCTAD. "Reform of Investor-State dispute settlement". *IIA issues note*. 2013, n° 3, p. 4.

arbitrales de inversiones bajo CIADI, que coloquialmente se habla de la creación de una suerte de club informal de árbitros de inversiones, al margen de la lista de CIADI, con árbitros que a ratos se desdoblán de su papel principal de abogados frente a otros tribunales arbitrales. He allí la génesis de una de las críticas más robustas a los tribunales arbitrales: su ilegitimidad y apariencia de imparcialidad.

Por otro lado, en contra de los laudos de los tribunales arbitrales de inversión no cabe la apelación. Por ello, con frecuencia las partes hacen uso del mecanismo de nulidad dispuesto en la Convención CIADI, según el cual en ciertos supuestos taxativos se puede pedir la nulidad del laudo, tales como error de constitución del tribunal, exceso de funciones, corrupción, violación grave de norma de procedimiento o carencia de expresión de los motivos en el laudo. Sin embargo, el procedimiento de creación del comité ad-hoc que decide la nulidad es igual de largo y oneroso que la constitución original del tribunal arbitral. En experiencias recientes donde se solicitó la nulidad de un laudo arbitral, el proceso tomó más de diez años hasta el momento cuando el laudo pudo ser ejecutado.

Los laudos arbitrales han sido de distinta naturaleza, algunos relativos a la objeción de jurisdicción, otros relativos a los méritos de los casos. Dentro de los primeros se ha confirmado la jurisdicción en algunas ocasiones y se ha denegado y desechado el arbitraje en otros por razones tales como que la disputa no era legal o no surgía directamente de la inversión, carencia de consentimiento, carencia de nacionalidad o falta de agotamiento de recursos internos.

Dentro de los segundos ha habido laudos arbitrales que han tratado los temas de expropiación, de expropiaciones indirectas, de tratamiento nacional en circunstancias similares, de tratamiento justo y equitativo, de cláusula paraguas y de garantía de protección y seguridad, así como el análisis de las medidas de emergencia económica, entre otros.

En los laudos han prevalecido los Estados en algunas ocasiones y en otras ocasiones los inversionistas. El porcentaje de laudos conocidos es aproximadamente 51% a favor de los inversionistas y 48% a favor de los Estados¹⁴.

Sin embargo, uno de las críticas que también se escucha del lado de los inversionistas es la falta de consistencia por parte de los tribunales arbitrales. Con frecuencia se aplican criterios diferentes a hechos similares. En otras palabras, los precedentes de los tribunales arbitrales, aunque no son obligatorios, tampoco sirven de guía, creando incertidumbre entre todos los usuarios del sistema de arbitraje de inversiones. Ha habido tribunales arbitrales que han llegado a

¹⁴ ICSID Caseload Statistics, 2014-2. [consultada en febrero de 2015]. Disponible en: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20(English).pdf)>.

conclusiones diferentes y hasta opuestas a otros tribunales arbitrales que han analizado hechos similares bajo los mismos o similares TBIs. Así ha ocurrido con los temas de la definición de la cláusula paraguas, el alcance de la cláusula NMF y la definición de la nacionalidad del inversionista cuando se trata de una empresa extranjera propiedad de inversionistas locales.

Del lado de los inversionistas también se ha escuchado crítica sobre la cuantía de los laudos. Cuando los inversionistas han resultado vencedores, con frecuencia los montos de compensación acordados son mucho menos de la mitad de lo solicitado.

Algunas palabras hay que decir en relación a lo dilatado del proceso de toma de decisiones. Una vez concluido el procedimiento los árbitros no tienen fecha límite para la presentación del laudo y con frecuencia toma exagerado período de tiempo conocer de la decisión. Y aunque las partes tienen fechas fatales para la realización de las actuaciones, las mismas no existen para las decisiones de los árbitros.

Los laudos emitidos por un tribunal arbitral de CIADI, cuando son en contra del Estado, se pueden ejecutar en cualquiera de los países signatarios de la Convención. Decisiones de comités ad-hoc en el contexto de demandas de nulidad de laudos arbitrales, han indicado que los laudos son ejecutables incluso si estuviera pendiente la decisión de una nulidad del laudo. Según esas decisiones, la ejecución del laudo solo se podría suspender si el Estado presenta caución por la totalidad del monto acordado en el laudo en un lapso perentorio.

Algunos inversionistas beneficiados por laudos que no han sido ejecutados o incluso antes que hayan sido emitidos los laudos, han vendido sus derechos bajo los arbitrajes a otros inversionistas. A la cual hay que agregar la práctica de financiamiento de los arbitrajes por terceras personas, en algunos casos por fondos de inversión que compartirían un porcentaje de la posible compensación: una suerte de "*pacta cuota litis*". Todo esto ha generado un comercio de los derechos de los inversionistas bajo el Derecho Internacional de Inversiones. Así, los Estados pueden terminar en ocasiones cancelando laudos arbitrales a personas diferentes de aquellas respecto a las cuales se presentó la demanda de arbitraje; personas que podrían no tener la nacionalidad de ninguno de los Estados partes en el TBI o que podrían tener la nacionalidad del Estado anfitrión. Nada en el Derecho Internacional de Inversiones, ni los TBIs, ni en la Convención CIADI impide que las prácticas de cesión de los derechos en los arbitrajes de inversiones sean realizadas.

6. PROPUESTAS DE REFORMAS

Antes de promover reformas, los países han de tomar una decisión

crucial de políticas públicas: se protege a la inversión extranjera en la expectativa que con eso será atraída o no. Si se le protege, quizá convenga implementar medidas e incluso reformas que hagan del sistema algo más justo. Algunas de esas medidas son reactivas y otras son proactivas. Unas tienen que ver con la defensa y otras con la negociación.

6.1. Mecanismo de asesoría

De forma similar a como existe en la Organización Mundial de Comercio (OMC), se podría crear un mecanismo que asesore y asista a los países tanto en la defensa como en la prevención de disputas de inversiones. Así, en materia de defensa los países deben coordinar la defensa de los arbitrajes con acciones legales locales. Con frecuencia las acciones legales en los tribunales locales pueden traducirse en beneficios en los tribunales arbitrales. Por ejemplo, en algunos países los contratos de interés público no pueden ser objeto de arbitraje internacional. Para que un contrato sea declarado de interés público se precisa que haya sido declarado como tal por un tribunal competente. Hecho eso, el tribunal arbitral podría perder la jurisdicción.

La designación de los árbitros se puede hacer de manera coordinada con países que estén en condiciones similares. Con frecuencia se designa árbitros que no conocen el sistema legal del país, ni su cultura y a veces ni siquiera el idioma. Una estrategia coordinada entre países que estén en circunstancias parecidas, puede contrarrestar la práctica perniciosa de designar árbitros que desconocen las realidades de los países partes de la disputa. Igualmente se podrían presentar quejas de varios países ante la secretaría CIADI a los fines que cuando ésta deba designar a los presidentes del tribunal arbitral, designe a árbitros de la lista de países con características equivalentes a las del país parte en la disputa.

El desarrollo de una base de datos de jurisprudencia sobre los casos en que se han tratado las objeciones de jurisdicción es importante. De allí se puede extraer el conocimiento necesario para poder terminar con algunos arbitrajes en la etapa preliminar. Lo mismo se podría decir de la jurisprudencia sobre temas de fondo. Igualmente, el desarrollo de un equipo local de defensa de esos casos es necesario. Argentina ha desarrollado su propio equipo para la defensa de los casos de arbitraje de inversiones. En algunos casos han triunfado y ello les ha permitido ahorrar fondos en los altos honorarios que usualmente se observan en los arbitrajes de inversión.

En términos proactivos, conviene desarrollar iniciativas que impidan el desarrollo de más casos o cuando menos minimicen sus efectos. Así, por ejemplo el desarrollo de una ley de inversiones local que imponga obligaciones a los inversionistas y haga responsables a todo el grupo inversionista, puede ser de utilidad. Igualmente, algunas

iniciativas regionales se han tratado de desarrollar a fin de ayudar a países en desarrollo en la defensa de arbitrajes de inversión. En Centro América se trató de crear un fondo que financie la asistencia técnica legal local, a la par que contribuya a pagar los honorarios de los abogados internacionales cuando haga falta. El problema con esta iniciativa estribó en que los mismos países debían contribuir con recursos propios en la creación del fondo, lo cual probablemente lo hizo inviable.

Igualmente, desde el punto de vista proactivo, una revisión de toda la política de inversión extranjera es crucial. Por ejemplo, los TBIs se pueden renegociar. Las siguientes reformas se pueden incorporar:

- Creación de tribunales de apelación de los laudos arbitrales;
- Condicionar el consentimiento arbitral o no otorgarlo;
- Imponer obligaciones al inversionista, tales como las de responsabilidad social;
- Desconocer la personalidad jurídica del grupo inversionista cuando se cause daño al país receptor;
- Establecer expresamente que el propósito de los Estados y el objetivo del TBI es atraer inversiones en tanto y cuanto sean beneficiosas para el desarrollo del país;
- Negar protección a las inversiones que no sean beneficiosas para el desarrollo o no cumplan con las leyes del país;
- Definir los supuestos de expropiaciones y los de tratamiento injusto y no equitativo.

Los países también podrían limitar el tipo de disputas que pueden ser objeto de disputas. Así lo hizo Ecuador en CIADI, donde expresamente indicó que las disputas relativas a recursos naturales no serían objeto de consideración de los tribunales arbitrales de ese centro.

6.2. Inclusión de fases preclusivas de arreglos amigables y de mediación antes del arbitraje

Esta propuesta consistiría en el desarrollo de disposiciones contractuales, de tratados o legales, según las cuales una vez que haya surgido la disputa, el inversionista y el Estado deberán iniciar dos períodos previos, uno de arreglo amigable y otro de mediación, sin cuyos agotamientos no podrán pasar a la fase siguiente de arbitraje¹⁵. A tales efectos deberán demostrar que intercambiaron comunicaciones que denoten la existencia de una disputa, a partir de cuyas fechas se inicia la fase de arreglo amigable con un tiempo perentorio. Concluida esa fase, sin éxito, las partes podrán iniciar un proceso formal de mediación profesional por determinado período de tiempo. Y solo

¹⁵ How to Prevent and Manage Investor-State Disputes: Lessons from Peru, Best Practices in Investment for Development Series (United Nations, New York and Geneva, 2011) en página 32.

después de concluida la segunda fase, las partes podrán someter la disputa a arbitraje.

A diferencia de lo que ocurre actualmente donde muchos tribunales arbitrales obvian los requisitos previos al arbitraje que existen en muchos tratados de protección de inversión tales, como períodos de arreglos amigables y períodos en tribunales locales, bajo la excusa que ello sería “fútil” o que es un asunto de admisibilidad y no de jurisdicción; en la implementación de esta propuesta se indicaría expresamente -en los instrumentos donde se consagre- que las fases anteriores al arbitraje han de ser agotadas de forma obligatoria.

La ventaja de esta propuesta es que crea condiciones para que las partes se comuniquen, negocien y encuentren soluciones propias o mediadas, a la par que la disputa pueda ser solucionada a bajo costo. Sin embargo, por otro lado, esta propuesta tiene la desventaja que, de no resultar exitosa la negociación y la mediación, tiempo y costos adicionales habrán de ser sumados a las partes contendientes.

6.3. Desarrollo de un mecanismo de apelación de las decisiones de los tribunales que conozcan la disputa de inversiones

Algunas opciones se han propuesta, tales como tribunales permanentes de apelación los cuales revisarían los laudos arbitrales. En esa línea algunos TBIs contienen disposiciones programáticas que abren la oportunidad para que los Estados partes negocien la creación de esos entes. Otra opción podría ser la asignación de la apelación *a dos o tres cortes de apelación en diferentes países suramericanos*¹⁶. Esta opción podría funcionar así: las disputas podrían ser resueltas por un tribunal arbitral como ocurre ahora y mediante tratado se podría establecer que la apelación se podría presentar ante un tribunal internacional especialmente creado o ante las máximas instancias judiciales de países debidamente definidos en el tratado, que sean diferentes a las partes en disputa y ajenos a la controversia, a elección de las partes.

Esta opción tiene la ventaja que provee legitimidad a quienes deciden la disputa; estabilidad al tribunal; consistencia a sus decisiones; neutralidad en la decisión, e incluso, podría rebajar los costos. Una modalidad intermedia es la de consagrar la posibilidad -a través de los mismos tratados en los que se establezca esta modalidad de apelación- de que las cortes que conozcan de estos recursos, puedan estar constituidas con jueces asociados -vale decir designados por las partes- conjuntamente con los jueces titulares.

16 Vid RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. “Vías sustitutivas del arbitraje internacional de inversión (Alternative ways to international investment Arbitration)”. *Quinto Día* [en línea]. 2012. Disponible en: <<http://www.quintodia.net/pais/2473/vias-sustitutivas-del-arbitraje-internacional-de-inversion>>.

Las ventajas de la aplicación de este sistema es hacerle perder al inversionista el temor por la falta de imparcialidad de los jueces nacionales, ya que los tribunales se constituirían con juristas independientes. Paralelamente, una decisión de un tribunal de otro país, será más fácil de aceptar por parte del Estado a los efectos de una ejecución voluntaria.

Una desventaja obvia es que los jueces podrían no conocer el Derecho aplicable a la disputa.

6.4. La creación de un tribunal de inversiones regional

Los tribunales permanentes de inversiones se crearían a través de acuerdos internacionales y estarían compuestos por jueces. Una modalidad sugerida para estos tribunales permanentes es que los jueces formen diferentes tribunales en un centro a los cuales las demandas podrían ser asignadas al azar, apartándose de esta manera, del sistema de árbitros postulados por las partes¹⁷. Esto aseguraría en caso de un conflicto de intereses que se elija a otro juez del centro. Los jueces serían designados a los tribunales previamente por el centro de resolución de conflictos y serían activados con la presentación de una reclamación. Jueces suplentes también podrían ser nombrados para hacerse cargo cuando, debido a los conflictos de intereses u otros motivos, un juez no pueda ser parte de un tribunal. Por lo tanto, los jueces no serían excluidos de la realización de otras actividades profesionales antes de ser asignados a un caso. Honorarios serían recibidos por los jueces sólo por los casos en que participen, evitando así gastos innecesarios en salarios de jueces.

El formato utilizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede ser una fuente de inspiración. Los miembros son nombrados por un período de tiempo y los casos se asignan de acuerdo a las reglas internas. Los jueces de la misma nacionalidad de las partes en litigio quedarían inhibidos automáticamente.

Por supuesto, las personas designadas para el tribunal de inversión tendrían que cumplir con ciertos requisitos éticos y profesionales, como tener un conocimiento suficiente del Derecho Internacional de Inversiones. Esta estructura garantiza tanto que los inversionistas estén satisfechos con el nivel de competencia de los jueces y que los Estados estén satisfechos con la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del marco de resolución de las disputas.

Los tribunales permanentes de inversión podrían funcionar en el marco de un centro o entidad internacional ad hoc. El centro en el

¹⁷ NOWROT, Karsten. "International Investment Law and the Republic of Ecuador: from arbitral bilateralism to judicial regionalism". *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. 2010, p. 46.

que se alojen los tribunales podría ser administrado por una secretaría permanente, que podría tener también responsabilidades de promoción y educación sobre el funcionamiento y la estructura de los tribunales y de los recursos disponibles en el mismo. La secretaría también podría tener responsabilidades en la promoción del uso del centro de vis-à-vis los Estados y los inversionistas, y abogar por el consentimiento para someter las controversias de inversión a estos tribunales.

Teniendo en cuenta la tendencia de utilizar otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, el centro también podría prestar servicios de mediación y conciliación a través de profesionales (diferentes de los jueces). Alentar el uso de estos mecanismos podría ser una buena manera de promover los beneficios del centro y el potencial uso de sus tribunales permanentes de inversión.

Las partes en disputa tendrían la opción de decidir o no resolverla ante esos tribunales permanentes de inversión. Y el consentimiento del Estado se concedería, como ahora, a través de tratados, leyes, notificaciones o presentación de los reclamos.

Los tribunales permanentes de inversión podrían ser financiados por los Estados, como lo hacen en la OMC o en otros tribunales permanentes regionales. En perspectiva, muchos Estados podrían comparar la cantidad pagada en los costos del arbitraje de inversión frente a los costos de financiación de los tribunales permanentes, tal vez dando un resultado favorable a estos últimos.

Al principio, estos tribunales probablemente hayan de competir con los tribunales de arbitraje a los que ya se ha concedido el consentimiento. Pero con el tiempo y en la medida que la reputación de estos nuevos tribunales evolucione, estarán en condiciones de atraer más reclamos. Además, en virtud de futuros tratados, los Estados podrían formalmente otorgar su consentimiento para someter las controversias a los tribunales en forma exclusiva o alternativa¹⁸.

Los inversionistas a su vez estarían motivados a buscar a un tribunal de inversiones permanentes por razones de neutralidad, coherencia, previsibilidad y menores costos.

Cabe destacar que la idea de tribunales de inversión permanente en Derecho Internacional de Inversiones tiene un precedente en el Acuerdo Unificado para Inversiones de capital árabe en los Estados árabes¹⁹. Este acuerdo establece una Corte de Inversiones árabe que se compone de al menos cinco jueces y varios miembros de la reserva, cada uno con una nacionalidad árabe diferente, que son elegidos por un órgano superior, el Consejo, a partir de una lista de especialistas

¹⁸ GARCIA-BOLIVAR, Omar E. "Has the time arrived for permanent investment tribunals?" *International Investment Law* [en línea]. Disponible en: <http://works.bepress.com/omar_garcia_bolivar/15>.

¹⁹ LEAGUE OF ARAB STATES. "Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States". In: *Economic Documents n° 3*. Tunis: League of Arab States, 1982.

jurídicos árabes elaborados específicamente para tales propósito; dos de éstos han de ser nombrados por cada Estado Parte de los que tienen las calificaciones académicas y morales para asumir posiciones jurídicas de alto rango. El Consejo nombra al presidente de la Corte de entre los miembros de la Corte. Los miembros de la Corte sirven por períodos renovables de tres años a tiempo completo, cuando el trabajo lo requiere.

La creación de tribunales de inversión permanentes podría parecer una tarea titánica en el momento que requiere consenso político y maniobras diplomáticas de muchos Estados. Sin embargo, el consenso no tendría que ser universal: un tribunal de inversión podría comenzar como una iniciativa multilateral o regional, con un mecanismo de ingreso para los Estados que deseen unirse.

En América del Sur actualmente, existen 21 acuerdos internacionales de inversión entre los países de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela; 4 acuerdos internacionales de inversión entre los países que son miembros del ALBA, la Alternativa Bolivariana para las Américas, que comprende Antigua y Barbuda, Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, San Vicente y las Granadinas, y Venezuela, y 4 de inversión internacional acuerdos entre países que son miembros del mercado común de América del Sur, MERCOSUR, que comprende Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Un tribunal de inversiones regional podría estar formado, por ejemplo, por la UNASUR, por ALBA o por el MERCOSUR.

Actualmente esta es la propuesta que pareciera estar recibiendo más apoyo en el ámbito diplomático de algunos países de América del Sur y la que posiblemente tenga más fortalezas de encarar el asunto clave: un foro neutral, profesional y estable para resolución de las disputas de inversiones²⁰.

CONCLUSIÓN

El actual sistema de protección internacional de inversiones extranjeras cumplió un ciclo. Son muchas las voces que claman por cambios y muchas las acciones de los Estados cada vez más concretas hacia un nuevo orden de cosas.

Que el actual sistema haya sido beneficioso en su momento, no se discute. Que haya tenido la bondad de evolucionar de un sistema donde intereses políticos podían llevar a resultados no deseados, tampoco se

20 Vid, Protocolo Constitutivo del Centro de Mediación y Arbitraje de la Unión de Naciones Suramericanas "UNASUR" en materia de inversiones. Disponible en: <<http://www.unasursg.org/uploads/4f/d0/4fd027384196e5e0073e36cf76cfc6d/Protocolo-constitutivo-Centro-de-Mediacion-y-Arbitraje-en-materia-de-inversion.pdf>>.

discute.

El asunto a debatir es cómo hacer que ese sistema migre a uno que sea balanceado y ajustado al nuevo devenir. Uno donde las decisiones de los Estados puedan ser revisadas de forma legítima, neutra e independiente, en tanto se tengan en cuenta las obligaciones de los inversionistas de forma grupal y no como *collage* de muchas personas jurídicas de diversas nacionalidades.

En ese *continuum* son muchas las propuestas que se pueden hacer. Algunas han sido mencionadas aquí. De ellas la creación de tribunales permanentes de inversión parece encomiable. En América Latina un tribunal de esa naturaleza puede extenderse a más de 29 acuerdos internacionales de inversión y por lo tanto, abrir la posibilidad para que inversionistas de varios Estados de la región tengan otro foro para resolver las disputas de inversiones de un valor superior a los US \$ 292 mil millones²¹.

Sea como fuere, lo significativo es que ante la crisis del sistema internacional de solución de disputas de inversiones, la creatividad se impone en aras de la equidad y del desarrollo sostenible social y económico de los pueblos del mundo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. "Sovereignty vs. Investment protection: back to Calvo?" *ICSID Rev.* 2009, n° 2, p. 446.

GARCIA-BOLIVAR, Omar E. "Has the time arrived for permanent investment tribunals?" *International Investment Law* [en línea]. Disponible en: <http://works.bepress.com/omar_garcia_bolivar/15>.

ICSID. Caseload Statistics, 2014-2 [consultada en febrero de 2015]. Disponible en: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20(English).pdf)>.

ICSID. *Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones*. (10 Sept. 1964), 1 U.S.T. 1270, 4 I.L.M. 524. Disponible: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf> [consultada en febrero de 2015].

LEAGUE OF ARAB STATES. "Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States". In: *Economic Documents n° 3*. Tunis: League of Arab States, 1982.

NACIONES UNIDAS. *Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, 12 de diciembre de 1974. Resolución 3281 (xxix) de la Asamblea General de la ONU* [en línea]. [consultada en febrero de 2015] Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/353/57.pdf>>.

NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los*

21 El monto de la inversión extranjera directa en 2013 en esa región. Ver UNCTAD. *World Investment Report 2014*. New York and Geneva, 2014. p. 62 [consultada en febrero de 2015]. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>.

Tratados, artículo 31. [consultada en febrero de 2015]. Disponible en: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>>.

NOWROT, Karsten. “International Investment Law and the Republic of Ecuador: from arbitral bilateralism to judicial regionalism”. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. 2010, p. 46.

SACERDOTI, Giorgio. “Is the party-appointed arbitrator a “pernicious institution”? A reply to Professor. Hans Smit”. *Columbia FDI Perspectives*. 2011, n° 35.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. “Vías sustitutivas del arbitraje internacional de inversión (Alternative ways to international investment Arbitration)”. *Quinto Día* [en línea]. 2012. Disponible en: <<http://www.quintodia.net/pais/2473/vias-sustitutivas-del-arbitraje-internacional-de-inversion>>.

SCHILL, Stephan W. “The public law challenge: Killing or rethinking international investment law?”. *Columbia FDI Perspectives*. 2012, n° 58.

SMIT, Hans. “The pernicious institution of the party-appointed arbitrator”. *Columbia FDI Perspectives*. 2010, n° 33.

SORNARAJAH, M. “Evolution or revolution in international investment arbitration? The descent into normlessness”. In: BROWN, Chester and MILES, Kate (ed). *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 631-657.

UNCTAD. “Reform of Investor-State dispute settlement”. *IIA issues note*. 2013, n° 3, p. 4.

UNCTAD. *World Investment Report 2014* [en línea]. New York and Geneva: UNCTAD, 2014. p. 62 [consultada en febrero de 2015]. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>.

VAN HARTEN, G. “A Case for International Investment Court” [en línea]. In: *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008 Paper*, (June 30 2008). [consultada febrero de 2015]. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424>.

VAN HARTEN, Gus. “The (lack of) women arbitrators in investment treaty arbitration”. *Columbia FDI Perspectives*. 2012, n° 59.

PREVENCIÓN DE LAS DISPUTAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

PREVENÇÃO DAS DISPUTAS INTERNACIONAIS DE INVERSÃO

Luis A. González García*

Resumen: *El costo de los arbitrajes de inversión para la mayoría de los países en Latinoamérica es alarmantemente alto. En el aspecto financiero, los costos de procedimiento ascienden los millones de dólares y el riesgo de tener que pagar cientos de millones o incluso billones de dólares en materia de daños compensatorios. En el aspecto regulatorio el arbitraje de inversión no ha funcionado como instrumento de corrección en la toma de decisiones gubernamentales. Por estas razones, es tiempo para los países de la región de re-direccionar su política de atracción y protección a la inversión extranjera hacia la prevención de disputas internacionales en materia de inversión. El presente artículo propone una serie de mecanismos de colaboración y transparencia en las instituciones públicas. Estos mecanismos de prevención no deben ser sustitutos del arbitraje de inversión. El arbitraje inversionista-Estado debe verse como una herramienta más –y no la solución– de los gobiernos latinoamericanos en el fortalecimiento del estado de derecho y la seguridad jurídica en las relaciones económicas de los países.*

Resumo: *Os custos das arbitragens de investimento são, para a maioria dos países da América Latina, alarmantemente altos. Nos aspectos financeiros, os custos de procedimento superam milhões de dólares e há o risco de se ter que pagar centenas de milhões - ou inclusive bilhões - de dólares por danos compensatórios. No aspecto regulador, a arbitragem de investimentos não funciona como instrumento de correção na tomada de decisões governamentais. Por estas razões, o tempo para que os países da região possam redirecionar sua política de atração e proteção ao investimento estrangeiro vai até a prevenção de disputas internacionais na matéria de investimentos. O presente artigo propõe uma série de mecanismos de colaboração e transparência nas instituições públicas. Estes mecanismos de prevenção não devem ser substitutos da arbitragem de investimento. A arbitragem investidor-Estado deve ser analisada como uma ferramenta mais - e não como solução- para os governos da América*

* Matrix Chambers, Londres. E-mail: LuisGonzalezGarcia@matrixlaw.co.uk

Latina no fortalecimento do Estado de Direito e da segurança jurídica nas relações econômicas dos países.

Palabras clave: Atracción a la inversión, Prevención, Alerta temprana

Palavras-chave: Atração de investimento, Prevenção, Alerta precoce

1. EL PROBLEMA CON LA SUSCRIPCIÓN DE TRATADOS DE INVERSIÓN

El arbitraje de inversión contenido en los tratados de promoción y protección a la inversión o tratados bilaterales de inversión (“TBI”) permite que los nacionales de un país exportador de capital cuenten con acceso directo al arbitraje internacional solo si el Estado incumple con estándares mínimos internacionales de protección a las inversiones extranjeras conforme al derecho internacional. El Estado receptor, por su parte, ávido de capital extranjero y no necesariamente con las mejores credenciales o historial ante la comunidad internacional en materia de estabilidad económica, política y jurídica (normalmente un país en vías de desarrollo) le conviene y acepta el pacto de someterse a la jurisdicción internacional toda vez que es la manera más rápida y menos costosa para un país (especialmente en vías de desarrollo) de mejorar su reputación hacia el exterior como un país “amigable” a la inversión extranjera. Llevar a cabo una reforma judicial, de desregulación económica, competitividad, reforma y fortalecimiento de las instituciones públicas con mayor transparencia en su actuar no sólo tiene un desgaste político interno importante, sino requiere tiempo y asignación de recursos considerables. El TBI parece ser la alternativa ideal de generar la reputación deseada que atraiga capital extranjero.

El suscribir o no un TBI, no es más que un proceso de costo-beneficio que realiza todo Estado. Los Estados que suscriben tratados de inversión no le temen restringir su soberanía y someter sus actos al escrutinio de un tribunal internacional. De hecho, en algunos casos, lo fomentan. Esto es porque el Estado considera a un TBI como instrumento de política pública no sólo en cuestión de reputación sino que ayudará a inducir estabilidad en las relaciones económicas y despolitizar las decisiones en los proyectos de inversión. Es decir, es un compromiso del Estado a conducirse frente a inversionistas extranjeros de manera no discriminatoria y conforme al estado de derecho. En caso de no hacerlo, sigue la lógica, el Estado se obliga a pagar una indemnización por los daños económicos ocasionados por la conducta arbitraria. Este compromiso del Estado garantiza que no importa qué fuerza política esté en poder las reglas de juego ofrecidas al inversionista

no será cambiadas de manera arbitraria. Ello tendrá como consecuencia natural el mejoramiento de la toma de decisiones del gobierno. Si no lo logra a través de la mera suscripción del TBI, lo hará a través del laudo arbitral. Así, aún si la mera existencia de una obligación internacional no es respetada en su momento por el Estado, por ejemplo, la obligación de no discriminar al extranjero, habrá un tribunal internacional que ayude a poner la casa en orden porque mediante la emisión de un laudo arbitral pondrá en evidencia el comportamiento irracional de un órgano o institución del Estado. A contrario de lo que se pudiera pensar, exhibir la conducta arbitraria de una autoridad no es necesariamente un punto negativo para el Estado. Por el contrario, el Ejecutivo u otros órganos lo utilizarán como una herramienta para que sus instituciones y demás instituciones públicas aprendan del error y corrijan su actuar para el futuro. En el interior de las estructuras de gobierno, un laudo será un instrumento de corrección, prevención y aprendizaje para las instituciones de qué hacer y no hacer en la toma de decisiones futuras en situaciones similares. Así, el esquema de protección a la inversión establecido en los TBI es uno donde –por lo menos en teoría– el beneficio es mayor que el costo. El inversor se protege, se despolitiza la disputa de inversión, se fortalecen los lazos de cooperación entre Estados, aumentan las oportunidades de negocio entre los países, mejora la reputación del país en vías de desarrollo, se fortalece el estado de derecho, se mejora la gobernabilidad del país dando por resultado, al final del eslabón, el desarrollo económico esperado del país.

De esta manera, al suscribir un TBI puede llegarse a pensar que el Estado envía un mensaje alentador de seguridad jurídica al capital extranjero en un mundo donde la competencia por la atracción a la inversión entre los países en desarrollo es cada vez más intensa. El TBI debía —para algunos— funcionar como un instrumento de atracción a la inversión. Por lo menos, eso se pensaba en los 1990s.

El problema es que el sistema no ha producido los efectos esperados. El costo ha sido mayor que el beneficio. El hecho es que la suscripción de los tratados de inversión no ha sido la herramienta importante que algunos países esperaban. Cada vez hay más voces que confirman que no hay una correlación entre el aumento de la inversión extranjera directa y la suscripción de los tratados. Es más factible que la reputación y atracción de la inversión extranjera provenga de muchas otras fuentes como, por ejemplo, la membrecía a la OMC; los vínculos con bloques comerciales; el acceso a mercados internacionales, la apertura de ciertos sectores a la inversión privada, el clima laboral, infraestructura, los recursos naturales, capacidad de consumo interno y la apertura a la inversión extranjera de sectores estratégicos, entre otros. La conclusión es que no hay evidencia que los tratados hayan propiciado un aumento de los flujos de inversión en los países en desarrollo.

Lo que ha venido en aumento a consecuencia de los tratados es el número de disputas internacionales en materia de inversión. Los arbitrajes de inversión cada vez son más complejos, largos y costosos¹. Sólo en costos de procedimiento, un arbitraje le puede costar al Estado millones de dólares. En materia de daños compensatorios, los países del Mercosur están bajo el riesgo potencial de tener que pagar cientos de millones o incluso billones de dólares. Esto es causa de alarma en la región ya que la mayoría de países de Latinoamérica enfrentan no uno sino múltiples arbitrajes de inversión a la vez. En muchos casos los montos de daños reclamados equivale al presupuesto anual del Estado en materia de seguridad, educación o de salud. Para cualquier país incluso los desarrollados, los costos de defender un caso en un arbitraje de inversión son excesivos. La situación se agrava si observamos que la mayoría de los países demandados son economías relativamente pequeñas. Esto es preocupante.

Los arbitrajes internacionales no sólo absorben recursos económicos sustanciales sino que tampoco han logrado ayudar a corregir la toma de decisiones de las autoridades. Peor aún, el arbitraje – en particular el laudo desfavorable para el Estado- no ha coadyuvado al fortalecimiento del estado de derecho ni han mejorado la comunicación o cooperación entre los diversos órganos y entidades de los gobiernos. Los mismos errores en la toma de decisiones gubernamentales tienden a repetirse una y otra vez aún en los casos en los que ha sido involucrado el mismo ministerio y con el mismo tipo de proyectos de inversión. Este fue el caso de México en los casos que involucró la autoridad federal del medio ambiente. Un análisis de los casos muestra que a pesar de contar con decisiones que critican y sancionan el actuar de las autoridades, los Estados continúan actuando de la misma manera frente a los inversores: incapacidad en la manera de enfrentar los problemas socio-políticos de la comunidad o de sectores sociales vulnerables; y una incongruencia del Estado en el ejercicio de sus facultades discrecionales de regulación. Por otro lado, los Estados que enfrentan reclamaciones internacionales continúan sufriendo de una escasa comunicación y cooperación entre las instituciones y órganos de los diferentes niveles de gobierno en la prevención y solución de los conflictos y problemas con inversores.

La pregunta fundamental que los países de Latinoamérica tienen que plantearse es cómo lograr los objetivos trazados de atracción y protección a la inversión, se minimice el riesgo potencial del pago de cientos de millones de dólares en compensación y que ayude a fortalecer

¹ Costos del arbitraje se refieren a aquellos costos que se incurren como resultado de la existencia de una disputa, incluidos los costos directos (los gastos del procedimiento arbitral, incluidos los gastos y honorarios de la secretaría y asistentes del tribunal, servicios de interpretación y traducción, honorarios y gastos de los árbitros, honorarios y gastos de la consultoría externa, pago de honorarios y gastos de expertos, consultores y peritos) y costos indirectos como salarios y gastos de viaje de los funcionarios públicos asignados a la disputa.

el estado de derecho? La solución al problema es mantener un sistema costo-beneficio de atracción y protección a la inversión. El arbitraje no debe verse como la solución última al problema de protección a la inversión. Lo que se requiere es un cambio de dirección hacia la prevención de las disputas internacionales.

2. LA IMPORTANCIA DE LA PREVENCIÓN

El costo-beneficio

Un mecanismo de prevención de disputas es una actividad económica y política de gran importancia. Primero porque minimiza el riesgo de arbitrajes y segundo fortalece la toma de decisiones gubernamentales.

El arbitraje tiene repercusión de índole económica, jurídica y político para el Estado. Por un lado, el arbitraje absorbe recursos económicos importantes del Estado; no es mecanismo de solución de controversias accesible a todo inversor; y corre el riesgo de erosionar las relaciones entre las instituciones de gobierno e impedir la ejecución de las políticas de gobierno según un determinado plan de gobierno. Al evitar en la medida de lo posible recurrir al arbitraje se reducen los costos del Estado destinados a la defensa de los arbitrajes; se evita pagar sumas cuantiosas por pago de daños; se reducen los costos y riesgos políticos y sociales que conlleva mantener una disputa de inversión en sectores sensibles para el Estado como por ejemplo en materia de salud, medio ambiente, recursos naturales y servicios públicos. Segundo, porque un esquema de prevención crea y fortalece los canales de comunicación entre las entidades de gobierno y facilita el entendimiento y cooperación entre las mismas. Al mantener un esquema de cooperación interinstitucional en donde diversas agencias formulan sus observaciones, tiene como resultado un mejoramiento en el ejercicio de toma de decisiones de las autoridades. Bajo un esquema de mayor transparencia, comunicación y cooperación gubernamental, el sistema de gobernabilidad mejorará y por ende se generará un clima favorable para la inversión.

En suma, los beneficios de la prevención de disputas son indiscutibles. La prevención pone énfasis en los procesos de cooperación, colaboración, participación pública y transparencia en las autoridades públicas. Entre más se fortalezcan estos procesos pre-litigiosos en el interior de los gobiernos, mejor serán atendidas las necesidades e intereses de las partes interesadas en conflictos relativo a un proyecto de inversión. Más aún, mantendrá las buenas relaciones con el inversor y abrirá futuras oportunidades de inversión.

3. LAS CAUSAS QUE ORIGINAN LAS DISPUTAS DE INVERSIÓN

Para prevenir una disputa es necesario entender las causas que la generan. Obviamente, entender el origen de las disputas de inversión es una tarea complicada ya que cada proyecto de inversión tiene particularidades únicas que no se replican en otras áreas como por ejemplo las disputas en materia de construcción o transporte marítimo. Sin embargo, en casi todas las disputas internacionales de inversión podemos encontrar por la combinación de algunos de los siguientes escenarios.

El inversor y la autoridad mantienen una compleja relación en donde ambas partes persiguen intereses –en cierta medida– opuestos. Por un lado, el inversor tratará de maximizar sus ganancias al menor costo y en el menor tiempo. Para ello tratará en lo posible que la interferencia del Estado en su operación económica sea mínima. Por otro lado, el Estado estará interesado en salvaguardar el interés público por lo que estará propenso a interferir en la operación si es necesario. A mayor interferencia del Estado en la actividad económica del país, mayor la posibilidad de conflicto de intereses.

Por ejemplo, en proyectos de inversión en los sectores de infraestructura, turístico, extracción de recursos naturales, prestación de servicios públicos y medio ambiente, los proyectos involucran inversiones de larga duración, alto riesgo, inyección de capital importante y una operación fuertemente dependiente de una intensa regulación y supervisión del Estado. Los proyectos en estos sectores por lo general involucran tres etapas. La primera el diseño y licitación pública del proyecto. En esta etapa, la mayoría de los proyectos involucrarán la participación de empresas extranjeras que quizá sea la primera vez que invierten en ese país y por lo tanto desconocen la cultura, prácticas y regulaciones de ese país. Por su parte, el Estado lanzará el proyecto de inversión normalmente como parte de un plan de gobierno y por lo tanto dicho proyecto deberá llevarse a cabo mientras dicho gobierno esté en poder de otra manera no podría garantizarse la continuidad del proyecto ni podrá ser presentado como un logro de ese gobierno. El tiempo no es un aliado del gobierno. El proyecto sigue su marcha sin que la comunidad en la que el proyecto se desarrolle haya sido consultada debidamente sobre el alcance, impacto y repercusiones del proyecto en la comunidad. Inicia un proceso de licitación. Los gobiernos por ley normalmente licitarán a aquel que ofrezca el precio más bajo. Ello significa que no necesariamente se le otorga a la empresa con mejores credenciales sino a la que ofrece el precio más barato. En este caso, los funcionarios públicos responsables del proyecto y de la licitación están consientes de que había mejores opciones en la mesa. Una licitación pública sea por invitación o abierta genera fuerte presión para la

autoridad gubernamental. Aquella autoridad que licite será sujeta a posibles acusaciones de corrupción. Las acusaciones pueden venir de la oposición (fuerzas políticas) o la sociedad civil. Entre menos existan mecanismos de transparencia y auditoría hacia el interior del gobierno, las acusaciones sobre la comisión de irregularidades o corrupción aumentarán. En muchos casos será una cuestión de percepción de la opinión pública aún y cuando no haya fundamentos para ello.

Esto lleva a la segunda etapa del proyecto que es la negociación y suscripción de los contratos u otorgamiento de las licencias. Ya que el Estado ha licitado al precio más bajo y quizá convencido que puede ser sujeto a críticas por la sociedad civil, además de que quizá había mejores empresas que la que realmente ganó, la autoridad gubernamental que licita asegurará que los contratos contengan cláusulas de estricto y más alto cumplimiento por parte del operador. No son contratos que distribuyen el riesgo de manera equitativa. Así por ejemplo el riesgo de la operación correrá totalmente a cargo del inversionista y se incluirán cláusulas rigurosas de vigilancia, inspección, sanción y terminación del proyecto en caso de incumplimiento. En contraprestación, el operador negociará en el contrato una cláusula que le permite un margen de discreción para ajustar el precio del producto o servicio una vez en operación el proyecto de inversión. Esta etapa y por la magnitud de estos proyectos, se efectúa la firma de diversos protocolos, contratos y subcontratos no con una sino con diversas entidades del gobierno central y local a diferentes niveles de gobierno. Así, un solo proyecto puede involucrar la firma de compromisos por uno o varios ministerios, involucrando la firma de diversos funcionarios de diferentes agencias e instituciones y la creación de comités, subcomités y consultorías externas para la operación y supervisión del proyecto.

El éxito de la operación del proyecto de inversión dependerá en gran medida, no tanto de las reglas sino de los individuos que promovieron y negociaron el proyecto de inversión y las relaciones personales que se generen, por un lado, entre la autoridad y el inversor y, por el otro, entre las instituciones de gobierno. Un cambio de gobierno donde los individuos responsables de proyecto son reemplazados, se corre el riesgo de que la relación con el inversor se vea afectada. Hay una pérdida de confianza. El hecho de que un determinado proyecto de inversión sea impulsado como parte de un programa de un gobierno pudiera convertirse para el inversor de una bendición a su peor maleficio. Un cambio de gobierno de la oposición pudiera tener un efecto negativo en la viabilidad de la operación del proyecto de inversión.

La tercera etapa es la operación del proyecto de inversión. La manera en cómo un experimentado y sofisticado inversor extranjero opera con éxito en su país de origen no necesariamente se replicará en otro país con una cultura, idioma, nivel de bienestar social diferente

y claridad en la regulación al de su país de origen. La manera de conducir una actividad empresarial no necesariamente funcionará de un país a otro. En muchos casos, los conflictos que afectan proyectos de inversión internacionales se focalizan en sectores poco regulados o muy regulados pero con poca supervisión o aplicación estricta de la ley en el país receptor de la inversión. Con escasa o nula regulación se dificulta el actuar del Estado porque la escasa regulación se traduce en compromisos o autorizaciones ambiguas o de difícil cumplimiento dadas la ambigüedad de la ley o las restricciones constitucionales o atribuciones de la administración pública central y local. Por otro lado, ello lleva a que la regulación y normativa evoluciona al mismo tiempo que la operación de la inversión. No es extraño observar cómo algunos proyectos inician operando de manera paralela con la adopción de nueva regulación tales como leyes, reglamentos, reglas de operación, manuales y lineamientos de operación. Esto inevitablemente aumenta el riesgo de conflictos entre el operador y la autoridad. Aunado a estos problemas, algunos sectores como el de medio ambiente quizá esté debidamente regulado o incluso regulado en exceso pero el problema radicará no en la falta de normativa sino en la escasa o nula aplicación y vigilancia en el cumplimiento de la misma. Ello permite que el inversionista relaje sus estándares de cumplimiento de las condiciones de la operación. Entre menos aplicación estricta a la ley el inversor llevará una tendencia a seguir relajando el cumplimiento de la normativa. Ello llevará a que un nuevo gobierno que observe este comportamiento y aún y cuando no sea severo el incumplimiento de la normativa aplicará sus facultades discrecionales para incluso dar por terminado el proyecto de inversión.

Por otro lado, el riesgo de un conflicto relacionado con una inversión aumentará si el proyecto de inversión afecta o involucra los derechos de sectores vulnerables como lo son comunidades indígenas o históricamente marginadas. El impacto de la explotación de recursos naturales en áreas donde se localizan las comunidades vulnerables ha tenido un impacto considerable en los arbitrajes de inversión. Estos han sido algunos de los factores y condiciones propensos a un conflicto de inversión. No importa el monto ni la magnitud del proyecto de inversión. Estos factores son comunes en la mayoría de los casos de inversión que involucran a países en desarrollo. Entre más sea el impacto del proyecto de inversión, mayor será el escrutinio de la sociedad civil y mayor el riesgo de una disputa. El riesgo aumenta cuando el inversor incurre en actos de corrupción durante la etapa de obtención de los permisos y concesiones o falsea información a la autoridad.

Solo si se entienden estos factores y elementos que causa un arbitraje de inversión se podrán tomar acciones preventivas que ataquen la raíz de los problemas de los proyectos de inversión.

4. LA PREVENCIÓN COMO RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO

No es interés ni del Estado ni del inversor recurrir al litigio internacional en disputas o conflictos que enfrenten en relación con un determinado proyecto de inversión. Por el contrario, es en el interés de ambas partes lograr una solución legal satisfactoria que convenga a todas las partes interesadas. Los tratados de inversión contemplan incluso la solución amistosa a través de consultas y negociación. Sin embargo, el hecho que sea interés de ambas partes llegar a una solución amistosa no debe interpretarse como un mero anhelo de la función pública. Cualquier orden constitucional y del funcionamiento de la administración pública de cualquier país tiene incorporado, sea implícita o explícitamente, el principio básico de cooperación. Este principio tiene su base en la entendido que cada gobierno es más eficiente, eficaz y consiente de las necesidades del gobernado cuando los funcionarios con capacidad de emitir actos de gobierno actúan en forma colaborativa. Una parte importante del trabajo colaborativo y coordinado de un gobierno es evitando futuros problemas o conflictos de manera constructiva. Este es un elemento inherente en el proceso de la toma de decisiones y de hacer política de un gobierno.

En ese sentido evitar el litigio es una obligación implícita del funcionario público. Las instituciones del Estado, en general, deben procurar en todo momento prevenir las disputas o conflictos con los gobernados. El objetivo de cualquier acto de autoridad es tomar en cuenta los intereses de todas las partes interesadas, valorar las implicaciones, reducir el riesgo del litigio y balancear los intereses en juego. Todas las instancias pre-litigiosas deben ser agotadas. Presentar alternativas de solución en cualquier situación de conflicto debe ser parte de la cultura de la autoridad. Desgraciadamente la prevención no es vista como una obligación positiva por muchos funcionarios públicos. Se percibe más como un anhelo, probablemente conveniente pero no asumido como una obligación positiva del servidor público. La percepción es equivocada. La prevención –incluida o no esta palabra mágica en el estatuto o reglamento interno de la estructura orgánica de la administración pública– debe el funcionario público asumirla como una obligación implícita en sus atribuciones. Esto es todavía más evidente para los ministerios que tienen dentro de sus facultades vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado en materia de inversión.

5. ¿ES FACTIBLE UN ESQUEMA NACIONAL DE PREVENCIÓN DE DISPUTAS DE INVERSIÓN?

Importa poco si el mecanismo de prevención tiene por objetivo evitar conflictos armados, ambientales, laborales o de inversión. Cualquier fórmula de prevención que involucre gobiernos enfrenta obstáculos institucionales y de operación. Esto es porque cada país tiene estructuras y mecanismos propios lo que hace que cualquier esquema nuevo tendría que ajustarse a la estructura ya existente. Lo que pudiera ser factible para un país pudiera no funcionar para otro. Para que funcione un modelo de prevención regional éste debe ser lo suficientemente flexible basado en ciertos principios básicos para que pueda ser incorporado en el trabajo diario de las estructuras, procesos e instituciones ya existentes hacia el interior de los gobiernos.

El éxito de una fórmula de prevención se logra mediante la identificación de actividades que vayan a la raíz del problema que origina una reclamación internacional de inversión. Es necesario igualmente reconocer las limitaciones prácticas que tienen los Estados para implementar mecanismos de acción preventiva. Es fundamental que ningún programa o sistema de prevención viole los límites y atribuciones constitucionales de cada entidad y órgano del Estado.

Otro elemento importante de cualquier sistema de prevención de inversión es que tiene que dirigirse a todo conflicto o problema relacionado con una inversión privada independiente de la nacionalidad del inversor. Así, ya sea un nacional o extranjero el esquema no debe discriminar. Cualquier inversor privado debe tener acceso a los mecanismos de prevención y cualquier autoridad gubernamental debe trabajar en la prevención por igual, sin distinción de nacionalidad. Esto es por razones prácticas y jurídicas. Primero, como una cuestión práctica, un esquema que sólo esté dirigido a la prevención de disputas para inversores extranjeros resulta ineficaz porque el objetivo debe ser mejorar los esquemas de coordinación y de toma de decisiones gubernamentales independientemente de la nacionalidad del actor económico involucrado. Segundo, resulta prácticamente imposible conocer la verdadera nacionalidad de un inversor. Pudiera ser que el inversor mantenga una inversión en el país con mayoría de acciones nacionales y sin embargo la empresa esté controlada directa o indirectamente por no nacionales. La autoridad por lo general desconocerá la verdadera nacionalidad y para el objetivo que se pretende lograr en la prevención que es mejorar la toma de decisiones gubernamentales, la distinción de nacionalidad resulta irrelevante. Lo importante es limpiar la casa desde adentro. Tercero, desde el punto de vista jurídico pudiera el Estado otorgando un trato discriminado a nivel local al extranjero sobre al nacional lo cual pudiera ser inconstitucional.

Por último, un esquema de prevención en inversión requiere no sólo del esfuerzo del gobierno. El inversor debe asumir su parte. Para ello debe incentivarse un cambio en la conducta de los países en vías de desarrollo y más aún importante en aquellos países o regiones donde la inversión se localiza en comunidades o poblaciones vulnerables. El éxito de una inversión ya no puede medirse exclusivamente a través de medidores económicos. Las ganancias o utilidades no debe ser el único medidor del éxito empresarial. El mundo ha cambiado en los últimos 30 años. El desarrollo económico y las políticas de liberalización económica ya no son vistos de manera aislada con compromisos sociales tendientes a la promoción, respeto y desarrollo de los derechos humanos, medio ambiente y desarrollo social. En esta nueva etapa, todo inverso deberá empezar a asumir estándares de responsabilidad corporativa o inversión social en la comunidad en la que invierte.

Si se mantienen este enfoque para la aplicación de una estrategia de prevención de disputas de inversión será factible y realista adoptar un programa de prevención de disputas de inversión en los países de Latinoamérica.

6. PRINCIPIOS BÁSICOS

El objetivo de la prevención es evitar o minimizar el riesgo de arbitrajes internacionales de inversión. La mayoría de las disputas pueden ser evitadas si la acción preventiva es oportuna. Cualquier acción preventiva del Estado debe basarse en tres objetivos principales: *i)* prevenir el surgimiento de un conflicto en proyectos de inversión; *ii)* prevenir que un conflicto se transforme en una disputa de inversión; y *iii)* minimizar el riesgo de la responsabilidad internacional del Estado.

Una estrategia efectiva de prevención sólo se logrará si: *i)* se implementa un esquema que facilite la integración y coordinación entre las autoridades en la toma de decisiones; y *ii)* se genere una cultura de la prevención en el gobierno.

La mayoría de los arbitrajes de inversión involucran asuntos de alta sensibilidad política para el Estado por lo que se requiere de un manejo profesional, neutral, de asesoría especializada en materia de inversión y con habilidades especiales para el manejo de conflictos. Por ello, es importante que cualquier esquema de prevención a implementarse en un país de Latinoamérica cuente con la asesoría y apoyo externo. Un programa de acción preventiva eficaz funcionará si se lleva a cabo y de manera conjunta en el plano nacional con la asistencia internacional.

7. CONSTRUYENDO UN MECANISMO

Si el Estado está convencido que la prevención de disputas de inversión es una actividad necesaria para mejorar el clima de inversión en el país, la siguiente interrogante es ¿cómo implementar un programa de prevención cuando no existen los mecanismos internos ni los recursos humanos y económicos en el país? ¿Cómo se puede desarrollar una cultura de la prevención en el seno del gobierno? ¿Cómo abrirlo a los gobiernos locales? ¿Dónde empezar?

Lo que propongo es una fórmula de acción preventiva que requiere el trabajo en dos frentes: nacional y regional. Para que una acción de prevención sea efectiva a nivel local se requiere de un enfoque práctico y global. No existe un mecanismo de prevención uni-talla. Cada Estado deberá implementar un mecanismo adecuado sus realidades y necesidades. Ahora bien, la realidad es que la mayoría de los países difícilmente pueden implementar un programa de prevención por sí solos. Las limitaciones de los Estados son obvias. La gran mayoría no cuentan con los recursos económicos y las capacidades humanas para tal empresa. Por ello es importante del apoyo concertado de organismos internacionales o regionales o académicas que asistan a los Estados. Un paso importante sería la de contar con un centro de asesoría legal especializado en materia de inversión en una región, por ejemplo, el Mercosur o Sudamérica enfocado en la prevención.

Si bien un mecanismo de prevención a nivel nacional podrá variar según las particularidades de cada país, la fórmula deberá basarse en ciertos pilares básicos. La fórmula requiere de: 1) análisis; 2) respuesta; y 3) cultura de la prevención. El análisis implica la capacidad de monitorear los proyectos o acciones que lleve o pretenda llevar a cabo alguna entidad gubernamental y emitir opiniones. En algunos casos, el análisis no será suficiente y requerirá de una respuesta oportuna a un problema específico. Aquí entra el segundo elemento: la “respuesta” que se traduce en la toma de acciones concretas para evitar que un problema existente se convierta en un conflicto. Es decir, la “respuesta” toma el lugar del “análisis” cuando ya el problema deja de ser un escenario probable de conflicto a uno donde es inminente el conflicto, si no se toman acciones oportunas. Las actividades de “respuesta” incluyen la facilitación, negociación y diálogo entre los actores involucrados. Ninguno de estas dos etapas tendrá éxito si no existe una cultura arraigada de la prevención. La cultura de la prevención requiere de un esfuerzo conjunto entre todos los niveles de gobierno. La cultura de la prevención es un trabajo permanente de educación e impulso político. Para ello se requiere de la implementación de un programa de capacitación permanente y asesoría a los funcionarios públicos a nivel municipal y central con el apoyo de instituciones internacionales o

regionales.

8. LA FÓRMULA PARA PREVENIR DISPUTAS

Son varios pasos que se requieren tomar para implementar un mecanismo efectivo de prevención de disputas internacionales de inversión. Este artículo sugiere una serie de pasos que deben seguir los gobiernos y los inversores para evitar recurrir al arbitraje en sus disputas de inversión. La acción preventiva que se propone requiere en primer lugar implementar una estructura a nivel institucional. Una vez que se cuente con la infraestructura necesaria y adecuada a las particularidades de cada país, el siguiente paso es la implementación de una serie de estrategias en la operación de la prevención.

8.1. Capacidad institucional

Lo primero que se requiere es construir la capacidad institucional para la prevención de conflictos a través de la integración y cooperación intergubernamental. Establecer la capacidad institucional se requiere de voluntad política, toma de conciencia que las disputas en proyectos de inversión son inevitables, implementación de un sistema con una estructura permanente, desarrollo de programas y procedimientos de colaboración y coordinación e inversión en recursos humanos a través del entrenamiento y capacitación de funcionarios públicos. Los pasos a seguir son los siguientes:

Voluntad política

Un plan de prevención de disputas de inversión debe ser responsabilidad de los gobiernos centrales. Para ello se requiere de voluntad política. Ningún plan de prevención será eficaz si no hay un impulso político de alto nivel en el gobierno. Es importante que a más alto nivel se reconozca el reto que es para el Estado regular en el interés público y enfrentar el riesgo de una reclamación internacional de inversión con los costos que involucra el arbitraje internacional. Para enfrentar este reto de manera eficaz, es importante que exista un compromiso político de alto nivel, primero, entre los ministerios del gobierno central y posteriormente -en una segunda etapa- el gobierno central con los gobiernos locales para desarrollar estrategias que, en la medida de lo posible, minimicen el riesgo de conflictos y disputas con inversores y generen oportunidades de cooperación y colaboración en la solución de conflictos. Para ello se recomienda que a más alto nivel, preferentemente la Presidencia emita un comunicado, circular o decreto (según las condiciones de cada Estado) dirigido a las agencias

e instituciones del gobierno central alentando el uso de mecanismos y procesos preventivos de conflictos en proyectos de inversión, particularmente en los siguientes sectores: agricultura, energía, turismo, salud, infraestructura, medio ambiente y servicios públicos concesionados.

Designar una Agencia

Para enfrentar el reto de prevención de disputas de manera eficaz se requiere que una agencia neutral e independiente sin facultades regulatorias dentro del gobierno central se designe como agencia líder del programa de prevención de disputas. La agencia será más eficaz si pertenece al ministerio encargado de promover la inversión extranjera y/o la implementación de los tratados de protección a la inversión. En algunos países le corresponderá al ministerio de comercio y en otros casos al de relaciones exteriores. Lo importante es que sea una agencia despolitizada en la medida de lo posible. Un elemento importante es el de la percepción. Es importante que el inversionista y la autoridad que regula el sector en el cual el inversor siente que ha sido afectado, vean a la agencia como una unidad neutral, de carácter técnico, profesional, de alta calidad moral, imparcial cuyo compromiso sea no la de favorecer a un determinado gobierno sino la de promover la inversión y a vigilar el cumplimiento de las compromisos internacionales asumidos por el Estado en los tratados internacionales.

La agencia deberá tener como función primaria asesorar a las instituciones, órganos y entidades públicas respecto a la compatibilidad de las políticas, prácticas y regulaciones internas dirigidos a los proyectos de inversión que pudieran ser violatorios de los compromisos internacionales del Estado en materia de inversión. La agencia deberá, en particular:

- monitorear la actividad legislativa del gobierno central incluyendo la revisión y análisis de iniciativas de ley, reglamentos o cualquier regulación o práctica que pudiera ser incompatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de protección a la inversión;
- evaluar los proyectos de inversión extranjera, incluidos las licitaciones públicas;
- proporcionar un foro horizontal para la resolución de conflictos y problemas en proyectos de inversión. La unidad deberá contar dentro de sus funciones facilitación del diálogo, negociación y mediación entre las partes en conflicto;
- brindar capacitación y entrenamiento a las demás instituciones y órganos del Estado sobre técnicas de prevención de disputas y contenido de las obligaciones internacionales del Estado en

materia de inversión.

Identificar las necesidades internas

El ministerio al que dependa la agencia designada deberá convocar a una reunión de alto nivel con los ministerios del gobierno central encargados de regular los sectores de energía, agricultura, comunicaciones, turismo, medio ambiente, salud e infraestructura. Las reuniones que se lleven a cabo tendrán como objetivo discutir de manera preliminar las directrices y estrategias de un programa intergubernamental de coordinación y cooperación así como identificar las áreas de posible conflicto en proyectos de inversión extranjera.

En seguimiento a las reuniones, la agencia deberá llevar a cabo una encuesta en aquellas instituciones del gobierno central seleccionadas que tengan atribuciones específicas para regular la inversión en los sectores como el de agricultura, energía, salud, medio ambiente, infraestructura y turismo. El objetivo de las encuestas tiene un doble propósito: i) establecer formalmente un diálogo de coordinación inter-institucional y, ii) identificar debilidades y fortalezas de los esquemas de prevención, en caso que existan. Las respuestas a las encuestas deberán dar pauta para elaborar de manera específica esquemas de coordinación y cooperación.

Implementar mecanismos de prevención

Dependiendo de las propuestas que resulten de las reuniones interinstitucionales, modificaciones a la legislación deberán llevarse a cabo. El objetivo debe ser atacar el problema desde la raíz. Un análisis de los arbitrajes de inversión evidencia la necesidad de los Estados de contar con un esquema de cooperación, consulta y coordinación efectiva entre las entidades del gobierno a fin de llevar la acción de la autoridad sea una decisión debidamente informada sobre las implicaciones jurídicas, técnicas y políticas de llevar a cabo la medida. Para ello los Estados requieren re-evaluar el marco legal de decisión política, aplicación de la ley y transparencia que englobe un esquema de colaboración gubernamental de toma de decisiones. La agencia de prevención deberá tomar un rol activo. Primero deberá establecer una hoja de ruta en la que promoverá la suscripción de acuerdos entre las distintas instituciones del gobierno central a fin de que se establezcan los mecanismos y métodos de alimentación de información y seguimiento a los problemas o conflictos que se susciten en los proyectos de inversión. Cada institución del gobierno central invitada a participar en el sistema de prevención designará un punto de contacto con la agencia. La agencia determinará la conveniencia y posibilidad de establecer mecanismos

similares con las autoridades locales. Cualquier mecanismo que se implemente deberá ser permanente.

Segundo, la agencia deberá establecer un portal de internet que facilite y promueva la utilización de los mecanismos preventivos y en particular hacerlo accesible a los inversores para que ellos mismos puedan alertar a la agencia de cualquier asunto que pudiera convertirse en una disputa de inversión. A fin de evitar un abuso en la utilización del sistema de prevención, la agencia podrá restringir el acceso al sistema a proyectos de inversión en ciertos sectores y sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos que acrediten que efectivamente se trata de un proyecto de inversión. Con el fin de dar mayor difusión y utilización del sistema deberán ser informadas las embajadas, cámaras de comercio, organismos empresariales y los bufetes jurídicos más representativos en el país.

Por último, se requiere contar con convenios entre la agencia y las instituciones con el objeto de fomentar la integración y comunicación entre las agencias mediante talleres, reuniones y mesas redondas de discusión que fortalezcan la colaboración interinstitucional.

Asistencia internacional

La gran mayoría de las disputas de inversión involucran temas de una gran sensibilidad política cuyas repercusiones pudieran afectar las relaciones políticas, económicas y sociales en el interior del Estado. En la mayoría de los casos las disputas de inversión involucran acciones del propio gobierno central y peor aún evidencian una ruptura o intereses encontrados entre las propias instituciones del gobierno. Una agencia de prevención que pertenece a una institución del gobierno podrá ser vista dentro de la estructura del gobierno como una entidad bajo órdenes del ministerio o gobierno al que pertenece por lo que sus opiniones y acciones para prevenir una disputa podrán verse como una interferencia inapropiada de un ministerio que persigue sus propios intereses. La credibilidad de una agencia de prevención podrá verse afectada por las acciones del ministerio mismo al que pertenece. En estos casos la asistencia de un órgano independiente es importante. La realidad de los gobiernos es que es más probable que una propuesta de acción preventiva sea más eficaz si la misma proviene de un organismo o persona independiente que del propio gobierno. La opinión que provenga de una entidad que goce de buena reputación, neutral, imparcial y ajena al gobierno tendrá más fuerza que aquella que provenga del interior del gobierno. Por ello recomiendo la creación de un centro de asesoría legal de inversión que asista a los gobiernos de Sudamérica en la prevención de disputas.

La creación de un centro de asesoría en materia de arbitraje de

inversión ha tenido eco en diversos países latinoamericanos y esfuerzos importantes se han llevado a cabo para su puesta en marcha con la ayuda y asistencia de diversas organizaciones internacionales. La idea de que un centro incluya dentro de sus funciones servicios de representación legal en los arbitrajes genera problemas prácticos que dificultarán en el corto plazo la viabilidad de un centro de asesoría. Lo ambicioso del proyecto es quizá la razón por la que no ha podido ponerse en marcha. El centro que propongo no abarca la defensa de los Estados en el arbitraje. Tomando un enfoque práctico y realista, lo que se requiere y puede implementarse en un tiempo relativamente corto es un centro de asesoría que asuma como responsabilidad primaria la asistencia de los países en desarrollo en la prevención de disputas.

El centro de asesoría deberá ofrecer a los países de la región: 1) asesoría legal en materia del derecho internacional de las inversiones; 2) asistencia técnica en el diseño e implementación de mecanismos de prevención incluido un sistema de alerta temprana; 3) revisar y formular opiniones sobre casos, acciones o proyectos de regulación que afecten a proyectos de inversión y que le sean remitidos por las agencias nacionales de prevención; y 4) capacitación y entrenamiento en arbitraje de inversión y en el manejo de conflictos, incluido el desarrollo de técnicas de negociación, solución de conflictos y análisis de riesgo.

La creación y operación de un centro de asesoría requerirá la participación y asistencia de diversas organizaciones internacionales y posiblemente el respaldo de entidades académicas de prestigio.

Recursos

De poco sirve la voluntad política para impulsar un programa de prevención si el Estado no cuenta con los recursos necesarios para llevar a cabo la prevención en el aspecto operativo. Uno de los mayores desafíos que enfrentará cualquier país en desarrollo interesado en la prevención de disputas de inversión es la falta de recursos económicos.

Sin un presupuesto adecuado, habrá pocos incentivos para contratar a personal calificado, habrá restricciones de viaje, imposibilidad de organizar y financiar talleres y capacitación necesaria en el país, entre otras.

El Estado con asistencia internacional, probablemente a través del centro de asesoría, deberá invertir en la prevención. El financiamiento internacional es fundamental. A nivel doméstico la forma de obtención de recursos podría ser a través de la asignación de cierto porcentaje que el Estado destina a la implementación y administración de los tratados internacionales en materia económica.

Sólo si se invierte en recursos humanos y en financiamiento de seminarios y de capacitación y talleres será eficaz el programa de

prevención.

8.2. Prevención operacional

Alerta Temprana

Los ministerios del gobierno central deberán establecer un mecanismo de alerta temprana de resolución de conflictos relacionados con un proyecto de inversión. La alerta temprana es un mecanismo basado en el principio de transparencia que tiene por objeto mejorar la capacidad de cada parte en un conflicto de conocer y tomar en cuenta los intereses de las otras partes interesadas en una etapa inicial en la toma de decisiones de política pública, legislativa y regulatoria, sin que para ello afecte o limite la autonomía de la autoridad en la toma de decisiones. La alerta temprana en la prevención de disputas de inversión deberá guiarse por los siguientes principios: 1) No discriminatorio. El sistema deberá estar disponible por igual a inversiones privadas nacionales o extranjeras; 2) Cooperación. Debe existir un mecanismo de cooperación institucional en dos niveles. Por un lado una red de cooperación de prevención entre los organismos internacionales y las nacionales, y por el otro, las redes de cooperación entre la agencia y los puntos de contacto de las instituciones públicas; y 3) Incluyente. Una acción preventiva temprana debe asegurar que todos los factores y posiciones han sido valorados a fin de que la autoridad pueda tomar una decisión razonada y debidamente informada.

Los objetivos de la alerta temprana son:

(i) Evaluar cualquier política o regulación que tenga un impacto en un proyecto de inversión. Ello incluirá cualquier medida o riesgo de acción política por parte de entidades locales o del gobierno central;

mantener una comunicación directa a nivel técnico y político entre el ministerio encargado de la regulación del sector y la agencia de prevención.

(ii) Cualquier problema o conflicto relativo a un proyecto de inversión independientemente del tamaño o nacionalidad del proyecto debe de someterse a la atención de la agencia.

(iii) La agencia deberá implementar procesos de seguimiento y supervisión de los problemas o conflictos alertados.

(iv) La agencia deberá servir como facilitador entre las partes en disputa; promover el diálogo; consultas y negociación; y, en su caso, ofrecer alternativas o propuestas de solución.

La alerta temprana requiere de las siguientes acciones:

(i) Identificar los sectores en donde exista mayor riesgo de enfrentar problemas con proyectos de inversión (puntos de conflicto). En

países con economías pequeñas no deberá ser difícil encontrar los puntos en conflicto. Tradicionalmente será en las áreas donde se concentre la inversión privada en el país y la operación es de interés público².

(ii) Identificar las condiciones propensas a conflictos. Los ministerios responsables de cada sector seleccionado deberán elaborar una lista de los proyectos de inversión que pudieran ser vulnerables a una disputa de inversión.

(iii) Involucrar al mayor número de actores en el sistema de alerta temprana. Las organizaciones no gubernamentales (ONGs), asociaciones agrícolas o laborales, embajadas, líderes políticos, empresarios, autoridades locales y la prensa cuentan con capacidad para alertar a la autoridad de manera oportuna. Normalmente será una ONG o sociedad civil la primera en percatarse y actuar cuando surge un conflicto involucrando un proyecto de inversión de alto impacto en la comunidad. Por ejemplo la mejor señal temprana de un conflicto en el sector del medio ambiente es cuando una ONG se moviliza. La agencia deberá mantener un canal de comunicación directo y fluido con las ONGs más importantes del país.

(iv) Escuchar a todos los actores involucrados. La agencia recomendará una acción preventiva temprana con base en la información que disponga. Es posible que la información que le llegue a la agencia sea imprecisa, incompleta o poco balanceada. Ello es porque cada parte en el conflicto relativo a un proyecto de inversión defenderá sus propios intereses. Así, la autoridad justificará su actuar y será selectivo en el suministro de documentos hacia la agencia. El inversor hará lo mismo, igual que las ONGs tendrán su propio interés en la disputa y por tanto su información podrá no ser del todo completa. Todo ello complicará la labor de la agencia en la propuesta de una solución preventiva. Por ello, será importante que el Estado cuente con legislación moderna de acceso a la información y transparencia así como la puesta en marcha de mecanismos de intercambio de información y coordinación de buena fe entre las instituciones del gobierno.

(v) Cooperación política. La solución a un conflicto relativo a un proyecto de inversión involucra no sólo el aspecto técnico de la disputa, sea cumplimiento de la legislación ambiental, criterios de entrega, calidad y pago, o incumplimiento de una cláusula

² En el sector minero la extracción y explotación de recursos minerales, licencias y permisos que afecten el medio ambiente, extracción y distribución de petróleo y gas, concesión de servicios públicos primarios, proyectos de infraestructura, concesión de la operación en el área de telecomunicaciones, transporte aéreo, terrestre y marítimo; sector financiero.

contractual. En la mayoría de los arbitrajes de inversión la materia objeto de la disputa rebasa el aspecto técnico. Sea cual sea la disputa de inversión, el alcance o desenlace de la disputa generalmente tendrá una dimensión política. Es por ello importante involucrar en la acción preventiva, según sea el caso, a la unidad del gobierno central encargada del diálogo y concertación política que asista a las partes en disputa en la solución del problema.

(vi) El rol como facilitador. Una función de la agencia será la de fungir como facilitador o ser quien designe al facilitador para un caso concreto si así lo disponen las partes en disputa. El objetivo del facilitador es asistir a las partes a fin de que logren un arreglo mutuamente satisfactorio. Sujeto a lo que dispongan las partes en disputa, el facilitador deberá identificar las cuestiones controvertidas y las no controvertidas, investigar los hechos, obtención de información y asistir a las partes en su diálogo.

Capacitación

La acción preventiva funcionará si existe un cambio de actitud de las instituciones de gobierno. Es imperante que exista una cultura de la prevención y ésta se logra mediante voluntad política y a través de un proceso continuo de capacitación. Para poder capacitar a las instituciones públicas es necesario que la propia agencia de prevención tenga las capacidades humanas y económicas para llevar a cabo tal función. La credibilidad y éxito del mecanismo de prevención mucho dependerá de la reputación con la que cuente la agencia dentro del gobierno. Es imprescindible la calidad en las actividades de prevención de la agencia. Ello requiere que quien forme parte de la agencia de prevención esté debidamente capacitado. Ello requiere de personal con ciertas habilidades y capacidades. Es importante que el individuo encargada de la agencia sea una persona con capacidad analítica y goce de buena reputación dentro gobierno.

Una vez que se cuente con la persona o el personal encargado de la agencia de prevención, deberá iniciarse un programa de entrenamiento y capacitación en prevención de disputas de inversión. La capacitación tendrá eficacia si va enfocado a una oficina o departamento específico. Un gobierno estará malgastando sus recursos si diseña un programa de prevención en donde el objetivo es exclusivamente impartir conferencias a audiencias abiertas al público en donde, por ejemplo, se explique el contenido de las cláusulas de expropiación y trato justo y equitativo a, por ejemplo, estudiantes, abogados y empresarios. Por el contrario, un curso de capacitación sobre prevención en un grupo selecto de funcionarios públicos, por ejemplo, del departamento de jurídico y la unidad que otorga licencias y permisos, el impacto será mayor.

El rol del inversor

La inversión extranjera en países en desarrollo presenta oportunidades lucrativas de negocio pero también expone al inversor a riesgos, entre ellos, la privación del beneficio de su inversión por actos atribuibles al Estado. Dicha privación será la pólvora que encienda una disputa de inversión. Independientemente de si es justificada o no la interferencia del Estado en el proyecto de inversión, lo cierto es que en algunos casos la conducta del inversor pudo haber jugado un rol fundamental en la prevención de la disputa de inversión.

Al invertir en un país en desarrollo, los inversores normalmente siguen un mismo patrón de conducta. Primero, en aras de obtener un contrato lucrativo con un gobierno enfocan su atención en obtener el apoyo incondicional del gobierno en el proyecto y de obtener cierto tipo de “garantías” o “compromisos” que le garanticen que su inversión será una operación económica exitosa. Ello incluye actos o pagos indebidos a funcionarios, que el inversor considera clave para el éxito de su operación. En este proceso, ciertos inversores restarán importancia o simplemente ignorarán los riesgos inherentes al proyecto de inversión³.

Segundo, los inversores en sectores sensibles normalmente adoptan una postura de indiferencia hacia la comunidad que posiblemente será afectada por las actividades que desarrollará el inversor. El riesgo de conflictos es más alto cuando los inversores llevan a cabo sus operaciones en áreas que afectan a sectores vulnerables de la sociedad. Así sea en la explotación de recursos naturales o la prestación de servicios públicos, los inversores, (especialmente las empresas multinacionales) han optado por no involucrar a la comunidad local en el proyecto; no mantenerla debidamente informada sobre las operaciones; o no contribuyen en el desarrollo social de dicha comunidad. Ya que el Estado difícilmente le exige al inversor mantener un compromiso social con la comunidad local, el inversor opta por mantenerse aislado de la comunidad. En última instancia, desde la perspectiva del inversor, la inversión sólo rinde cuentas a sus accionistas.

Ciertos arbitrajes evidencian el poco interés de los inversores en crear, apoyar, mantener y salvaguardar los intereses sociales de las comunidades en las que el proyecto de inversión opera. Este distanciamiento sin embargo sólo juega en contra del inversor. Los inversores deben entender el valor agregado que significa mantener a la comunidad como aliada. Me refiero a la comunidad y no a los líderes de esas comunidades. Si el inversor se comprometiera más con la comunidad en su conjunto el resultado sería un menor riesgo de que su inversión se vea afectada por presiones políticas o sociales. Sería más difícil para un grupo de presión atacar la reputación del inversor

³ Los riesgos asociados incluyen la inestabilidad política, económica y social del país.

cuando éste mantiene un vínculo y alianza con dicha comunidad. La oposición hacia la inversión aún y cuando se hayan cometido algunas irregularidades en la operación sería reducida si el inversor coadyuva y está comprometido con el desarrollo social de la comunidad y la protección al medio ambiente.

Vivimos hoy en un mundo en donde la sociedad y la comunidad internacional demandan un cambio en la manera en cómo se conducen las empresas multinacionales⁴. Cada vez más observamos prácticas corporativas que reflejan valores y códigos de conducta asociados al desarrollo social, el respeto a los derechos humanos y el medio ambiente. Estos elementos están asociados con el concepto de responsabilidad social corporativa. Ello significa que el inversor tiene un rol en ayudar los objetivos de desarrollo social en la comunidad en la que operan. Los proyectos de inversión deben reflejar estos principios. Los gobiernos pueden regular las actividades de las empresas que operan en sectores vulnerables de la sociedad a fin de que los compromisos asumidos por el inversor reflejen el impacto ambiental y social en sus operaciones.

De igual manera las empresas deben conducirse de buena fe en los países en desarrollo y abstenerse de participar en prácticas inmorales o ilegales. Ello incluye la prohibición de soborno en el extranjero. Estados Unidos, Canadá y prácticamente todos los países de Europa en acorde con la Convención de la OECD han adoptado legislación que prohíbe y sanciona las prácticas de corrupción de sus empresas cometidas en el extranjero⁵.

La prevención juega un papel importante en cada uno de los ciclos de vida de la inversión extranjera. En la etapa pre-inversión, el inversor deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- (i) Tomar en cuenta los riesgos inherentes al proyecto de inversión en el país de que se trate, independientemente de cualquier promesa de ciertos funcionarios públicos obtención de grandes utilidades.
- (ii) Revisar la legislación local y cumplir con los requerimientos municipales y estatales por igual.
- (iii) En un proceso de licitación pública o la negociación de un contrato con una entidad pública, el inversor deberá tener cuidado con adquirir los servicios de “agentes” locales que afirman tener conexiones con altos funcionarios públicos o que ofrecen como parte

4 La sub-comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas publicó en 2003 proyecto de código de conducta sobre responsabilidad social corporativa. addendum a la Declaración Universal de Derechos Humanos llamada “Human Rights Principles and Responsibilities for Transnational Corporations and Other Business Enterprises”. La OECD ha tomado un papel importante en el debate sobre responsabilidad social corporativa. Véase por ejemplo OECD. *Guidelines for Multinational Enterprises, Decision and Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, 2000.

5 Véase *The Guidelines for Multinational Corporations*, OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997.

de sus servicios la obtención de permisos y licencias. El inversor debe entender la diferencia entre pagar a alguien por asesoría en cómo hacer negocios en un determinado país y quien dice tener acceso a las cúpulas del gobierno y otra es pagar u otorgar favores a funcionarios públicos. El primero es legítimo y el último es soborno.

(iv) Proceder con cautela cuando se escoja un socio local. En muchas ocasiones, el Estado impondrá como condición que se establezca una empresa local y que haya participación local en el proyecto de inversión. En otras el inversor preferirá asociarse con un inversor local por consideraciones empresariales. El inversor buscará un socio con buena reputación en el país, conexiones y experiencia en el mercado local. Es común que algunos de los problemas en la operación de la inversión tengan que ver con problemas entre los socios accionistas. Por ello el inversor deberá revisar cuidadosamente las condiciones sobre propiedad y control accionaria en la ley corporativa local. El inversor podrá incluir cláusulas de protección en el contrato.

(v) Si se suscribe un contrato público revisar cuidadosamente la capacidad que cuenta la autoridad pública para la suscripción de dicho contrato. Es importante que el inversor verifique la capacidad de la autoridad para firmar contratos y las restricciones en la legislación que pudieren existir sobre la capacidad de dicha autoridad para someterse, en su caso, al arbitraje internacional.

En la etapa post-inversión, el inversor deberá:

(i) Mantener los estándares de operación que le son aplicables en su país de origen. Un inversor no debe relajar sus estándares de calidad en un país en desarrollo sólo porque en el país en el que invierte la regulación y aplicación de la ley es deficiente. Esto incluye la obligación de no sobornar a funcionarios públicos;

(ii) Cumplir con la ley local. El inversor debe asumir un estricto cumplimiento de la ley en materia de medio ambiente, salud, seguridad y demás normas y estándares de lo contrario será sujeto no sólo de sanciones administrativas (dependiendo de la seriedad de la infracción) sino también correrá el riesgo que dichas irregularidades sean utilizadas -junto con otras causas- para que la autoridad dé por terminada la operación.

(iii) Asumir dentro de sus políticas internas y en los contratos públicos conceptos de responsabilidad corporativa. Los inversores deben apoyar los objetivos de desarrollo en la comunidad en la que operan. Los gobiernos deberán asegurarse de incorporar dichos conceptos en los instrumentos que regulen la operación.

(iv) Asumir un compromiso de diálogo y no exacerbar un conflicto.

En la etapa de conflicto con la autoridad: Establecer un esquema de manejo de disputas. Al momento de ocurrir un acto que el inversor considere vulnera sus derechos como inversor extranjero, el inversor deberá entablar comunicación y promover el diálogo con la autoridad responsable del acto y con la agencia del gobierno responsable de la prevención o promoción de las inversiones extranjeras. Es aconsejable que el inversor cuente con asesoría legal especializada en el manejo de disputas de inversión.

El inversor tiene un rol muy importante en la prevención de disputas de inversión. Especialmente las empresas multinacionales deben revisar sus políticas internas y asegurar que los estándares de conducta y valores que les son aplicables en sus países de origen los apliquen en sus operaciones en países en desarrollo. Deben asimismo realizar esfuerzos para asumir compromisos sociales y de diálogo con la comunidad en la que operan, especialmente cuando sus operaciones afectan sectores vulnerables de la sociedad.

El compromiso no es sólo del inversor. El gobierno y sociedad civil deberán asumir su rol en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo social, fomentar el diálogo y evitar exacerbar un conflicto relativo a la operación de una inversión.

Participación pública

Para entender el grado de participación pública en el actuar del gobierno es imprescindible analizar la definición de gobernanza. El diccionario de la Real Academia Española (22ª edición) define gobernanza como “el modo o arte de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el estado, la sociedad civil y el mercado de economía”. De esto se puede inferir que el desarrollo de una sociedad sólo se puede lograr mediante la acción conjunta entre la autoridad, la producción y los intereses de la sociedad civil. Esto es evidente e imperante en ciertos sectores como el medio ambiente y explotación de recursos naturales. Hoy en día es imposible imaginar que una autoridad responsable de la emisión de las licencias en la extracción de recursos naturales no mantenga un diálogo constante con la comunidad y la municipalidad en la que un determinado proyecto de inversión se lleve a cabo.

Un principio básico para que existan canales serios de participación pública en los proyectos de inversión con alto impacto en la comunidad es el de la transparencia. Para ello el ministerio o entidad pública deberá publicar en medios abiertos los proyectos de inversión que se tienen planeados y organizará seminarios y talleres dirigidos a la comunidad o la municipalidad no solamente con el objetivo de diseminar

información respecto a los beneficios y alcances de un determinado proyecto de inversión sino también para educar a la comunidad sobre las obligaciones internacionales del Estado en materia de la protección de las inversiones extranjeras al amparo de los TBI.

Entre mayor participación pública mayor transparencia en el actuar de la autoridad y mejor informada será la decisión de la autoridad. A través de un mecanismo de prevención, no sólo se evitará o minimizará el riesgo de arbitrajes de inversión, sino fomentará la colaboración y cooperación entre las autoridades teniendo como resultado instituciones públicas más transparentes e incluyentes. Ello llevará como resultado un sistema de gobernanza que facilite la corrección institucional, el diálogo y entendimiento de todos los sectores dando como resultado el fin último de una política pública de atracción a la inversión: propiciar un clima favorable que fomente el desarrollo de los países de Latinoamérica.

CONCLUSIÓN

El presente artículo propone un esquema de prevención de disputas en proyectos de inversión con alto impacto social que crea y fortalece los canales de comunicación y cooperación entre las entidades de gobierno, la comunidad y las empresas privadas. Al mantener un esquema de cooperación interinstitucional en donde cada institución formula sus observaciones tomando en cuenta la opinión de la comunidad lleva como resultado un mejoramiento en el ejercicio de toma de decisiones de las autoridades. Bajo un esquema de mayor transparencia, comunicación y cooperación gubernamental, el sistema de gobernabilidad de los países de Latinoamérica mejorará y por ende se generará un clima favorable para la inversión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- OECD. "The Guidelines for Multinational Corporations". In: *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (Nov 1997). s.l: s.n., 1997.
- OECD. *Guidelines for Multinational Enterprises, Decision and Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*. s.l: s.n, 2000.
- REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 22^a ed. Madrid: RAE, 2012.

Sección II – Seção II

Inversiones en América del Sur - MERCOSUR

Investimentos na América do Sul - MERCOSUL

ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA. CONSIDERACIONES EN MATERIA DE INVERSIONES

ARBITRAGEM EM AMÉRICA LATINA. CONSIDERAÇÕES EM MATÉRIA DE INVESTIMENTOS

*Natasha Suñé**

[...] Entre los principios fundamentales del derecho público internacional que la humanidad ha consagrado, es uno de los más preciosos el que determina que todos los estados, cualquiera que sea la fuerza de que dispongan, son entidades de derecho, perfectamente iguales entre sí y recíprocamente acreedoras por ello a las mismas consideraciones y respeto [...]¹.

Resumen: *Los países de América Latina atravesaron distintas etapas en relación a su postura frente al arbitraje. Fueron, en distintos período de tiempo, precursores, reticentes e innovadores ante este medio alternativo de solución de controversias, y hoy deberían encontrar un posicionamiento común. Quizá como respuesta a las deficiencias de los sistemas multilaterales o frente a un desequilibrio entre los intereses de los países desarrollados y en desarrollo, se vislumbra una necesidad de adecuación de los métodos de resolver conflictos a un mecanismo más equitativo y representativo de distintos intereses.*

Ante esta realidad son los países de la región quienes deben posicionarse y negociar con una única voz. Más aún en relación a las consideraciones particulares en materia de inversiones que debieran emprender en los próximos años.

Para analizar la temática del arbitraje en América Latina, dividiremos en etapas históricas los posicionamientos frente a este mecanismos de solución de disputas (precursora, reticente e innovadora) para luego analizar el estado actual, los desafíos que enfrenta la región en materia de

* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Mestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Se desempeña en el área jurídica del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Asunción - Paraguay. E-mail: Natasha_s1983@hotmail.com

1 DRAGO, Luis María. [carta]. En: PRIVITELLO Luciano y ROMERO, Luis A. *Grandes discursos de la historia argentina*. Buenos Aires: Aguilar, 2000. p.128-133.

inversiones y las perspectivas futuras.

Resumo: *Os países da América Latina passaram por diversas etapas em relação a seu posicionamento frente à arbitragem. Foram, em distintos períodos de tempo, precursores, reticentes e inovadores ante esse meio alternativo de solução de controvérsias, e hoje deveriam encontrar posicionamento comum. Possivelmente, como respostas às deficiências dos sistemas multilaterais, ou frente a desequilíbrio entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, vislumbra-se a necessidade de adequação dos métodos de resolver disputas, com a adoção de mecanismo mais equitativo e representativo de distintos interesses.*

Perante essa realidade são os países da região que devem posicionar-se e negociar com voz única. Mais ainda em relação as considerações particulares em matéria de investimentos que deveriam empreender nos próximos anos.

Para analisar a temática da arbitragem na América Latina, dividem-se em etapas históricas os posicionamentos frente a este mecanismo de solução de disputas (precursora, reticente e inovadora) para logo analisar o estado atual, os desafios que enfrenta a região em matéria de investimentos e suas perspectivas futuras.

Palabras clave: Arbitraje, América Latina, Inversiones

Palavras-chave: Arbitragem, América Latina, Investimentos

1. PANORAMA REGIONAL: ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

El arbitraje se ha desarrollado lentamente en América Latina como consecuencia de fuertes posicionamientos encontrados sobre este mecanismo pacífico y alternativo de solucionar conflictos entre los Estados. Veremos que los primeros tratados con cláusulas genéricas de arbitraje o tratados generales sobre arbitraje representaron un importante antecedente en la región, aunque paulatinamente y debido a hechos históricos relacionados a intervenciones en el continente, se fue desarrollando una actitud de rechazo. No obstante, el arbitraje cobraría nuevamente protagonismo en el marco de la suscripción de tratados bilaterales en materia de inversiones en los años 1990 (que establecen como mecanismo de solución de controversias el arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones -CIADI-) y se convertiría nuevamente en foco de discusión.

En este trabajo analizaremos estas etapas para luego profundizar sobre los desafíos que deberán enfrentar nuestros Estados y las posibilidades de la etapa actual frente a este instituto jurídico en la región.

Para comenzar, y a pesar de que existen antecedentes de arbitrajes

de los más remotos², tomaremos como punto de partida el inicio de ésta práctica con la suscripción del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, entre Gran Bretaña y Estados Unidos, de 1794, (Tratado Jay), que consistía en un arbitraje por comisión mixta y fue el origen de una seguidilla de arbitrajes con esas características³.

En los países latinoamericanos este mecanismo de solución de controversias se expandiría rápidamente y su utilización en forma más frecuente se daría en los primeros años del S. XX con la celebración de una serie de tratados de arbitraje (entre las naciones latinoamericanas y naciones extranjeras) mediante una práctica bilateral.

Si bien ha tenido cierta aceptación en los primeros años y se suscribieron tratados como los destinados a la solución de conflictos originados en cuestiones limítrofes, es decir, para fijar los límites territoriales de los Estados, se celebraron tratados que contenían al instituto del arbitraje para la solución de conflicto de forma genérica, de variada temática, a pesar de que en los años siguientes las cuestiones comerciales o económicas han tenido un desarrollo más cauteloso⁴. Veremos entonces en este punto los motivos que tornaron a la región reticente al arbitraje así como también las teorías desarrolladas como consecuencia de ese posicionamiento.

1.1. Etapa Reticente al Arbitraje

Las características de los acuerdos con cláusulas arbitrales en la región latinoamericana tienen, como veremos, algunas particularidades, debido a una historia de intervenciones armadas en el continente, entre los años 1838-1850, especialmente por Francia e Inglaterra⁵. Estos hechos tuvieron como consecuencia el desarrollo de doctrinas jurídicas en reacción a esas intervenciones de potencias extranjeras que prontamente se expandieron en la región. Sobre este punto hubo dos grandes aportes latinoamericanos a la teoría del arbitraje, conocidas como doctrina Drago y doctrina Calvo⁶. Estas doctrinas tendrían gran

2 La solución pacífica de controversias mediante la colaboración de terceros es el más antiguo método para resolver conflictos. El arbitraje es anterior a la justicia estatal, a pesar de que ha ido mutando a lo largo de la historia siguiendo el ritmo de evolución del derecho. BAPTISTA, Olavo Luiz. *Arbitragem Comercial e Internacional*. San Pablo: Lex Magister, 2011. p. 21.

3 BIANCHI, Alberto. *El Estado Nacional ante el Arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 1405,

4 Por cuestiones limítrofes se desarrollaron distintos arbitrajes: Argentina con Paraguay en 1878; con Brasil en 1895; con Chile en 1899, 1902, 1966, 1977, 1984 y 1998.

5 Además de las intervenciones armadas de Francia en México (1838-1839), los conflictos entre Estados Unidos y México (1835-1861); las intervenciones armadas de Francia e Inglaterra en el Río de la Plata (1838-1850), la segunda intervención armada de Francia en México (1861-1867) y la intervención de Alemania, Gran Bretaña e Italia a Venezuela en 1902, entre otras. En TAWIL, Guido. *La crisis económica latinoamericana y algunas perspectivas de cambio en la regulación de las inversiones extranjeras en la región*. Buenos Aires: La Ley, 1988.

6 No quisiera dejar de mencionar, a pesar de que no encuadrarse en el arbitraje, como uno de los aportes latinoamericanos en el litigio internacional, al brasileño Raúl Fernández cuya

influencia en materia de arbitraje a lo largo de los años posteriores.

1.2. Doctrina Drago

Una de las doctrinas es la denominada *Doctrina Drago* que tiene fundamento en una nota enviada en 1902 por el Canciller argentino Luis María Drago a la Cámara de Representante de Estados Unidos para prohibir la utilización de la fuerza para el cobro de la deuda pública de EEUU.

Esta doctrina se originó por los hechos ocurridos el 9 de diciembre de 1902 cuando Inglaterra, Alemania e Italia intervinieron Venezuela, bloqueando los puertos, bombardeando e inutilizando algunos buques. El motivo era la presión de entidades privadas y ahorristas acreedoras. Esta intervención se realizó en violación flagrante de la Doctrina Monroe⁷.

Con la aprobación del presidente Julio A. Roca y tras fracasar intentos de mediación conjunta con Chile y Brasil, Luis María Drago, envió una nota al ministro argentino en la Embajada en Washington, Martín García Merou, en la que expuso:

[...] el cobro compulsivo e inmediato, en un momento dado, por medio de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones más débiles y la absorción de su gobierno [...] el capitalista que suministra su dinero a un Estado extranjero tiene siempre en cuenta cuáles son los recursos del país en que van a actuar y la mayor o menor probabilidad de que los compromisos contraídos se cumplan [...] el acreedor sabe que contrata con una entidad soberana, y es condición inherente a toda soberanía que no puedan iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella [...] es el principio ya aceptado de que no puede haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este continente, porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. En una palabra, el principio que quisiera ver reconocido es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea⁸.

cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria fue incorporada en el art. 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es aplicable a los tribunales internacionales de justicia.

7 Principio establecido en 1823 por el entonces presidente norteamericano James Monroe que prohibía cualquier intervención europea contra los Estados americanos. Sin embargo el Corolario Roosevelt significaba, en relación al punto tratado en este trabajo, que si un país latinoamericano amenazaba o ponía en peligro los derechos o propiedades de ciudadanos o empresas estadounidenses el gobierno estaba autorizado a intervenir en los asuntos de ese país restableciendo los derechos y el patrimonio

8 PRIVITELLO, Luciano y ROMERO, Luis A. *Grandes discursos de la historia argentina*. Buenos Aires: Aguilar, 2000, pág.128-133.

En síntesis, esta doctrina implica que el atraso de pagos no podía conllevar ningún tipo de represalia intervencionista. En la Conferencia de La Haya de 1907, la propuesta de Drago fue modificada por la que la Asamblea denominó Enmienda Porter⁹ y estableció el arbitraje entre las potencias y posterior empleo de la fuerza en caso de desconocimiento del resultado del mismo¹⁰.

1.3. Doctrina Calvo

La *Doctrina Calvo* desarrollada por Carlos Calvo¹¹ consistía en la negación de que los nacionales de otros países tuvieran derechos y privilegios especiales en cuanto a los reclamos de extranjeros contra los Estados receptores. Deberían dirimirse los conflictos exclusivamente de conformidad con las leyes de éstos últimos y ante sus tribunales.

La Doctrina Calvo puede resumirse en tres premisas: *a)* igualdad ante la ley de nacionales y extranjeros; *b)* sujeción de los extranjeros a las leyes y jueces nacionales; y *c)* abstención de los Estados extranjeros de intervenir en las controversias patrimoniales de sus nacionales en terceros países.

La intervención de los Estados a los que pertenecían los inversores extranjeros era considerada así como una violación de la jurisdicción territorial de los Estados receptores de la inversión.

Cabe destacar, especial referencia a la distinción que al respecto hizo el profesor Raul Vinuesa sobre la doctrina Calvo y la cláusula con el mismo nombre. El autor explica las diferencias conceptuales entre ambas diferenciando que la doctrina es aquella que surgió como posición de los Estados latinoamericanos y que se consolidara en la Conferencia de La Haya en 1907, como condicionamiento de la protección diplomática al agotamiento de los recursos internos de un Estado entendidos como denegación de justicia. Mientras que la cláusula Calvo es aquella por la cual en un contrato celebrado entre Estados y extranjeros estos últimos renuncian a la protección diplomática, es decir que el conflicto se transforma en un conflicto entre Estados¹².

Varios países latinoamericanos, que habían adherido estas

⁹ En referencia al representante norteamericano, Fitz Porter.

¹⁰ PRIVITELLO, Luciano y ROMERO, Luis A. Op.cit. pág. 128-133.

¹¹ El jurista Carlos Calvo, quien desempeñó una intensa actividad diplomática en representación de la República Argentina, nació en Montevideo, y se graduó en Derecho en Buenos Aires. En el año 1963 enunció la posteriormente denominada Doctrina Calvo que puede resumirse en tres premisas: 1. Igualdad ante la ley de nacionales y extranjeros; 2. Obligada sujeción de los extranjeros a las leyes y jueces nacionales; y 3. Abstención de los Estados extranjeros de intervenir en las controversias patrimoniales de sus nacionales en terceros países.

¹² VINUESA, Raúl. "Tendencias y Perspectivas en la solución de Controversias entre Estados e inversores extranjeros". En: SEPÚLVEDA, Bernardo (ed). *Diálogos sobre la Justicia Internacional*. México, 2009. p. 162 -163.

cláusulas a sus legislaciones, e incluso a sus constituciones¹³, las fueron morigerando a partir de los años 1990. En ese mismo sentido, en el contexto del proceso de integración económica de la CAN, en 1987, se sustituyó una decisión del Pacto Andino para permitir al Estado elegir dentro de su legislación interna los mecanismos de solución de disputas para los contratos de traspaso de tecnología.

1.4. Instrumentación del arbitraje

En los primeros años, más receptivos al arbitraje, la instrumentación de éste mecanismo en América Latina se dio de diversa manera: primero, como cláusula compromisoria especial (1800-1825), luego como cláusula compromisoria general que pactaba el arbitraje de modo genérico y no sólo por el tratado que la contenía, y posteriormente como tratados generales de arbitraje (1880-1883)¹⁴ que resultaron importantes antecedentes jurídicos en materia de arbitraje en nuestra región.

A partir de 1898, la práctica que incorporaba una reserva que excluía del arbitraje cuestiones que afectaran preceptos constitucionales de las partes¹⁵ se fue generalizando en los tratados generales de arbitraje que se suscribían entre las naciones suramericanas¹⁶.

En 1902 el continente americano, en un acto innovador, realizó el primer tratado de arbitraje institucional, por iniciativa de Argentina y Perú, excluyendo los preceptos de independencia y honor nacional, en la III Conferencia Internacional Americana¹⁷. Junto a ésta fórmula, que completa Dinamarca en 1904, que concertaba arbitrajes, salvo en cuestiones que correspondan a tribunales administrativos o judiciales de una de las partes, surge, una nueva fórmula en el Tratado de arbitraje entre Gran Bretaña y Francia, que estipulaba que se someterían a arbitraje las cuestiones de naturaleza jurídica o relativa a la interpretación de los tratados existentes a condición de que no afecten intereses vitales,

13 Incorporada en las constituciones de Bolivia, Honduras, Venezuela, también en la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 1969 y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas de 1974. En: TAWIL, Guido. Op. Cit. 1988.

14 PODESTÁ COSTA, JOSÉ MARÍA. *DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*. BUENOS AIRES: EDITORA ARGENTINA, 1985. TOMO II.

15 El senado argentino inicia en 1898, al suscribir junto a Italia un tratado general de arbitraje para resolver cuestiones que no pudieran ser resueltas por vía diplomática, mediante una reserva de exclusión del arbitraje de las cuestiones que afectaren preceptos constitucionales. Circunstancia no fue aceptada por Italia. En: PODESTÁ COSTA, José María. Op. Cit. 1985, el autor considera que el motivo fue salvaguardar el *Ius Solis* de Argentina en relación a la adquisición de nacionalidad.

16 Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil y Bolivia entre 1902 y 1905. En cuanto al interesante debate realizado en el marco del Tratado a ser suscripto con Chile, ver: GONZÁLEZ, Joaquín. *Obras completas: Senado de la Nación, Diario de Sesiones, Sesión del 26 de agosto de 1909*. vol IX.

17 Celebrada en México en 1902, y de la cual nace el primer tratado de arbitraje institucional que entró en vigor para República Dominicana, El Salvador, Guatemala, México, Perú y Uruguay. En: PODESTÁ COSTA, José María. Op. Cit. 1985, p. 401.

la independencia, o el honor de los Estados contratantes y que no se refieran a los intereses de terceros estados¹⁸. Así convivieron las dos variantes de tratados arbitrales.

Estados Unidos desde 1908 comienza una práctica similar a la de Gran Bretaña, al excluir del arbitraje cuestiones que afecten intereses vitales como la independencia o el honor nacional de las partes contratantes o los intereses de terceros, pero adiciona un compromiso arbitral que somete a posterior aprobación del Senado. Estos tratados suscriptos bajo esas fórmulas por Estados Unidos, se conocen como *Tratados Root*, y a esa fórmula adhiere Brasil, en 1908 y 1909, requiriendo de un compromiso que excluya cuestiones que afecten el honor, la integridad territorial, y los intereses de los terceros Estados¹⁹.

También son conocidos como *Tratados Knox*, los suscriptos por Estados Unidos en 1911, que versaban sobre aquellas “cuestiones arbitrales” que se pudieran resolver aplicando principios de derechos o de equidad. Sin embargo, no entraron en vigor debido a que requería la previa ratificación del acuerdo arbitral por el propio Senado.

Posterior -a la etapa de acuerdos bilaterales- se crea el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, el Tratado General de Arbitraje Interamericano de 1929, y la propia Carta de Naciones Unidas. Otros avances a nivel multilateral lo representan la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, y la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros²⁰.

Existen hoy ejemplos en el derecho internacional e instituciones o mecanismos de solución de controversias tales como la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París, que depende de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Asociación Americana de Arbitraje, el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), así como también modelos de normas de arbitraje como las sancionadas por la Comisión de Naciones Unidas en Derecho Comercial Internacional (CNUDCI, más conocida por su sigla en inglés UNCITRAL).

2. ETAPA FAVORABLE AL ARBITRAJE. CONSIDERACIONES EN MATERIA INVERSIONES

En los años 1990 se inicia lo que denominamos una etapa favorable al arbitraje, que surgida de un contexto internacional

18 PODESTÁ COSTA, José María. Op. Cit. 1985, p. 309-401.

19 *Ibíd.*

20 TAWIL, Guido. “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales. Concepto y Diferencias”. En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (ed). *El Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 32.

tendiente a la liberalización del comercio, favoreció al auge del arbitraje como mecanismo propicio para la solución de conflictos de modo ágil, flexible, y basado en el principio de autonomía de la voluntad²¹.

Esta etapa más amigable al arbitraje se relaciona con el avance en la suscripción de tratados bilaterales en materia de inversiones que tenían como finalidad la protección de las inversiones en los países receptores. Esta práctica se convirtió en materia corriente en casi toda la región y el motivo fue la desconfianza de los Estados inversores en relación a la justicia estatal de los Estados receptores, y las cláusulas favorables al inversionista contenidas en esos tratados.

2.1. Tratados Bilaterales de Inversión

Como mencionamos anteriormente, a principios del siglo XVIII Estados Unidos inicia la celebración de tratados bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación con el propósito primordial de establecer relaciones comerciales. Sin embargo estos tratados, que incluyen por primera vez disposiciones que garantizaban la protección especial de la propiedad de los nacionales de una de las partes en el territorio de la otra parte, no diferenciaban la “propiedad” de la “inversión”. Incorporaban el pago de una indemnización por la expropiación y algunos de ellos aplicaban la fórmula de la nación más favorecida (NMF) y el trato nacional²². Es decir, en un inicio la atención se centró en la protección de la propiedad, en lugar de inversión. En general, no contenían acuerdos especiales sobre el régimen de solución de controversias razón por la cual terminaban involucrando a los tribunales nacionales, ocasionalmente la diplomacia, o la fuerza militar, autorizada en ese entonces por la Doctrina Monroe.

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, las políticas de los aliados se centró en la liberalización del comercio. El consenso logrado en el GATT, en 1947, inicia una nueva etapa de acuerdos con características surgidas de esas rondas de negociación como el trato equitativo, y la protección a los extranjeros y sus compañías, (a pesar de que trataban de comercio y no se inversiones). Algunos de estos acuerdos incluyeron la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en la interpretación o aplicación de los acuerdos. Sumado al hecho de Naciones Unidas reconozca el derecho soberano de un Estado a nacionalizar sus recursos

²¹ El apogeo de ideas de flexibilización de los procesos era una sensación de aquellos años que incluso hizo que el ex presidente de la Corte de Justicia de Estados Unidos, Warren E. Burger expresara, en 1985, que los abogados debían recurrir más seguido al arbitraje a fin de reducir el número de litigios que inundan a los tribunales estatales y federales de la Unión americana. Discurso presentado en la reunión de la Asociación de Abogados de Estados Unidos, en Saint Paul, Minnesota. En: MORELLO, Augusto Mario. *El Arbitraje. Sus desafíos*. Buenos Aires: Lajouane, 2005. p. 25.

²² VANDELDE, Kenneth J. “A Brief History of International Investment Agreements”. *12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y*. 2005, 157.

naturales u otras actividades comerciales, incluso a las inversiones extranjeras generó recelo en los Estados inversores²³. En probable respuesta a estos hechos jurídicos los países desarrollados comenzaron a suscribir Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

Las características de estos tratados consisten en acordar resolver los conflictos a través del arbitraje internacional muchas veces sin necesidad de agotar las instancias locales previamente. Además incorporan: a) la cláusula de la nación más favorecida, lo que significa que cualquier concesión más favorable que se haga al Estado con el que se suscribió el tratado debe aplicarse automáticamente a todos los demás Estados que lo hayan hecho con anterioridad, b) el trato nacional, significa que exige que a los efectos del tratado los extranjeros sean objeto de igual trato que los nacionales. Se relaciona con los principios de no discriminación y deber de protección de la propiedad extranjera por parte del Estado receptor, c) el derecho de indemnización en caso de medidas expropiatorias, de nacionalización, o expropiación indirecta que se aplica cuando el inversor considera que limita su derecho de propiedad, d) la cláusulas paraguas, para proteger las obligaciones que surgen de los contratos que firman los Estados receptores con los inversionistas cuyo incumplimiento del contrato por el Estado receptor podría significar el incumplimiento del TBI, e) la cláusula de estabilización que significa que nadie tiene un derecho adquirido a un régimen jurídico general determinado²⁴.

Para la administración y aplicación global de estos convenios fue creado en 1966 el Centro Internacional de Arreglo de diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)²⁵, con sede en Washington, a pesar de que la organización internacional dice ser autónoma, se encuentra dentro de la órbita del Banco Mundial.

2.2. Suscripción de Tratados Bilaterales de Inversión en la Región

El incremento del uso del arbitraje en los países latinoamericanos en materia de inversiones, a partir de la década de los años noventa, se encuentra relacionado con las políticas neoliberales que la región implementó en aquellos años y cuyo objetivo fue la liberalización y desregulación de los mercados, la apertura al libre comercio, y la demanda de capitales mediante la adopción de marcos normativos

23 VANDELDELDE, Kenneth J. Op. Cit. 2005.

24 TAWIL, Guido. *Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional: derecho constitucional - doctrinas esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 893.

25 Por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados vigente desde 1966 y suscripto por 154 países.

propicios a la atracción de inversiones extranjeras²⁶.

Es decir que se entendió que la suscripción de TBI sería un medio para asegurar al inversionista a recibir un trato justo y al Estado como demostración de un marco jurídico seguro para atraer inversiones. Fue en ese contexto que la mayoría de los capitales extranjeros fueron dirigidos a los servicios públicos debido a los procesos de privatización de este tipo de actividades comerciales cediéndose jurisdicción en tribunales arbitrales extranjeros para resolver los conflictos que anteriormente estaban reservados por la materia o por la persona a la jurisdicción contencioso administrativa²⁷.

Esta serie de tratados fue muy criticado por la doctrina por considerarlos protectores de la seguridad jurídica de los dueños de los capitales a costa de los cambios legislativos internos que intentan hacer frente a las crisis de los países en desarrollo.

Es decir, que del mismo modo en que despertó seguidores, el arbitraje sumó muchos detractores debido a su vinculación con las políticas de mercado. Así, el reconocido jurista Remiro Brottons relativizó las ventajas del arbitraje resaltando que debía analizarse desde un punto de partida realista:

[...] el hecho de que los grandes centros de arbitraje impongan sus criterios a los comerciantes pertenecientes a países periféricos constituye una cierta fórmula de imperialismo económico contraria a los postulados del nuevo orden internacional, acudir a ciertas plazas de lugar en ocasiones a procedimientos costosos y a grandes dificultades de asesoramiento profesional circunstancias esta impuesta por un monopolio arbitral de facto²⁸.

Más allá de posturas radicales, a favor o en contra, muchos autores sostienen que las medidas de política económica o monetaria que pueda adoptar un Estado son medidas legítimas en el ejercicio del poder

26 Sólo en la década de los años 90 Argentina firmó 58 TBIs, Bolivia firmó 16, Ecuador 18, Venezuela 22, Chile 48, Perú 28, Uruguay 21 y Paraguay 18. Brasil firmó 15 pero no ratificó ninguno.

27 [...] “El incremento porcentual apuntado no se debió en verdad a oportunidades que habrían surgido localmente, sino, principalmente, a las políticas de privatización adoptadas, en la época, por los gobiernos de la región, por medio de las cuales el patrimonio de los Estados fue transferido en gran parte a la gestión privada en sectores como industria energética, telecomunicaciones, infraestructura y actividad bancaria. Es de resaltar, además, que el origen de las inversiones causado por las políticas de privatización, característica de la década del 90, es básicamente extraregional, representando los ingresos provenientes de Europa y Estados Unidos en ese período entre el 80 y 90% del total”. En: SUNÉ, Natasha y VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “Inversiones y Solución de Controversias en el MERCOSUR”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 2, n° 2, p. 195-220.

28 REMIRO BROTTONS, Antonio. “La Reconnaissance et l’Exécution des Sentences Arbitrales Etrangères”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* [en línea]. 1984, tomo 184, p. 169-354. Disponible en: <http://nijhoffonline.nl/book?id=er184_er184_169-354> [consulta: 20 enero 2015].

soberano del Estado, así como también resulta reconocen que resulta importante reflexionar sobre el hecho de que los centros de arbitraje en inversiones apliquen el carácter expropiatorio, casi siempre favorable al inversor, a toda medida que provoque un perjuicio económico sin concernir el carácter riesgoso de una inversión²⁹.

Coincidentemente con esta postura Masnatta sostuvo que en ese contexto se dieron las reclamaciones de las empresas de servicios públicos privatizados ante tribunales arbitrales extranjeros por demandas fundadas en medidas económicas de emergencia³⁰, adoptadas en situación de crisis económica a pesar de que lo arbitrable son los conflictos de intereses patrimoniales, y que deben considerarse fuera del ámbito del arbitraje las cuestiones de derecho público, derecho constitucional, penal y administrativo³¹.

Ante estos debates, recordemos que el profesor Werner Goldschmidt enseñaba que en los países de la Europa occidental se fue gestando, sobre todo en Italia, una doctrina opuesta a la clásica -de la exención incondicional del Estado a la jurisdicción de los tribunales de otro: *par in parem non habet imperium*-, que distinguía entre actos *iure gestionis* y actos *iure imperii*, para conceder la exención exclusivamente a la segunda categoría³². Tal pensamiento, se mantiene aún hoy cuando se encuentren comprometidos la soberanía, el interés u orden público, o actos estatales *iure imperii*, por ejemplo en controversias tributarias en que se encuentra comprometido el interés soberano sobre el diseño del sistema fiscal y la percepción de las rentas públicas³³. En materia de deuda pública, también ha sido interpretada en forma contraria a la cesión de jurisdicción como aquellos atributos de soberanía que son monopolio del Estado³⁴.

El caso argentino es uno de los más emblemáticos en razón de la

29 Por ejemplo, la Corte Federal de Apelaciones de los EE.UU. descartó en su sentencia de 6 de enero de 1987 en el asunto *West c. Multibanco Comermex* que una redenominación a pesos mexicanos de depósitos bancarios en dólares en entidades mexicanas pudiera ser calificada como una medida de expropiación indirecta. En: ZONIS, Fabiana. "Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional". *Sup. Act La Ley*. 24/06/2004.

30 También Salomoni sostuvo que la "emergencia" tiene por objeto dotar a los poderes públicos de las herramientas adecuadas para cumplir sus funciones, y que en el sistema de emergencia los derechos son precarios, estando permitidas las restricciones, respetando el principio constitucional de igualdad.

31 MASNATTA, Héctor. *La era de las crisis: instrumentos normativos, jurisdiccionales y parajurisdiccionales*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 1275.

32 CASÁS, José Osvaldo. *Breves reflexiones -a raíz de una sentencia- sobre el arbitraje internacional y el orden público constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2005.

33 *Ibid.*

34 La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) argentina en "Claren Corporation c/ Estado Nacional" del 6/03/2014, siguiendo lo sentado en los fallos "Brunicardi" (Fallos 319:2886) y "Galli" (Fallos 328:690) en relación a la sentencia dictada por el juzgado del Distrito Sur de Nueva York, a cargo de Thomas Griesa, que condenó a la República Argentina a pagar capital e intereses de los Bonos Externos Globales 2017 (conocidos como "Bonex 2017"), rechazó del exequátur en base a que el reconocimiento de dicha sentencia extranjera afectaría principios de orden público del derecho argentino.

cantidad de procesos arbitrales suscitados en el CIADI, consecuencia de la profunda crisis de fines del año 2001³⁵ y las sucesivas medidas correctivas dispuestas por el entonces Ministro de Economía de ese país³⁶. Tal es así, que en el año 2002 el Congreso argentino declaró una situación de emergencia pública a la vez que dejó sin efecto el tipo de cambio fijado al dólar y autorizó al poder ejecutivo a adoptar una política cambiaria mediante la libre flotación³⁷. En este contexto, se suprimieron los derechos de los titulares de licencias de servicios públicos a reajustar las tarifas en función del IPP de los Estados Unidos, así como el sistema de cálculo de las tarifas en dólares³⁸. Las tarifas respectivas se pesificaron al tipo de cambio de un peso por dólar del mismo modo que se aplicó a todos los contratos privados denominados en dólares u otras monedas extranjeras.

El hecho de que el peso argentino fuera continuamente devaluado afectó a las empresas prestatarias de servicios públicos que habían pactado TBI o contratos con jurisdicción en el CIADI³⁹ provocando una seguidilla de presentaciones en contra de la República Argentina⁴⁰.

35 Ello fue seguido por una considerable fuga de capitales de la República Argentina. Como consecuencia de esos hechos, mediante el decreto 1570 del año 2001 el gobierno introdujo el “corralito,” que limitó el derecho de retirar depósitos de cuentas bancarias. El país se declaró en cesación de pagos.

36 También Jorge Luis Salomoni sostuvo que: a) es difícil encontrar en el derecho comparado otro país (como Argentina) que sin exigencia de reciprocidad ni evaluación del impacto que podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacionales, hubiera admitido la internacionalización de su orden jurídico, y b) que la “emergencia” tiene por objeto dotar a los poderes públicos de herramientas adecuadas para la realización de sus funciones, c) que en el sistema de emergencia los derechos son precarios, estando permitidas las restricciones, respetando el principio constitucional de igualdad, d) que la jurisprudencia de la CSJN establece que los contratos bajo emergencia y durante la misma se iban a ejecutar, e) que la CN ha recibido el sistema internacional de protección de los derechos humanos, los que son superiores y anteriores a los Estados nacionales y prevalecen sobre cualquier otro orden público, inclusive sobre el internacional general. En: SALOMONI, J. L. “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”. *El Derecho, suplemento de Derecho Administrativo*. 2003.

37 Ley 25.561 de 2002.

38 IPP: Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos.

39 Las empresas privatizadas argumentaron que la ley 25.561 era arbitraria y que el gobierno nacional había provocado un efecto similar al de la expropiación (expropiación indirecta). El contenido de los TBI es muy similar y la mayoría garantiza a los ciudadanos de otro Estado los siguientes estándares: libertad para invertir; tratamiento justo y equitativo y no discriminatorio; imposibilidad de expropiación o medida equivalente sin indemnización; libre transferencia de las rentas. Las empresas privatizadas sostuvieron, en general, que Argentina había infringido las siguientes obligaciones: a) de no obstaculizar las inversiones realizadas por los inversionistas b) de garantizar en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones extranjeras c) de no adoptar medidas de efectos similares a una expropiación sin indemnización. En: ZONIS, Fabiana. Op.cit.

40 La situación actual de Argentina, frente a los casos llevados ante el CIADI, ha variado en el último tiempo debido a que el Estado ha realizado con las 5 empresas beneficiadas con laudos de CIADI un acuerdo renegociando el valor total a pagar. Ver artículo publicado en La Nación, Sección Economía, el día 10/10/ 2013. *Argentina llega a acuerdos con empresas por demandas ante el Banco Mundial*. Disponible en: <http://www.lanacion.com>.

Toda esta situación desarrollada, y en contextos de crisis hizo que países como Bolivia, Ecuador y Venezuela denunciaran los tratados del CIADI⁴¹.

De los países de América del Sur, Brasil ha sido el país que ha mantenido una política de no suscripción de la Convención CIADI ni ha firmado ningún Tratado Bilateral con ningún Estado sobre la materia. Aparentemente los motivos se vinculan a lo declarado en la Constitución de ese país en relación al monopolio del Poder Judicial para decidir en esa materia y la consecuente oposición de que sea una organización internacional la que decida cuestiones pertenecientes al ámbito judicial. Además de la violación al principio de igualdad ante la ley que se vería afectado colocando en una posición de privilegio a los inversores extranjeros⁴². Esta situación no ha damnificado la recepción de inversiones de este país, contrariamente a lo que sostenían los países vecinos en aquellos años.

2.3. Inversiones Extranjeras en la Región

Como mencionamos, la mayoría de las inversiones extranjeras directas que se recibieron en los años noventa en la región se dirigieron al sector de servicios públicos y la mayoría de los contratos celebrados entre las empresas privadas y el Estado se pactaron en dólares y fijaron como fuero jurisdiccional al CIADI. En ese contexto, podemos observar que la importancia del arbitraje se agudizó en la etapa privatizadora de las empresas estatales⁴³. Y hasta ese entonces ningún jurista dudaba que el derecho aplicable a un servicio público era el derecho nacional, que

ar/1627810-argentina-llega-a-acuerdos-con-empresas-por-demandas-ante-el-banco-mundial y el artículo publicado en *Télam*, Sección Economía, el día 11/10/2013. *Argentina llegó a un acuerdo con cinco empresas internacionales para resolver litigios ante el Ciadi*. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201310/36264-argentina-llega-a-un-acuerdo-con-cinco-empresas-internacionales-para-resolver-litigios-ante-el-ciadi.html>

41 En cuanto a los países que denunciaron el acuerdo del CIADI resaltamos que deben transcurrir 10 años hasta que se desvincule definitivamente del acuerdo. Venezuela notificó al Banco Mundial el 24 de enero de 2012 su denuncia al tratado. Para ese entonces ya lo habían denunciado Ecuador y Bolivia.

42 TIBURCIO, Carmen. "Arbitragem de Investimento no Brasil". En: ROSADO de SÁ RIBEIRO, Marilda (ed). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 237. En el mismo sentido, el juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Guillermo Andrés Muñoz, sostiene: El art. 20 de la Constitución federal argentina lo que asegura al extranjero es la igualdad con los nacionales, pero no situaciones de privilegio frente a ellos... Esos privilegios sin duda ya existen [...] *El poder someterse al arbitraje ante la desconfianza a los tribunales nacionales, es otro privilegio que no tenemos los argentinos. A mí pueden no gustarme los jueces argentinos -de hecho yo me gusto cada vez menos- pero no puedo elegir, no puedo ir a un árbitro internacional. El inversor extranjero sí [...] Como ustedes pueden apreciar los privilegios acordados a los inversores extranjeros son muchos. Quizás demasiado [...]* MUÑOZ, Guillermo A. "El Arbitraje en los Contratos Internacionales celebrados por el Estado". En: *Actualidad en el Derecho Público*. 1999, n° 10.

43 BOGGIANO, Antonio. La Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral para el derecho internacional de las privatizaciones. Buenos Aires: La Ley, 1989. Tomo E-p.302

una contratación administrativa cuyo objeto era el abastecimiento de agua potable, por ejemplo, se regía por las normas de derecho público nacional con las respectivas prerrogativas de la Administración⁴⁴. Menos aún se ponía en duda que la jurisdicción para decidir sobre esos contratos era la local⁴⁵.

Todas estas circunstancias, que deben ser tendidas en cuenta por los Estados que suscriben un TBI en la actualidad, se agudizan por el fenómeno de que la actividad administrativa tiende a extenderse internacionalmente (en actividades como las comunicaciones, transporte, tendido eléctrico, utilización de vías fluviales, integración ferroviaria internacional, etc., fuertemente debatidos en los sistemas jurídicos comunitarios, como el de la Unión Europea, que regulan cuestiones internas de los Estados)⁴⁶.

Ante esta realidad, debemos preguntarnos si será mediante el instituto del arbitraje que se tratará la solución de conflictos que son cada vez más complejos, y cuál será el posicionamiento de nuestra región ante los grandes grupos de intereses representados principalmente por países desarrollados.

Más allá de decidir un posicionamiento conjunto en relación a ésta práctica, sería bueno que la región debata sobre qué tipo de inversiones extranjeras son las que desea recibir, qué mecanismos utilizará para la solución de conflictos o con cuáles tendrá mayores incentivos.

Estos interrogantes responden al informe de la CEPAL en cuanto observa que las inversiones destinadas a las industrias de contenido tecnológico o destinadas a la investigación científica y desarrollo

44 TAWIL, Guido. *On the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine: arbitration advocacy in changing times*, ICCA Congress, Series n° 15 a 325, Kluwer, 2011.

El autor plantea que los contratos administrativos están siendo sometidos a diversos regímenes jurídicos cuya característica es el carácter global, lo que limita las prerrogativas contractuales del Estado.

45 Boggiano, redactor de la sentencia Cafés La Virginia que, con visión monista del derecho internacional, permitió la interpretación que luego sería incorporada en la reforma de la CN de 1994, de superioridad de las leyes a los tratados internacionales, plantea entonces el problema de la jurisdicción internacional de causas administrativas. Para ello diferenciaba entre el derecho administrativo internacional al que considera como un derecho interno cuyo objetivo es la solución de casos de límites de la competencia administrativa propia y extranjera, y el derecho internacional que regula cuestiones de derecho administrativo por vía convencional entre distintos Estados cuyo objetivo principal es dar soluciones a los casos administrativos multijurisdiccionales. BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Público y Privado y Derecho del MERCOSUR*, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Buenos Aires: La Ley, 1998. Tomo I, p. 55.

46 A pesar de que el MERCOSUR es un sistema intergubernamental y el derecho que crea es derecho de integración u no comunitario, puede observarse esta tendencia, a menor escala, en el aumento de normativa en el MERCOSUR relacionada a materias como las obras públicas, que faciliten las comunicaciones y el comercio. Comienzan a realizarse licitaciones públicas internacionales en la participación del Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM) cuyo procedimiento de licitación está regulado para las empresas de los países del MERCOSUR.

siguen representando el porcentaje menor de los recursos directos que recibe América Latina⁴⁷, mientras que el destino del capital ha sido en los últimos veinte años el sector servicios principalmente vinculados actividades relacionadas a los recursos naturales⁴⁸.

Debemos entonces pensar el tipo de inversiones que queremos recibir en la región ya que el impacto de las mismas depende de la inversión de que se trate, así las destinadas a sectores de alta tecnología tienen más potencial de contribuir al desarrollo del Estado receptor mediante la transferencia de conocimiento e incremento de la capacidad local⁴⁹. Estas decisiones deben tomarse en la región analizando el impacto social y ambiental de las inversiones recibidas.

2.4. Globalización e Inversiones

La innovación tecnológica y celeridad de las comunicaciones en los tiempos actuales han reducido considerablemente los costos de emprender una actividad comercial en otros Estados. La transferencia de capital se ha agilizado notablemente, y la liberalización del comercio, fuertemente respaldada por los países desarrollados en materia de bienes industrializados, ha permitido un crecimiento de la inversión extranjera e intercambio comercial muy importante entre los Estados⁵⁰. Los procesos de integración económica, no son extraños a este contexto⁵¹.

Sostiene Pérez Hualde que la realidad tecnológica ha impulsado las grandes concentraciones económicas y la conformación de grupos de intereses que sobrepasan en poder a muchos Estados nacionales (sectores financieros, medicinales, armamentos, petroleros, y de comunicaciones), debiendo entonces los mismo agruparse en forma de región para subsistir⁵².

47 CEPAL. *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2011* [en línea]. Santiago de Chile: CEPAL, 2012. p 35 [consultado 20 ene 2015]. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/1146-la-inversion-extranjera-directa-en-america-latina-y-el-caribe-informe-2011>>.

48 SUÑÉ, Natasha y VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. Cit. p. 195-220

49 CEPAL. *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2013* [en línea]. Santiago de Chile: CEPAL, 2014. p 11 [consultado 20 ene 2015]. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36805/S1420131_es.pdf?sequence=1>.

50 Según el informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL- de 2011, América Latina y el Caribe recibieron juntos cerca de 153 billones de dólares a título de inversiones externas directas -28% más que en 2010.

51 A pesar del informe de la CEPAL de 2014 que enuncia que el contexto externo ha sido poco favorable a la recepción de inversiones por la permanencia de la crisis en Estados Unidos, Europa y Japón, lo que se reflejó en una brusca caída de la inversión extranjera en la región (disminuyó 23% en el primer semestre de 2014 respecto del mismo período del año anterior). Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/comunicados/disminuye-en-23-inversion-extranjera-directa-en-america-latina-en-el-primer-semester-de>>.

52 PEREZ HUALDE, Alejandro. Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. En: *Suplemento La Ley Administrativo*. 28/08/2007, p. 7. El autor hace referencia a SPOTA, Alberto Antonio. *Globalización, Integración y Derecho Constitucional*. La Ley, 1999-A, p. 905. En síntesis, asevera que la globalización es un hecho que no se discute, y que se nos presenta "como una situación donde los intereses no sólo prescinden de toda consideración de

Ahora bien, veremos que la globalización corta transversalmente al derecho administrativo y al derecho internacional⁵³. Al derecho internacional público en cuanto era el derecho de basado en la protección de la soberanía de los Estados nacionales y en el cual sólo ellos eran los detentores de legitimación en los tribunales internacionales⁵⁴, en razón se der los únicos sujetos de derecho. Hoy en día aparecen nuevas figuras que modifican esa condición, como la de los inversores. Así, en este tipo de tratado los inversores negocian en igualdad de condiciones con los Estados, manifestándose una amplitud en la legitimación internacional. Böckstiegel, en el mismo sentido, menciona que algunos de estos nuevos litigantes internacionales (inversionista) como algunas compañías multinacionales probablemente tengan más recursos que cualquier pequeño Estado demandado⁵⁵.

En cuanto al derecho administrativo, recordemos que Cassese plantea la *desestatización del Estado* por dos cuestiones: la existencia de un derecho administrativo internacional no ligado al Estado sino a administraciones globales y la afirmación de reglas globales producidas por tratados o por organizaciones internacionales⁵⁶. En ese orden de ideas, Bachard considera que una consecuencia de esa gobernanza global implica que muchos interrogantes acerca de la redistribución de la riqueza, por ejemplo, se eliminen de la esfera donde es posible la disidencia política, como en los Congresos Nacionales, y se entreguen en manos de pequeños grupos de personas que no son responsables ante quienes que se verían afectados por sus decisiones⁵⁷. Lamentablemente

nacionalidad sino que también discrepan y se enfrentan con los intereses propios de los estados nación y con las regionalizaciones que éstos organizan procurando subsistir”

53 Instituciones como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), van exigiendo condiciones sobre la contratación administrativa. Por ejemplo uno de los grandes temas de la OMC es la contratación pública. Disponible en: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm>.

54 CREMADES, Bernardo. *La Participación de los Estados en el Arbitraje Internacional*, Revista Internacional de Arbitraje. Bogotá: Legis, 2011.

55 BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. *Empresa vs. Estado: el nuevo David y Goliath?* Londres: s.n., 2007, p. 95-96. En palabras del autor: “because some of these private claimants, as large multinational companies, may well have more resources available than a rather small state being a respondent [...] the political or economic deal was clear: many states became aware that, for their economic development they needed the financial resources as well as the technical and managerial know-how of foreign companies [...] From my own cases as arbitrator over recent years, I have the impression that the majority of disputes between states and foreign investors occur either in the context of privatization programmes, or where a charge of government does not wish to continue with earlier policies of contracts of its predecessor”. Aunque termina sosteniendo la igualdad de trato entre ellas existe un desequilibrio entre la capacidad legal de unas y otras a lo que le autor sugiere a los Estados pequeños el asesoramiento con importantes firmas de abogados, lo que resulta en mi opinión nuevamente desventajoso.

56 CASSESE, Sabino. *La Crisis del Estado*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003. p.73.

57 “[...] Cet état de fait a une conséquence importante sur la gouvernance globale: il signifie que plusieurs questions importantes concernant la redistribution des richesses se trouvent retirées de la sphère où une contestation politique est possible et remises entre les mains d’un petit groupe d’individus qui ne sont pas responsables à l’égard des gens qui sont touchés par leur décisions”

este tema no debe ser ajeno a un posicionamiento de nuestra región (que sigue siendo el continente más desigual del mundo) razón por la cual la política de atracción de inversiones debe ser diseñadas considerando estos parámetros de participación política y evaluado el impacto social de esas decisiones.

Estas reflexiones en torno a la litigación internacional (Estados contra inversores) y la desestatización del Estado (pérdida de soberanía en materia económica) nos enfrentan a un desafío muy importante que debe ser abordado en conjunto por los países regionales. Es necesario que la voz sea única porque representa los intereses de los países en desarrollo de toda la región y deben confrontar un pensamiento céntrico surgido en el seno de los países desarrollados.

3. ACUERDOS REGIONALES Y ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

En un contexto internacional de proliferación de acuerdos regionales y procesos de integración, cuyos proyectos integracionistas surgen con diferentes características y objetivos, pero que en general esa proliferación, se debe en gran medida, a que la característica principal del sistema multilateral del comercio es el principio de la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) sobre la cual las regiones logran una excepción.

El art. 24 del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT), de 1947, dejó cierto margen a los Estados para que se concedan un trato más preferencial con carácter recíproco mediante la celebración de acuerdos que tiendan a la formación de zonas de libre comercio (ZLC) o uniones aduaneras (UA)⁵⁸. Posteriormente, en 1994, la Ronda Uruguay que dio origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC) incluyó en sus disposiciones el texto del GATT, logrando de este modo una excepción a la cláusula de la NMF evitando así que las ventajas o beneficios concedidas por un país a otro se extiendan a los demás países que suscribieron el acuerdo multilateral⁵⁹.

Es decir, el incremento en el número de acuerdos comerciales

En: BACHAND, Rémi. *Les affaires Arbitrales Internationales Concertant l'Argentine: Enjeux Pour la Gouvernance Globale*. Paris: Editions A. Pedone, 2010. Extrait de la Revue Générale de Droit Administratif Avril-Juin 2010, n° 2, p. 316.

58 En los años del GATT se notificó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) creada en 1960, cuyo objetivo era lograr una mejor calidad de vida y de propiciar el desarrollo de la región mediante la promoción de las industrias nacionales. Éste intento no tuvo éxito y en 1980 fue reemplazado por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), con la suscripción del Tratado de Montevideo que establece un área de preferencias económicas y la posterior concreción de un mercado común para toda América Latina. Éste último permitía acuerdos de alcance parcial o subregional.

59 El texto adoptado en la Conferencia de La Habana de 1947 que permitía las ZLC y las UA fue posteriormente incorporado al GATT en 1945. La Carta de La Habana, que creaba la Organización Internacional del Comercio (OIT), nunca llegó a entrar en vigencia.

regionales, iniciado a principios de los años 1990, se relaciona, principalmente, como modo de lograr una excepción, entre países que conforman estos acuerdos, a las normas de la OMC⁶⁰. Según informa esta organización internacional al 15 de junio de 2014, se habían notificado unos 585 acuerdos regionales (si se cuentan por separado bienes y servicios), de los cuales 379 se encuentran en vigor. Entre estos acuerdos comerciales regionales se destacan la Unión Europea (UE), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)⁶¹, la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN), el Mercado Común del África Oriental y Meridional (COMESA)⁶², entre otros.

En prácticamente todos los procesos de integración regional se prevén normas de solución de controversias que utilizan, primordialmente, al arbitraje como mecanismo de remediar los conflictos entre los Estados. Es decir, los acuerdos comerciales regionales prevén cláusulas de solución de controversias específicas basadas en instancias arbitrales, siendo excepción aquellos sistemas de integración que crean sistemas judiciales.

Es cierto que algunos sistemas de integración de la región latinoamericana avanzaron en la creación de tribunales de justicia, como la Comunidad Andina de Naciones (CAN)⁶³, o el Sistema de Integración Centroamericana (SICA)⁶⁴, aunque prevén que los mismos jueces puedan actuar como árbitros componiendo tribunales arbitrales, y el Tribunal de Justicia de Comunidad Económica del Caribe (CARICOM).

En el ámbito geográfico latinoamericano, resaltamos que los procesos de integración que se desarrollan (ALADI, MERCOSUR, CAN, UNASUR) prevén sistemas de solución de controversias basados en el arbitraje entre Estados.

Por ejemplo, el sistema de solución de controversias del

60 El incremento se produce justamente a partir de la década de los noventa ya que durante la vigencia del GATT sólo fueron notificados 124 acuerdos regionales, de los que 8 sólo continuaban en vigor en 1995 Informe sobre Comercio Mundial. OMC 2011. Pág. 184. Disponible en: <http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report11_s.pdf>.

61 El Tratado de Asunción, que da origen al MERCOSUR, fue notificado como Acuerdo de Complementación Económica (ACE) de alcance parcial, ACE N°18, dentro del marco de la ALADI, y la inscripción en el GATT se notificaría bajo la cláusula de la habilitación. Esta cláusula, surgida durante el período del GATT ofrece una excepción de la cláusula de la NMF para los contratantes de los acuerdos regionales suscriptos entre países en desarrollo. En: SCOTTI, Luciana. "El Derecho de la Integración en el Mercosur". En: NEGRO, Sandra (ed). *Derecho de la Integración Manual*. Buenos Aires: B de F, Buenos Aires, 2010.

62 Disponible en: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm>

63 Prevé la función arbitral en los arts. 38 y 39 establece que la Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrativo las controversias que los particulares les sometan respecto de la interpretación o aplicación de los contratos privados que entre ellos celebren en conformidad al derecho andino. También el Protocolo de Cochabamba prevé que el Tribunal ejerza funciones arbitrales.

64 Poe ejemplo el art. 35 reformado del Protocolo al Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central (del 12 de julio de 1997) establece que: "Las controversias que surjan entre los Gobiernos respecto a la interpretación y aplicación del Tratado, que no sean resueltas mediante negociación se someterán a arbitraje".

MERCOSUR⁶⁵ tiene un mecanismo basado en el arbitraje que abarca un abanico de materias tan amplio como la normativa del MERCOSUR, pudiendo incluso decidir en materia de inversiones si las normas mercosureñas las comprenden⁶⁶. Del mismo modo, en el ámbito de la Unión de las Naciones Suramericanas –UNASUR– se trabaja en el proyecto de Protocolo Constitutivo del Centro de Mediación y Arbitraje en Materia de Inversiones.

Para finalizar recordemos que Rosatti sostiene que uno de los desafíos de la globalización es justamente un desafío jurídico que se expresa en la necesidad de dirimir las disputas, de este mundo ampliado, mediante reglas conocidas y aceptadas previamente por todos los involucrados⁶⁷.

3.1. Desafíos de la Región

El último informe del CIADI, de 2014, muestra en sus estadísticas que en relación a la distribución por región geográfica de todos los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y del Reglamento del Mecanismo Complementario la región con más casos en el mundo es América del Sur, abarcando el 27% de los casos⁶⁸.

A la vez, el mismo estudio muestra que los árbitros, conciliadores y miembros de los comités *ad hoc* elegidos pertenecen en un 47% a países de Europa occidental, en un 21% a América del Norte, y en sólo un 11% a América el Sur⁶⁹. La actuación de esos árbitros, cuestionada por parte de la doctrina⁷⁰, en razón de sólo considerar cuestiones económicas

65 En el año 2002 se firmó el Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias que ha incorporado dos características atípicas en el arbitraje: un tribunal de revisión y la competencia consultiva. Pendiente de concreción del sistema permanente de solución de controversias en el MERCOSUR (estipulado en el Tratado de Asunción y reiterado en el art. 44 del Protocolo de Ouro Preto - POP), la incorporación de Venezuela como Estado Parte del MERCOSUR y el proceso de adhesión que en la actualidad realiza Bolivia, traen aparejada la aprobación del Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias, previsto para la situación de incorporación de nuevos Estados Parte como miembros plenos en el MERCOSUR.

66 Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos.

67 ROSATTI, Horacio; BIELSA, Rafael; LAVAGNA, Roberto. Globalización, Estado y Derecho, En: *Estado y Globalización*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005. p. 112.

68 Disponible en: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20(Spanish).pdf)>.

69 Las diferencias corresponden tanto a los nombramientos por las partes como a los nombramientos por el CIADI. Página 18 de informe.

70 [...] “Ce constat selon lequel les règles sont assez flexibles pour permettre aux arbitres de rendre une décision favorable autant à l’une qu’à l’autre des parties ébranle l’idée reçue selon laquelle ces décisions découlent de la seule application déductive et objective du droit en vigueur. Il remet aussi en question [...] le caractère apolitique de ces arbitrages: En effet; à partir du moment où les règles ne sont plus suffisant pour expliquer le résultat d’une décision; nous sommes en droit de nous questionner sur les autres variables qui influenceront celle-ci et nous en arrivons rapidement à identifier deux d’entre elles, a savoir préjugés idéologiques qui sont généralement partagés par l’ensemble d’une communauté épistémique (ici, les arbitres) et qui découlent d’une vision du monde commune et les préférences personnelles des individus rendant

y no de otra índole (como el impacto social), deberían pertenecer en forma más equitativa a las distintas regiones geográficas y por ende a las distintas visiones del mundo, y no sólo a las del mundo desarrollado (pensamiento céntrico). Esto es importante, ya que como mencionamos América Latina tiene muchos desafíos que afrontar y quizá el primero sea dejar de ser el continente más desigual del mundo⁷¹.

El arbitraje puede ser una opción siempre y cuando las normas sean claras para las partes, los árbitros sean idóneos y más representativos. América Latina debería exigir que se garanticen representantes de las distintas visiones del mundo (desarrollado y subdesarrollado), que los costos a afrontar sean razonables (accesibles por los países subdesarrollados), y la celeridad en la solución del caso evidencie ventajas para las partes (disminuir litigiosidad).

Para finalizar, podemos mencionar que la región latinoamericana debe lograr un posicionamiento como región única en varios de los planteos que le pertenecen como países en desarrollo. Ello es así porque negociar como región no es lo mismo que negociar sólo, más aún cuando los intereses de los países de nuestra región son tan semejantes. Además de las relaciones comerciales y en materia de inversiones entre los países desarrollados y los países en desarrollo, se encuentran las relaciones surgidas a causa de las deudas soberanas⁷², otro interesante punto en el que deben converger los posicionamientos de nuestros países. Es curioso que si un inversor extranjero tiene un conflicto con un Estado tiene todos los mecanismos para iniciar un procedimiento ante el CIADI y si un Estado adeudado tiene un conflicto con un acreedor no cuenta con mecanismos multilaterales para resolver los conflictos⁷³. Pareciera que a

ces décisions [...] en autre des dimensions économiques” En: BACHAND, Rémi. Op. Cit. p. 315.
71 Thomas Piketty para analizar la desigualdad mundial divide a América en dos conjuntos muy distintos y más desiguales que los conjuntos del bloque europeo. Así enuncia que el sector de EEUU y Canadá tienen 350 millones de habitantes con un PIB por habitante de 40.000 euros y América Latina, con 600 millones de habitantes un PIB de 10.000 euros. Lo que demuestra una desigualdad aun mayor que la de Europa del norte y Europa del sur. En: PIKETTY, Thomas, *Op. Cit.*, Buenos Aires, 2014, pág. 86 y 87.

72 América Latina, nuevamente protagonista, y con unas cifras impresionantes que la CEPAL publica demuestra que en los años 1970 la deuda pasó de representar el 22% al 45% del PBI, mientras que en los años 1980 la región retrocedió del 121% de promedio del PIB per cápita mundial al 98% y del 34% al 26% del PIB por habitante de los países desarrollados lo que significó una enorme transferencia de recursos a los países centrales. Esto significa que entre 1980 y 2006 los países en desarrollo devolvieron 12 veces lo que debían en capitales e intereses de la deuda externa, y en la actualidad se sigue debiendo cinco veces más de lo que se debía al comienzo del periodo. En: OCAMPO, José Antonio, *La Crisis de la Deuda a la luz de la Historia*, Disponible en: <http://www.cepal.org/de/agenda/2/49222/1.3__J_A_Ocampo_Crisis_de_la_deuda_con_graficos.pdf>.

73 Más allá de las discusiones sobre si los tratados bilaterales de inversiones sientan estándares que los convierten o no en multilaterales. La cláusula de la nación más favorecida que significa que cualquier concesión más favorable que se haga al Estado con el que se suscribió el tratado deba aplicarse automáticamente a todos los demás Estados que lo hayan hecho con anterioridad, crea un régimen multilateral de protección de la inversión al ofrecer la posibilidad, a otros inversores, de lograr los beneficios otorgados a una tercera nación.

nivel multilateral los países en desarrollo se encuentran en condiciones de desigualdad para negociar frente a los países desarrollados por lo que es necesaria la convergencia en una sola voz⁷⁴.

3.2. Inversiones y Arbitraje. Avances y Posibilidades

Mientras algunos economistas sostienen que las regiones o países que han especializado más profundamente su producción y servicios gozan de ventajas que se acrecientan con el tiempo, y que esta especialización derivará en la desindustrialización de los países de industrialización tardía (ya que no estarán en condiciones de competir con los más adelantados⁷⁵), es interesante preguntarse el destino que queremos para nuestra región. En qué queremos invertir y dirigir los flujos recibidos como inversiones extranjeras.

Como mencionamos, debemos redefinir algunos conceptos y pensar a largo plazo el tipo de inversión y el modo elegido para solucionar los conflictos de modo más equitativo, ya que quien decide invertir (para obtener ganancias) no presenta una situación de privilegio sino que se está beneficiando de un nuevo mercado, que debe ofrecer un marco jurídico equitativo, no de privilegio.

Thomas Piketty sostiene que la teoría económica clásica, en relación a la convergencia entre países, realiza la siguiente lógica:

Si los países ricos rebosan de ahorro y capital, hasta el punto de que ya no sirve de gran cosa construir un edificio más o instalar otra máquina en sus fábricas [...] entonces puede ser colectivamente eficiente que inviertan una parte de su ahorro en los países pobres. De esta manera, los países ricos [...] obtendrían una mejor tasa de rendimiento por su inversión y los países pobres podrán reducir su rezago en la producción⁷⁶.

Sin embargo, el autor hace una crítica a la teoría clásica basada

74 Como para el comercio, en la OMC, y las inversiones, CIADI, como en materia de deuda soberana, es necesario los agrupamientos de los Estados en desarrollo en posiciones únicas. Por ejemplo, los países de la cumbre del G20 en Australia de 2014, y en el mismo sentido que el G77 más China fueron apoyados por organizaciones internacionales multilaterales y regionales, como Naciones Unidas, la OEA, MERCOSUR, ALBA y CELAC. A nivel de la Asamblea General de la ONU- se adoptó la resolución 68/304 del 9 de septiembre de 2014 (por 124 votos a favor, 11 votos en contra y 41) por medio de la cual se llama a la adopción de marco multilateral. Los 11 votos contrarios que recibió la resolución pertenecen a: Alemania, Australia, Canadá, Estados Unidos, Finlandia, Hungría, Irlanda, Israel, Japón, República Checa y Reino Unido.

75 KRUGMAN, Paul. "What's new about the new economic geography?". *Oxford Review of Economic Policy*. 1991, vol. 14, n°. 2.

76 Según la teoría económica clásica se supone que la libre circulación de los capitales y la igualdad de la productividad marginal del capital a nivel mundial es el fundamento del proceso de convergencia entre países y de la reducción tendencial de las desigualdades a lo largo de la historia a causa de las fuerzas del mercado y de la competencia.

en dos importantes defectos. En primer lugar, dicho mecanismo no garantiza de modo alguno la convergencia de los ingresos por habitante a nivel mundial, sino que en el mejor de los casos podría llevar a la convergencia de los ingresos por habitante, a condición, sin embargo, de suponer una perfecta calificación de la mano de obra y del capital humano entre los países -lo que no es nada fácil-⁷⁷.

Además que una vez realizada las inversiones es muy posible que los países ricos sigan poseyendo a los países pobres de manera permanente y eventualmente en proporciones mayores, de tal manera que el ingreso nacional de los países ricos sea siempre más elevado que el de los países pobres quienes seguirán pagando (permanentemente) una proporción importante de lo que producen a sus poseedores.

Para concluir el autor sostiene que la verdadera convergencia se daría con una inserción internacional destinada a obtener mayores ventajas tecnológicas y con contenido científico, contrariamente a lo que observamos en el informe de la CEPAL que ocurre en nuestra región, donde el porcentaje menor de las inversiones directas extranjeras se dirigen a materia tecnológica y científica. Por esa razón debemos redefinir el tipo de inversión que debemos fomentar y ello debe estar vinculado con sistema de solución de controversias que represente en forma más equitativa a los países desarrollados y subdesarrollados, iniciando así, una nueva etapa innovadora en el mecanismo de resolver disputas.

En este contexto regional, los mecanismos de solución de controversias, en especial el arbitraje, deben adecuarse a un mundo multipolar cuyas decisiones tiendan a ser cada vez más democráticas.

Para finalizar, Ferrer, en un análisis sobre la obra de Raúl Prebisch sostiene que ante los desafíos de la globalización, este autor dejó tres mensajes que gozan de plena vigencia: primero, los países desarrollados conforman visiones del orden mundial funcionales a sus propios intereses (pensamiento céntrico) por lo que hay que desafiar ese esquema teórico para resolver el dilema (fortalecer la capacidad de respuesta), segundo, que es posible transformar la realidad y lograr una relación simétrica (no subordinada) con los centros de poder mundial, y tercero, que la transformación requiere un cambio profundo en la estructura productiva para incorporar el conocimiento (instrumento fundamental del desarrollo)⁷⁸.

77 PIKETTY, Thomas. *El Capital en el Siglo XXI*. Buenos Aires: FCE, 2014. p. 86-87.

78 FERRER, Aldo. "Raúl Prebisch y el dilema del desarrollo en el mundo global". *Revista CEPAL* [en línea]. 2010, n° 101 [consulta: 20 enero 2015]. Disponible en: <<http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11403/101007015.pdf?sequence=1>>.

CONCLUSIÓN

Creemos que el arbitraje puede ser una opción siempre y cuando las normas sean claras para las partes, los árbitros sean idóneos y representen las distintas visiones del mundo (desarrollado y subdesarrollado), los costos sean razonables (accesibles por los países subdesarrollados), y la celeridad en la solución del caso evidencie ventajas.

El mecanismo de solución de controversias debe ser analizado en conjunto con las políticas de atracción de inversiones con el fin de desafiar el esquema teórico de los países centrales. Debe pensarse como región, en un posicionamiento único, basado en los intereses de nuestros países y destinado a lograr una inserción internacional cuya meta sea la obtención de mayores ventajas tecnológicas y científicas, además de lograr una relación estratégica de paridad entre países desarrollados y países en desarrollo, pensada a largo plazo, considerando un cambio profundo en la estructura productiva (y en la atracción de inversiones) para incorporar el conocimiento optimizando las potencialidades de la región.

Ante conflictos jurídicos cada vez más complejos en un mundo globalizado debemos preguntarnos si los mecanismo actuales de solución de controversias, como el arbitraje, involucran, mediante un mecanismo más democrático en la selección de los árbitros, los intereses de las miles de personas afectadas por las decisiones.

Más allá de todo, debemos tener presente que las inversiones extranjeras impactan de diferente modo en el país receptor, dependiendo el tipo de inversión que se trate, siendo las destinadas al sector de alta tecnología las que gozan de mayor potencial de contribuir al desarrollo del Estado receptor mediante la transferencia de conocimiento. La finalidad de un posicionamiento regional debe ir destinada a lograr que el impacto social de las inversiones recibidas sea mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y disminuir la desigualdad en el continente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHAND, Rémi. *Les affaires Arbitrales Internationales Concertant l'Argentine: Enjeux Pour la Gouvernance Globale*. Paris: Editions A. Pedone, 2010. Extrait de la Revue Générale de Droit Administratif Avril-Juin 2010, n° 2, p. 315.

BAPTISTA, Olavo Luiz. *Arbitragem Comercial e Internacional*. San Pablo: Lex Magister, 2011.

BIANCHI, Alberto. *El Estado Nacional ante el Arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, 2005.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. *Empresa vs. Estado: el nuevo David y Goliath?* Londres: s.n., 2007.

BOGGIANO, Antonio. La Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral

para el derecho internacional de las privatizaciones. Buenos Aires: La Ley, 1989. Tomo E, p. 302.

BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Público y Privado y Derecho del MERCOSUR*, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Buenos Aires: La Ley, 1998, tomo I, p. 55.

CASÁS, José Osvaldo. *Breves reflexiones -a raíz de una sentencia- sobre el arbitraje internacional y el orden público constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2005.

CASSESE, Sabino. *La Crisis del Estado*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.

CEPAL. *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2011* [en línea]. Santiago de Chile: CEPAL, 2012. p 35 [consultado 20 ene 2015]. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/1146-la-inversion-extranjera-directa-en-america-latina-y-el-caribe-informe-2011>>.

CEPAL. *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2013* [en línea]. Santiago de Chile: CEPAL, 2014 .p 11 [consultado 20 ene 2015]. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36805/S1420131_es.pdf?sequence=1>.

CREMADES, Bernardo. *La Participación de los Estados en el Arbitraje Internacional*, *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, 2011.

DRAGO, Luis María. [carta]. En: PRIVITELLO L. y ROMERO, Luis A. *Grandes discursos de la historia argentina*. Buenos Aires: Aguilar, 2000. p.128-133.

FERRER, Aldo. “Raúl Prebisch y el dilema del desarrollo en el mundo global”. *Revista CEPAL* [en línea]. 2010, n° 101 [consulta: 20 enero 2015]. Disponible en: <<http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11403/101007015.pdf?sequence=1>>.

GONZÁLEZ, Joaquín. *Obras completas: Senado de la Nación, Diario de Sesiones, Sesión del 26 de agosto de 1909*. vol IX.

KRUGMAN, Paul. “What’s new about the new economic geography?”. *Oxford Review of Economic Policy*. 1991, vol. 14, n°. 2.

MASNATTA, Héctor. *La era de las crisis: instrumentos normativos, jurisdiccionales y parajurisdiccionales*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

MORELLO, Augusto Mario. *El Arbitraje. Sus desafíos*. Buenos Aires: Lajouane, 2005.

PRIVITELLO, Luciano y ROMERO, Luis A. *Grandes discursos de la historia argentina*. Buenos Aires: Aguilar, 2000.

PEREZ HUALDE, Alejandro. Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. En: *Suplemento La Ley Administrativo*. 28/08/2007, p. 7.

PODESTÁ COSTA, José María. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Editora Argentina, 1985. Tomo II.

PIKETTY, Thomas. *El Capital en el Siglo XXI*. Buenos Aires: FCE, 2014.

- REMIRO BROTTONS, Antonio. “La Reconnaissance et l’Exécution des Sentences Arbitrales Etrangères”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* [en línea]. 1984, tomo 184, p. 169-354 [consulta: 20 enero 2015]. Disponible en: <http://nijhoffonline.nl/book?id=er184_er184_169-354>.
- ROSATTI, Horacio; BIELSA, Rafael; LAVAGNA, Roberto. Globalización, Estado y Derecho, En: *Estado y Globalización*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005. p. 112.
- SALOMONI, J. L. “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”. *El Derecho, suplemento de Derecho Administrativo*. 2003.
- SCOTTI, Luciana. “El Derecho de la Integración en el Mercosur”. En: NEGRO, Sandra (ed). *Derecho de la Integración Manual*. Buenos Aires: B de F, Buenos Aires, 2010.
- SUÑÉ, Natasha y VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “Inversiones y Solución de Controversias en el MERCOSUR”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 2, n° 2, p. 195-220.
- TAWIL, Guido. *La crisis económica latinoamericana y algunas perspectivas de cambio en la regulación de las inversiones extranjeras en la región*. Buenos Aires: La Ley, 1988.
- TAWIL, Guido. *Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional: derecho constitucional - doctrinas esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- TAWIL, Guido. “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales. Concepto y Diferencias”. En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (ed). *El Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 32.
- TAWIL, Guido. *On the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine: arbitration advocacy in changing times*, ICCA Congress, Series n° 15 a 325, Kluwer, 2011.
- TIBURCIO, Carmen. “Arbitragem de Investimento no Brasil”. En: ROSADO de SÁ RIBEIRO, Marilda (ed). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- VANDEVELDE, Kenneth J. “A Brief History of International Investment Agreements”. *12 U.C. Davis J. Int’l L. & Pol’y*. 2005, 157.
- VINUESA, Raúl. “Tendencias y Perspectivas en la solución de Controversias entre Estados e inversores extranjeros”. En: SEPULVEDA, Bernardo. *Diálogos sobre la Justicia Internacional*. México, 2009. p. 162-163.
- ZONIS, Fabiana. “Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional”. *Sup.Act La Ley*. 24/06/2004.

INTEGRAÇÃO REGIONAL E INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO, À EXEMPLO DO MERCOSUL

LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA, COMO EJEMPLO, MERCOSUR

*Amanda do Valle Correa Ramos**
*Fernanda Marcos Kallas***

Resumo: *A globalização e o contexto histórico mundial do pós segunda guerra, são, dentre outras, as principais causas pelo surgimento do regionalismo, sequenciando o desenvolvimento do Direito Internacional, chegando-se assim ao Investimento Direto Estrangeiro. Nesse emaranhado de situações e fatores econômico-político, o MERCOSUL atua como facilitador desse desenvolvimento comercial dos países latino americanos.*

Resumen: *La globalización y el contexto histórico mundial post Segunda Guerra Mundial, son, entre otras, las principales causas de la aparición del regionalismo, la secuenciación en el desarrollo del derecho internacional, llegando así a la Inversión Extranjera Directa. En esta maraña de situaciones y factores económicos y políticos, el MERCOSUR actúa como facilitador del desarrollo de negocios en los países de América Latina.*

Palavras-chave: Integração regional, Investimento direto estrangeiro, Direito internacional, MERCOSUL

Palabras clave: Integración regional, Inversión extranjera directa, Derecho internacional, MERCOSUR

* Université Paris. Bacharel em Direito - Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Mestre e doutoranda em Direito Público pela Universidade Paris 13 - França. E-mail: amandavcr@hotmail.com

** Université Paris Descartes. Pós graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra-Portugal; Mestre em Cultura Jurídica Europeia e Mestre em Políticas Públicas e Desenvolvimento pela Universidade Paris Descartes-França; doutoranda em Direito Internacional Público pela Universidade Paris Descartes-França em cotutela com a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: kallasfernanda@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo maior esclarecer a importância e a efetivação do investimento direto estrangeiro – IDE no mundo globalizado, assim como os fatores econômicos, políticos e sociais que propulsionam os investidores.

Necessário se faz indicar que no desenvolvimento do texto utilizaremos apenas o conceito de investimento direto estrangeiro, de forma que não será examinado o investimento estrangeiro de portfólio.

Afim de tornar o texto completo, será também desenvolvida a questão da globalização na formação e aceleração do processo de investimentos, assim como as funções do direito internacional, responsável pelas relações jurídicas de atuação na regularização dos IDE, justificando, ainda, a relação do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL¹, à exemplo do processo brasileiro, na consolidação desses investimentos.

Certo é que o desenvolvimento e a efetiva aplicação do investimento direto estrangeiro a nível mundial e especialmente nos países em desenvolvimento², como é o caso de grande parte dos países da América Latina, foram facilitados pelo processo de globalização³.

Notadamente, os investimentos estrangeiros constituem-se na principal ferramenta, aliada às legislações internas de um país, um dos fatores que impulsionam o seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, caso venha atrelado a uma política educacional séria e permanente.

Outrossim, em um mundo cada vez mais integrado, dinâmico e mundializado, faz-se necessário analisar os impactos do IDE às jovens economias⁴ dos países latinos.

Segundo Hastreiter,

No mundo globalizado, o fluxo internacional de pessoas, mercadorias

1 Nesta parte, desenvolveremos a ideia de como o MERCOSUL mostrou-se responsável pela mudança no quadro econômico da América Latina.

2 Apesar de não haver uma definição exata nem critérios únicos para se definir 'países em desenvolvimento': consideraremos que são países que não possuem um alto nível de desenvolvimento econômico e social. Uma das formas mais adequadas de se classificar um país em desenvolvimento é utilizando seu IDH (índice de desenvolvimento humano), na qual leva-se em conta a expectativa de vida, o PIB (produto interno bruto) e o grau de instrução (taxa de analfabetismo e índice de escolarização) da população de um país.

3 Entende-se por globalização: países que tendem-se a se agrupar como forma estratégia de desenvolvimento econômico. "(...) à partir da segunda metade do século XX, estabelecem-se, no mundo, várias tentativas formais de integração regional, motivadas principalmente, pela possibilidade de superar crises e pela necessidade de estabelecer processos de desenvolvimento econômico de forma mancomunada". PINTO, Hugo Eduardo Meza. *A Estratégia de Integração Econômica Regional na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2012. p 25.

4 Usamos a expressão jovens economias, pois consideramos que estas abriram-se aos investimentos estrangeiros, à partir dos anos 90.

e capital é cada vez maior. A abertura das economias mundiais aos investimentos externos é uma realidade em ascensão, uma vez que países ao redor do mundo todo buscam atrair tais investimentos, que podem – se aplicados e gerenciados de forma correta – serem importantes ferramentas propulsoras do desenvolvimento⁵.

Sabido é, que na América Latina a entrada do capital estrangeiro se intensificou à partir da década de 90, uma vez que os governos dos países em desenvolvimento liberalizaram suas economias e regulamentaram suas legislações, a fim de receber e de atrair investimentos estrangeiros. No caso particular do Brasil, impulsionados pelas privatizações e pela redução, até mesmo à possível eliminação de restrições aos investimentos externos, se deu, principalmente, durante o primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso⁶.

Remontando os idos dos anos 1990, explicaremos como se deu a abertura das economias latino-americanas aos investimentos externos e, explicitar, como o Mercado Comum do Sul - MERCOSUL⁷, atuou nessa estrutura.

Portanto, no desenvolvimento do texto corrente abordaremos primeiramente, sob uma visão abrangente, o conceito de investimento direto estrangeiro – IDE; na sequência, será desenvolvida a questão da globalização quanto à sua importância na facilitação da inserção do IDE, juntamente com a análise do contexto econômico latino americano e seus regionalismos⁸. E por fim, dissertaremos sobre o papel do direito internacional e da integração econômica na aplicação e efetivação do investimento direto estrangeiro.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Investimento Direito Estrangeiro – IDE

Inicialmente iremos conceituar Investimento Direito Estrangeiro - IDE, explicar seu desenvolvimento e apontar seus progressos positivos e negativos perante uma economia, principalmente no caso da integração

5 HASTREITER, Michele Alessandra. “Investimentos Estrangeiros Direitos no Brasil – Um Panorama do Cenário Normativo Nacional e Internacional”. In: *Anais do Universitas e Direito*. 2012. p 466.

6 Primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso, 1994-1998, teve como iniciativa a privatização de empresas estatais e o controle da inflação.

7 Nesta parte, desenvolveremos a idéia de como o MERCOSUL mostrou-se responsável pela mudança no quadro econômico da América Latina.

8 No texto, a palavra regionalismo será empregada em seu sentido econômico e político, retratando sempre a questão relacionada ao fortalecimento de uma determinada identidade regional, na qual os países envolvidos buscam aumentar a inserção internacional, gerar economias de escala, assim como aumentar e diversificar o mercado consumidor. Por outro lado, em sua essência política, geram temas relacionados à segurança nacional, buscam paz e interação entre seus membros.

sul americana.

Economicamente, entende-se por IDE a aplicação de capitais em um país estrangeiro (ou seja, investimento de um país em outro país), de forma a obter relações lucrativas. A noção de investimento estrangeiro direto refere-se a empresas que desejam internacionalizar-se e instalar-se em outros países, movidas por condições favoráveis⁹.

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o investimento estrangeiro direto – IDE, é definido como “o capital investido com o propósito de aquisição de um interesse durável em uma empresa e de exercício de um grau de influência nas operações daquela empresa”.

De acordo com Silveira, os investimentos estrangeiros tem o condão de gerar empregos, tributos e desenvolvimento tecnológico, sendo essenciais para a competitividade da economia. Há portanto de se assinalar que problemas também podem derivar desses investimentos, como por exemplo o fechamento de empresas nacionais, uma vez que não conseguem competir com as multinacionais, ainda a fuga de capital, desequilíbrio na balança de pagamentos, redução na competitividade e até mesmo supressão de direitos trabalhistas e sociais¹⁰.

O investimento direto estrangeiro apresenta-se diferentemente em cada região do globo, pois este depende de fatores econômicos externos favoráveis à sua aplicação. O Brasil apresentou nos últimos anos, grande relevância no cenário dos investimentos estrangeiros, a isso atribui-se o fortalecimento de suas estruturas políticas, jurídicas e econômicas¹¹.

Afirma Hastreiter que houve também, durante o ano 2011, crescimentos nos índices de investimentos estrangeiros no Brasil. “Segundo a CEPAL, em 2011, a América Latina e Caribe receberam 153,448 bilhões de dólares em IED, o que representa um aumento de 31% em relação a 2010”¹².

Nas palavras de Wolffenbuttel:

Investimento estrangeiro direto (IED) é todo aporte de dinheiro vindo do exterior que é aplicado na estrutura produtiva doméstica de um país, isto é, na forma de participação acionária em empresas já existentes

9 Empresas instalam-se em outros países movidas por interesses de ordem econômica. Por vezes pela ausência de impostos, facilidade de mão-de-obra ou mesmo conforme localização da matéria prima utilizada pelo produto produzido.

10 SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p 4.

11 HASTREITER, Michele Alessandra. “Investimentos Estrangeiros Diretos no Brasil – Um Panorama do Cenário Normativo Nacional e Internacional”. In: *Anais do Universitas e Direito*. 2012.

12 HASTREITER, Michele Alessandra. “Investimentos Estrangeiros Diretos no Brasil – Um Panorama do Cenário Normativo Nacional e Internacional”. In: *Anais do Universitas e Direito*. 2012. p. 471.

ou na criação de novas empresas. Esse tipo de investimento é o mais interessante porque os recursos entram no país, ficam por longo tempo e ajudam a aumentar a capacidade de produção, ao contrário do investimento especulativo, que chega em um dia, passa pelo mercado financeiro e sai a qualquer momento. Entre as décadas de 1960 e 1980, o Brasil recebeu grandes volumes de investimento estrangeiro direto, mas perdeu o posto para países do Leste Europeu recém-saídos do comunismo. Com a globalização, o fluxo de capitais ficou mais fácil e os investimentos aumentaram¹³.

Portanto, dentre muitos outros, podemos ressaltar como sendo pontos positivos do IDE, o surgimento de novos postos de trabalho, o desenvolvimento da região, o possível aumento na arrecadação de impostos, assim como melhorar a economia local, desenvolvendo o país e tornando-o mais competitivo.

De fato, é possível considerar que os investimentos estrangeiros são, em grande medida, uma alternativa para a exportação de bens e serviços. Além de barreiras resultantes de custos de transporte e de adaptação dos produtos à regulamentação e às preferências dos consumidores estrangeiros, portanto, se buscava, mediante um muro de proteção tarifária, incentivar a instalação de empresas estrangeiras¹⁴.

Ainda no que concerne aos pontos positivos, merece destaque a lição de Celso Mello¹⁵, que afirma serem os fatores motivantes a implementação do investimento externo estrangeiro: a partida para o exterior a procura de mão-de-obra mais barata; a procura em controlar mercados, a fim de facilitar as exportações; o controle das fontes de fornecimento de matérias-primas; evitar a concorrência das empresas locais; eliminação das barreiras alfandegárias com a criação de mercados comuns; o aumento de lucro ao superfaturar o que é importado da matriz, bem como subfaturar o que é vendido à matriz.

No que concerne aos pontos negativos do IDE, assinalamos uma possível degradação do meio ambiente, se as normas ambientais do país que recebe o investimento forem ineficientes ou mesmo inoperante, podendo até prejudicar a população local. Pode resultar ainda, num factível desaceleramento da indústria nacional, devido a falta de

13 WOLFFENBUTTEL, Andrea. "Investimento estrangeiro direto". *Desafios do desenvolvimento ano* [online]. 2006, ano 3, edição 22 [acessado dia 30 janeiro 2015]. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2103:catid=28&Itemid=23>.

14 COSTA, José Augusto Fontoura. "Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?" *Rev. Bras. Polít. Int.* 2006, vol 49, nº 2, p 61.

15 MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 106.

possibilidade de concorrer com os produtos apresentados por essas empresas, seguidos de aporte tecnológico avançado.

2.2. A questão da globalização e o contexto econômico latino na criação do modelo do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL

O fenômeno¹⁶ da globalização foi responsável pela grande aproximação dos países, resultando em uma integração econômica, política, social e cultural. Este processo integracionista se deu no final do século XX, início do século XXI, no pós Guerra Fria¹⁷. A globalização afeta todos os setores da sociedade, principalmente o comércio internacional¹⁸.

Durante as décadas de 1960 e 1970¹⁹, as políticas de desenvolvimento empregadas pelos países latinos caracterizavam-se pelo fechamento do mercado interno à entrada de produtos estrangeiros no continente, na tentativa de se proteger o mercado interno contra a importação de bens estrangeiros²⁰.

No caso específico do Brasil, aplicou-se essa tática por alguns anos consecutivos e ao final percebeu-se a ausência de desenvolvimento tecnológico tornando os produtos nacionais nada concorrenciais aos produtos estrangeiros²¹.

Portanto, diante da derrocada do sistema até então utilizado pelos países latinos e seus atrasos econômicos perante os demais países do mundo, ressurgiu-se, a busca pela integração entre os países da região.

Face à la fragilité de leur modèle économique basé sur les exportations de produits agricoles, les gouvernements des pays de la région ont réalisé qu'il était nécessaire d'établir une relation de coopération mutuelle afin

16 Usamos a referida expressão, pois consideramos que a globalização é um fenômeno de porte único ocorrido em escala global, na qual houve um aprofundamento internacional da integração econômica, política, social e cultural, impulsionado pela tecnologia que propiciou uma maior comunicação entre os países do mundo no final do século XX e início do século XXI.

17 Guerra Fria, compreende-se como o período histórico abrangido entre o final da segunda guerra mundial – 1945, até a extinção da antiga União Soviética – 1991. Época de disputas estratégicas e conflitos indiretos liderados pelos Estados Unidos da América (EUA) e União Soviética (URSS).

18 O fato da globalização diminuir distâncias, interligando o mundo, afetou expressamente o comércio internacional, pois as evoluções advindas do desenvolvimento da telecomunicação e dos transportes, facilitou o intercâmbio comercial.

19 Décadas de 60 e 70, momento em que os países da América Latina eram governados por ditaduras militares.

20 Para maiores informações, ler COSTA, José Augusto Fontoura. “Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?” *Rev. Bras. Polít. Int.* 2006, vol 49, nº 2, p. 60-77.

21 WALD, Arnoldo. *Le Droit Brésilien Hier, Aujourd'hui et Demain*. Paris: Société de Legislation Comparée, 2005.

de surmonter les difficultés économiques. À cette époque-la, la région revendiquait son propre modèle de développement, associé au projet d'intégration économique, dans lequel l'Argentine et le Brésil étaient considérés comme des leaders importants au sein du continent sud-américain²².

O final dos anos 80, os regimes militares sul-americanos chegaram ao fim e foi-se então instaurado o liberalismo²³, abrindo a economia, juntamente com o fenômeno da globalização. Contudo, os países latinos assistiram à redemocratização de suas políticas e economias sequenciando no liberalismo econômico nos idos da década de 90.

Consoante Arnaldo Wald,

à partir de 1980, en vertu de la globalisation croissante de l'économie mondiale, le Brésil se retrouverait devant un dilemme. Ils s'agissait de choisir entre maintenir une économie fermée, avec une très importante participation de l'État, dominée par un nationalisme exacerbé, ou ouvrir le marché brésilien, qui gardait des dimensions continentales, et de dépasser une certaine xénophobie et un protectionnisme excessif dans le domaine économique²⁴.

Ao final da Guerra Fria, presenciou-se a propagação do regionalismo, uma vez que não mais se encontravam os antigos obstáculos²⁵ à implementação de medidas econômicas, sem falar no amplo avanço tecnológico dos meios de comunicação e de informação, revolucionando o tempo e o espaço no mundo contemporâneo.

Assistiu-se desde então, a multiplicação de acordos de integração regional por todo o mundo. Segundo o GATT – Acordo Geral sobre

22 MARCOS KALLAS, Fernanda. "Le rôle du Brésil dans la Formation et l'Institution du Marché Commun du Sud – MERCOSUR". In: *Panorama of Brazilian Law*, 2014, year 2, n° 2, p 331-356. Tradução : Diante da fragilidade do modelo econômico baseado na exportação de produtos agrícolas, os governantes dos países da região, realizaram o que foi necessário para estabelecer uma relação de cooperação mútua afim de superar as dificuldades economicas. Nessa época, a região reinvidicava seu próprio modelo de desenvolvimento, associado ao projeto de integração economica, na qual a Argentina e o Brasil eram considerados líderes importantes no continente sul americano.

23 Liberalismo: adota a ideia da não intervenção de qualquer meio na economia. Teve como principal teórico e pai, Adam Smith, com sua teoria da "mão invisível", na qual afirma que o próprio mercado dispunha de regulação, rejeitando qualquer interferência na economia.

24 WALD, Arnaldo. *Le Droit Brésilien Hier, Aujourd'hui et Demain*. Paris: Société de Legislation Comparée, 2005. p 355. Tradução: À partir de 1980, em virtude do crescimento da globalização da economia mundial, o Brasil encontrou-se diante de um grande dilema. Ele deveria escolher entre manter uma economia fechada, com a grande intervenção do Estado, dominado por um nacionalismo exacerbado, ou abrir o mercado brasileiro, que guardava dimensões continentais, além de superar uma xenofobia e um protencionismo excessivo no domínio público.

25 Referimos a antigos obstáculos, àqueles impostos pelas superpotências (EUA e ex-URSS) que separavam o mundo entre ideais capitalista e socialista.

Tarifas Aduaneiras e Comércio, cerca de 30 acordos bilaterais, regionais ou sub-regionais foram registrados no período de 1992 a 1996²⁶.

Nas palavras de Accioly,

A globalização da economia e da sociedade está gerando o desenvolvimento de uma nova ordem mundial, baseada na expansão do capitalismo e comandada pelo crescente domínio das corporações transnacionais. Essa mudança de rumo do mundo deve-se principalmente ao fim da guerra fria, em que havia um estado de tensão permanente entre os Estados Unidos e a União Soviética, ao incremento da guerra comercial entre empresas e países e à formação de grandes blocos econômicos regionais²⁷.

No que concerne aos países latinos, várias foram as tentativas de inserção de suas economias no contexto regional. Dentre outras, surgiram-se acordos como a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) e a Associação Latino-Americana (ALADI).

Segundo Fontoura Costa,

Do ponto de vista institucional, a tentativa frustrada de formar uma zona de livre comércio na América Latina por meio da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), que tinha como membros os países latinos da América do Sul e o México, não conseguiu diminuições significativas de tarifas de importação e, muito menos, um incremento significativo dos fluxos comerciais na região. Iniciada pelo Tratado de Montevidéu de 1960, a ALALC foi dissolvida, vinte anos depois, com o Tratado de Montevidéu de 1980 que criou a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), ainda existente e em funcionamento. Embora a finalidade da ALADI seja mais ambiciosa – a formação de um mercado comum latino-americano – seus princípios e instrumentos imprimem bastante flexibilidade para o acordo, admitindo diversas exceções à cláusula de nação mais favorecida²⁸.

Não tendo a primeira alcançado os resultados desejados, foi-se portanto relançada a tentativa de integração com a ALADI.

O desafio da ALALC era viabilizar um mercado interno regional integrado capaz de superar a forte dependência das estruturas econômicas de

26 *Revista Brasileira de Política Internacional. O Mercosul e a Nova Ordem Econômica Internacional*. Brasília. 2001, vol 44, no 1.

27 ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e a União Europeia. Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p 21.

28 COSTA, José Augusto Fontoura. “Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?” *Rev. Bras. Polít. Int.* 2006, vol 49, nº 2, p 61-62.

cada país da região em relação aos determinantes do mercado mundial definidos, fundamentalmente, pelos países desenvolvidos²⁹.

Uma vez findo os governos ditatoriais no hemisfério sul, a década de 80 foi marcada pela redemocratização dos países latinos e deu-se, portanto, retomada à agenda integracionista, impulsionada também, pelo novo contexto da economia mundial.

Nos anos 90 a maior parte dos países latinos seguiram as diretrizes do Consenso de Washington³⁰, a fim de se libertarem dos óbices até então enfrentados.

Diante das dificuldades de inserção no novo paradigma mundial e objetivando o fortalecimento de suas economias, em 1991, a Argentina, o Brasil (ambos já haviam estreitamentos econômicos com os presidentes Raul Alfonsín – Argentina, e José Sarney – Brasil), juntamente com o Uruguai e o Paraguai, criaram um mercado comum, que intitularam MERCOSUL³¹.

Contudo, dá-se início a uma nova fase de integração na América latina, decorrente da assinatura do Tratado de Assunção³², nasce assim o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL³³.

Juntamente com a nova integração, muitas metas e objetivos foram estipulados para se conseguir alcançar a finalidade para a qual foi criada. Dentre seus objetivos, o mais importante era o de se estabelecer um mercado comum, a fim de fortificar as economias dos países membros, proporcionando, assim, uma inserção competitiva no mundo globalizado, conforme previsto no artigo 1º do Tratado de Assunção³⁴.

29 WALD, Arnoldo. *Texto para Discussão (TD): O Brasil em quatro décadas. Economia brasileira nos últimos 40 anos*. IPEA: Rio de Janeiro, 2010. p 12-13.

30 Consenso de Washington: conjunto de medidas, formuladas pelas seguintes regras básicas: disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, juros de mercado, câmbio de mercado, abertura comercial, investimento estrangeiro direto, com eliminação de restrições, privatização das estatais, desregulamentação (afrouxamento das leis econômicas e trabalhistas), direito à propriedade intelectual, tendo sido formulada por economistas de importantes instituições financeiras americanas, com o fim de promover o “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

31 Ver mais em: WALD, Arnoldo. *Texto para Discussão (TD): O Brasil em quatro décadas. Economia brasileira nos últimos 40 anos*. IPEA: Rio de Janeiro, 2010. p 15.

32 Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, pelos países membros Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

33 MERCOSUL para os países de língua portuguesa e MERCOSUR para os países de língua espanhola.

34 Artigo 1º- Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL). Este Mercado Comum implica: A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente; O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se

No que se refere ao contexto da economia brasileira, Lacerda afirma:

O Brasil, ao longo do período 1994-2001, manteve-se entre os principais países em desenvolvimento absorvedores de investimentos diretos estrangeiros, somente sendo superado pela China. Grande parte deste investimento, especialmente no período de valorização cambial (1994-1998), foi prioritariamente para os setores não-exportadores. Com a mudança do regime cambial em 1999, esse cenário vem se alterando, no sentido de propiciar uma maior atratividade para os projetos voltados para substituição de importações e ampliação das exportações³⁵.

Nota-se, portanto, que o processo de globalização pode ser considerado como uma das causas do expansionismo do investimento estrangeiro no mundo, limitando-se, é claro, aos momentos de crises econômicas.

Sabe-se que a globalização, juntamente com a integração econômica, implicam no livre fluxo de capitais, na abstenção de algumas tarifas alfandegárias e tributárias, na livre circulação de bens e pessoas, assim consequentemente, contribuem para o investimento estrangeiro.

Nas palavras de Lacerda,

A globalização provocou uma reestruturação também nos países em desenvolvimento, decorrente do aumento do ingresso de investimentos diretos estrangeiros destinados a estes países, ao processo de abertura das suas economias. Essa reestruturação tem implicado a elevação dos coeficientes de importação dos países e suscitado a necessidade de fomento às exportações para evitar o desequilíbrio estrutural das contas externas³⁶.

Ressalta ainda o professor Lacerda que, essa reestruturação foi determinante para o desempenho do desenvolvimento e inserção externa. Devido ao acirramento da concorrência internacional, perante o novo e inusitado cenário mundial, suscitou-se, assim, um movimento protecionista e a formação de blocos de mercados comuns, contrariando as generalizações atribuídas à globalização.

Resta claro, que os países da América Latina estão engajados na tentativa de se unificarem, visando o fortalecimento de suas economias e uma maior inserção no panorama internacional.

acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

35 LACERDA, Antonio Correa de. "Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento". *Revista PUC/SP. Administração em Diálogo*. 2005, no 5, p. 12.

36 *Ibidem*.

O MERCOSUL tem um papel muito importante nessa concretização e apresenta-se como uma integração atrativa tanto pelo tamanho do seu mercado consumidor³⁷, como pela sua posição estratégica³⁸ e ainda favorável à empresas que procuram se beneficiar das condições ambientais ideais para um setor determinado.

Uma área de livre comércio ou união aduaneira possibilitam às indústrias e empresas que nela se instalarem, a chance de participar de um grande mercado consumidor, assim como, ampliar suas relações com os territórios vizinhos, gerando um vasto impacto sobre os fluxos de investimentos e políticas industriais³⁹.

2.3. Direito internacional e a regulamentação dos Investimentos Diretos Estrangeiros - IDE

“O surgimento de comunidades regionais de países, que consubstancia a integração regional, representa um dos fenômenos de enorme importância nas últimas décadas, conferindo ao Direito Internacional feição peculiar”⁴⁰. O comércio internacional desenvolveu-se de forma substancial a partir da segunda metade do século XX; contudo, justifica-se, aí, a grande necessidade da regulamentação e evolução do direito internacional.

Isso explica a busca frequente pelo sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio - OMC, necessário para regulamentar relações não apenas entre os Estados, mas também entre Estados e empresas privadas⁴¹.

Nas palavras de Costa,

(...) juridificação significa a utilização de instrumentos de Direito Internacional, tanto de ordem normativa quanto jurisdicional, para promover a estabilização de expectativas referentes ao comportamento de Estados e outros atores relevantes para as relações internacionais. Trata-se de um esforço de ocupação de espaços de ação política, tendentes a limitar os custos de oportunismo, particularmente os referentes à ruptura dos acordos estabelecidos⁴².

37 O MERCOSUL apresenta uma população de 295 milhões de pessoas, ver: <www.mercosur.int>.

38 O MERCOSUL apresenta fácil localização uma vez que se encontra entre os oceanos Pacífico e Atlântico e apresenta uma área de mais de 14 milhões de km², ver: www.mercosur.int.

39 Por mais informações sobre o assunto: <http://www.direitorp.usp.br/arquivos/noticias/sites_eventos/3_semana_juridica_2010/papers/Marcelly%20Fuzaro%20Gullo.pdf> [acessado em 9 jan 2015].

40 SOARES FILHO, José. MERCOSUL: “Surgimento, estrutura, direitos sociais, relação com a Unasul, perspectivas de sua evolução”. *Revista CEJ*. 2009, ano XIII, n 46, p. 21-38.

41 COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá. 2010. p. 14.

42 COSTA, José Augusto Fontoura. “Proteção e promoção do investimento estrangeiro no

Segundo Hastreiter, atualmente, há uma enorme variedade de acordos regionais que tratam especificamente de investimentos estrangeiros. No âmbito do MERCOSUL, dois protocolos⁴³ referem-se ao investimento estrangeiro, sendo: o Protocolo de Colônia, para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL, de janeiro de 1994 e o Protocolo sobre promoção e proteção a investimentos provenientes de Estados não membros do MERCOSUL, de agosto de 1994. “*Ambos os protocolos tratam de regras para promoção e admissão, tratamento, expropriação e sub-rogação, transferências e solução de controvérsias quanto aos investimentos estrangeiros*”⁴⁴.

Verifica-se a presença de regulamentação do investimento direto através de acordos, tratados e protocolos. No âmbito do MERCOSUL, por ser uma integração intergovernamental⁴⁵, qualquer acordo se efetiva depois da devida internalização na jurisdição de cada estado membro.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente texto, conclui-se portanto a inegável importância dos investimentos estrangeiros na promoção do comércio internacional, assim como na circulação do capital. Claro é que o investimento estrangeiro, conforme explicitado no presente artigo, pode ser favorável e lucrativo ou, ao contrário, prejudicial ao Estado hospedeiro. A regra geral, segundo a maioria dos estudiosos da área, é a de que os benefícios auferidos pelos países receptores superam possíveis danos ao mercado interno.

Analisando as economias latinas nas duas últimas décadas, verifica-se que houve um grande desafio em compatibilizar economias em desenvolvimento, tendo sido estas acompanhadas e aceleradas pelo fenômeno da globalização.

A estagnação dos anos 80, seguido pela política então empregada pelo Brasil - de modelo de substituição de importações -, fortaleceu o aparecimento de outras formas de desenvolvimento, impulsionados pelos fatores exteriores, como por exemplo a globalização.

Portanto, especificamente no caso brasileiro, a estabilização

Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?” *Rev. Bras. Polít. Int.* 2006, vol 49, n° 2, p 65.

43 Para se fazer valer no MERCOSUL os tratados devem ser recepcionados no ordenamento jurídico interno de cada país, dado ai seu caráter intergovernamental. No caso apresentado, o Brasil firmou ambos os protocolos, mas nenhum deles foi ainda ratificado. HASTREITER, Michele Alessandra. “Investimentos Estrangeiros Direitos no Brasil – Um Panorama do Cenário Normativo Nacional e Internacional”. In: *Anais do Universitas e Direito 2012*, p 474.

44 HASTREITER, Michele Alessandra. “Investimentos Estrangeiros Direitos no Brasil – Um Panorama do Cenário Normativo Nacional e Internacional”. In: *Anais do Universitas e Direito 2012*, p 474.

45 Afirmamos ser o MERCOSUL um bloco intergovernamental, uma vez que seus órgãos decisórios são compostos por membros que representam os Estados partes, assim como pela forma de tomar decisões, adotando o modelo consensual.

política, assim como a econômica, fez com que o país recebesse mais investimentos estrangeiros. Mas, todavia, a falta de ratificação da legislação não acompanhou esse aceleração dos investimentos. A ausência de uma legislação atuante é a grande questão apresentada.

Assim como houve a evolução da sociedade, o surgimento da globalização e o melhoramento as economias dos países em desenvolvimento, há de se fazer com a legislação, a fim de acompanhar o desenvolvimento e poder permitir um melhor trâmite de implementação desses investimentos, assim como gerando uma maior segurança jurídica à ambas as partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e a União Europeia. Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p 21.

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. “Du Regionalisme en Amérique (du Sud)”. Em: *Séminaire EMMA-RINOS, Analyses comparatistes des processus d’intégration régionale Nord-Sud* (Paris, 26-27 mai 2003).

AMAL, Mohamed; SEABRA, Fernando. “Determinantes do investimento direto externo (IDE) na América Latina: uma perspectiva institucional”. *Revista economia* [online]. 2007, vol 8, nº 2, p. 231-247 [acessado 02 de dezembro 2014]. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/revista/vol8/vol8n2p231_247.pdf>.

BARBIERO, Alan Barbiero; CHALOULT, Yves. O Mercosul e a Nova Ordem Econômica Internacional. *Rev. bras. polít. Int* [online]. 2001, vol 44, nº 1 [acessado 04 de dezembro de 2014]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292001000100003&script=sci_arttext>.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 197*, de 25.09.91, Ratificação do Tratado de Assunção pelo Congresso.

BRASIL. *Decreto nº 350*, de 21.11.91, Promulgação da Lei nº 197, de 25.09.91 que ratifica o Tratado de Assunção.

CARMINATI, João Guilherme de Oliveira e FERNANDES, Elaine Aparecida. “O impacto do investimento direto estrangeiro no crescimento da economia brasileira”. *Planejamento e políticas públicas* [online]. 2013, nº 41, p 141-172 [acessado em 02 de dezembro 2014]. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/249/311>>.

CERVO, Amado Luiz. “Conceitos em Relações Internacionais. Concepts in International Relations”. *Revista Brasileira de Política Internacional*. 2008, vol 51, nº 2, p. 8-25.

COSTA, José Augusto Fontoura. “Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?” *Rev. Bras. Polít. Int*. 2006, vol 49, nº

2, p. 60-77.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá. 2010. p. 14.

GOMES, Eduardo Biacchi. *A Globalização Econômica e a Integração no Continente Americano, desafios para o Estado brasileiro*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004.

GULLO, Marcelly Fuzaro. *O Brasil e a regulamentação dos investimentos estrangeiros no âmbito do comércio internacional, bilateral e regional* [online]. [acessado em 9 janeiro 2015]. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/arquivos/noticias/sites_eventos/3_semana_juridica_2010/papers/Marcelly%20Fuzaro%20Gullo.pdf>.

HASTREITER, Michele Alessandra. “Investimentos Estrangeiros Direitos no Brasil – Um Panorama do Cenário Normativo Nacional e Internacional”. In: *Anais do Universitas e Direito*. 2012. p 466.

LACERDA, Antonio Correa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista PUC/SP. Administração em Diálogo*. 2005, no 5, p. 12.

MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. “Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia. Salvador”: JusPodivm, 2011.

MARCOS KALLAS, Fernanda. “Le rôle du Brésil dans la Formation et l’Institution du Marché Commun du Sud – MERCOSUR”. In: *Panorama of Brazilian Law*, 2014, year 2, n° 2, p 331-356.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; ORANTES, Pedro Noubleau. *Direito da Integração Regional*. Curitiba: Juruá, 2012.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MERCOSUL. *Protocolo de Buenos Aires, assinado em 5 de agosto de 1994, sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados não-Membros do Mercosul*.

MERCOSUL. *Protocolo de Colônia, assinado em 17 de janeiro de 1994, para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos*.

PINTO, Hugo Eduardo Meza. *A Estratégia de Integração Econômica Regional na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2012. p 25.

Revista Brasileira de Política Internacional. O Mercosul e a Nova Ordem Econômica Internacional. Brasília. 2001, vol 44, no 1.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p 4.

SOARES FILHO, José. MERCOSUL: “Surgimento, estrutura, direitos sociais, relação com a Unasul, perspectivas de sua evolução”. *Revista CEJ*. 2009, ano XIII, n 46, p. 21-38.

WALD, Arnoldo. *Le Droit Brésilien Hier, Aujourd’hui et Demain*. Paris: Société de Legislation Comparée, 2005.

WALD, Arnaldo. *Texto para Discussão (TD): O Brasil em quatro décadas. Economia brasileira nos últimos 40 anos*. IPEA: Rio de Janeiro, 2010.

WOLFFENBUTTEL, Andrea. “Investimento estrangeiro direto”. *Desafios do desenvolvimento* ano [online]. 2006, ano 3, edição 22 [acessado dia 30 janeiro 2015]. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2103:catid=28&Itemid=23>.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN: MAPA DE SITUACIÓN EN AMÉRICA DEL SUR

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO: MAPA DE SITUAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL

*Magdalena Bas Vilizzio**

Resumen: *Este trabajo analiza las características particulares del sistema legal internacional de solución de controversias inversor-Estado, con especial foco en los tratados bilaterales de inversión (TBI) en vigor en América del Sur, salvo excepciones. En este marco, aplicando la teoría de los regímenes internacionales (Krasner, 1983), se examinan las tres posiciones de los Estados de la región en torno al tema: 1) no ratificar TBI ni ser miembro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (Brasil); 2) denunciar los TBI en vigor y abandonar el CIADI (Bolivia, Ecuador y Venezuela); 3) mantener los TBI en vigor y permanecer en los foros de solución de controversias actuales (Argentina, Chile, Colombia, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay).*

Resumo: *Este trabalho analisa as características particulares do sistema legal internacional da solução de controvérsias em matéria de investimentos, com especial foco nos tratados bilaterais de investimento (TBI) em vigor na América do Sul, salvo exceções. Neste marco, aplicando a teoria dos regimes internacionais (Krasner, 1983), se examinam as três posições dos Estados da região em torno do tema: 1) não ratificar TBI nem ser membro do Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimento (ICSID) (Brasil); 2) denunciar os TBI em vigor e sair do ICSID (Bolívia, Equador e Venezuela); 3) manter os TBI em vigor*

* Profesora Adscripta de Derecho Internacional Público de la Universidad de la República. Profesora de Derecho del Comercio Internacional de la Universidad de Montevideo, Uruguay. E-mail: magdalenabas@gmail.com

Este trabajo se enmarca en la investigación titulada “América del Sur frente a los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?”, que es desarrollada por la autora con financiación de la Comisión Sectorial de Investigación Científica de la Universidad de la República (Uruguay), sin abarcarla en su totalidad. La autora agradece especialmente los valiosos aportes realizados por la profesora Ana Pastorino y los entrevistados.

e ficar nos fóruns de solução de controvérsias atuais (Argentina, Chile, Colômbia, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai).

Palabras clave: Solución de controversias, Tratados bilaterales de inversión, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), América del Sur

Palavras-chave: Solução de controvérsias, Tratados bilaterais de investimento, Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimento (ICSID), América do Sul

1. INTRODUCCIÓN

En sus relaciones externas, los Estados independientes requieren un marco regulatorio que contribuya a preservar su soberanía, atributo jurídico que los Estados independientes se conceden y se reconocen recíprocamente y en forma excluyente de cualquier otro tipo de organización. Surge así, la necesidad de un sistema jurídico de coordinación como el Derecho Internacional Público. Sin embargo, la regulación de ciertos temas ha generado cambios que cuestionan algunos postulados tradicionales del sistema legal internacional general o Derecho Internacional Público. Tal es el caso del sistema legal internacional de solución de controversias inversor-Estado, basado principalmente en los TBI y el Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CW) que crea el CIADI.

En este marco, el presente trabajo procura aportar al debate sobre los mecanismos de solución de controversias previstos en los TBI de Estados Sudamericanos¹ que se encuentran en vigor, salvo excepciones. Asimismo, en el entendido que el sistema legal internacional de solución de controversias inversor-Estado es un régimen internacional de Krasner (1983), se analizan las tres posiciones de los Estados Sudamericanos en torno al tema: no ser parte del régimen (Brasil), abandonarlo (Bolivia, Ecuador y Venezuela) y permanecer en él (Argentina, Chile, Colombia, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay).

2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN: ¿CAMBIOS AL SISTEMA LEGAL INTERNACIONAL GENERAL?

Los mecanismos de solución de diferencias previstos por TBI, generalmente remiten al arbitraje internacional en el cual los inversores

¹ Este trabajo no tiene en cuenta los capítulos de inversiones previstos en tratados de libre comercio u otros instrumentos internacionales multilaterales.

extranjeros tienen *locus standi* para demandar a los Estados en caso de incumplimiento. Tal es el caso de los tribunales arbitrales *ad hoc* del CIADI, organización internacional que forma parte del Grupo Banco Mundial², la Corte Permanente de Arbitraje, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio de Estocolmo, Corte Internacional de Arbitraje de Londres, u otras instancias de arbitraje *ad-hoc*³. Esta situación evidencia un cambio o excepción al sistema clásico de la protección diplomática, según el cual es el Estado de la nacionalidad del particular afectado quien hace propio el reclamo frente al Estado incumplidor⁴ y no el particular⁵ (Torreja Mateu, 2012, 317; Burgos-De la Ossa y Lozada-Pimiento, 2009: 272).

Asimismo, los TBI presentan otro cambio o excepción al sistema clásico dado que en numerosos acuerdos no se condiciona el proceso arbitral internacional al previo agotamiento de los recursos internos en el Estado demandado, como propone la doctrina Calvo⁶ (Herz, 2003: 13, Fernández Alonso, 2013: 46) (ver gráfica 17). Esta doctrina, elaborada en 1968 por el jurista argentino Carlos Calvo y recogida en varias constituciones latinoamericanas, se basa en los principios de igualdad soberana, no intervención y trato igualitario entre extranjeros y nacionales. Los Estados, como soberanos, tienen derecho determinar libremente sus políticas internas y externas, sin injerencia extranjera, y dado que los extranjeros tienen iguales derechos a los nacionales, estos deben agotar todos los recursos de la jurisdicción doméstica sin pedir la protección y/o intervención diplomática de su Estado de su nacionalidad (Tamburini, 2002: 82).

Basados en la doctrina Calvo, en la reunión anual de la Junta de

2 Son parte del Grupo Banco Mundial el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, la Asociación Internacional de Fomento, Corporación Financiera Internacional, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y el CIADI.

3 Por ejemplo bajo el Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

4 En el régimen general de protección diplomática, la doctrina mayoritaria y el Proyecto de artículos sobre protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, 2006, condiciona el ejercicio de la misma a que el particular afectado tenga un vínculo de nacionalidad con el Estado reclamante, y que agote previamente de los recursos internos en el Estado incumplidor. Una parte minoritaria de la doctrina exige adicionalmente que el particular no haya contribuido con su conducta al hecho que le ha causado el daño (Torroja Mateu, 2012: 322).

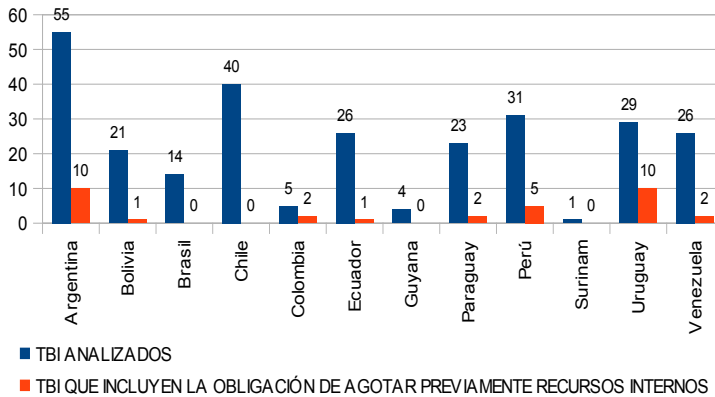
5 La protección diplomática es un derecho del Estado que la ejerce y las normas que la regulan son dispositivas, de allí la posibilidad de excepción total o aplicación parcial.

6 Fach Gómez señala que varios TBI presentan una versión "light" de la cláusula Calvo, al permitir pasar al arbitraje internacional una vez sometida la controversia a la jurisdicción doméstica, se puede pasar al arbitraje por vencimiento de plazo de tiempo determinado (Fach Gómez, 2010: 3).

7 La gráfica 1 muestra que de los 275 TBI de Estados Sudamericanos analizados en este trabajo, únicamente en 33 de ellos está presente la obligación de previo agotamiento de los recursos interno. Ambas cifras comprenden la duplicación de acuerdos entre Estados. Por ejemplo, el TBI entre Argentina y Bolivia es incluido tanto en las cifras correspondientes a Argentina como Bolivia. Excluyendo la duplicación, serían 32 de 255 acuerdos.

Gobernadores del Banco Mundial en setiembre de 1964 en Tokio, una serie de Estados Latinoamericanos⁸ junto a Irak y Filipinas votaron en contra del borrador preliminar del CW, cuyo texto final es aprobado 1965 y entra en vigor en 1966. Este hecho se conoce como el “no de Tokio” (Schreuer, 2009: 2 – 3; Fach Gómez, 2010: 2; Boeglin, 2012). Años después el “no” se revertiría (ver punto 3.1).

Gráfica 1: TBI en Sudamérica que incluyen la obligación de previo agotamiento de los recursos internos. Comparación por Estado.



Fuente: Elaboración propia en base a datos de la UNCTAD y Cancillerías de los Estados. Actualizado al 31 de enero de 2015.

Nota: Para la elaboración de la gráfica se toman los TBI en vigor, salvo las excepciones de Brasil, Bolivia, Ecuador y Venezuela. En el caso de Brasil se incluyen los acuerdos firmados y no aprobados por el Congreso. Se toman los TBI en vigor al inicio del proceso de denuncia en Bolivia, Ecuador y Venezuela, en cada uno y en los demás Estados.

En aquellos TBI que se prevé obligatoriamente el agotamiento previo de los recursos domésticos, no obstante, por el juego de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) contenida en la casi totalidad de los TBI celebrados en el mundo, puede eludirse dicha obligación⁹. Esta práctica se funda en el acceso al mejor trato que un Estado decide ofrecer a los inversores en el marco de otro acuerdo, en este caso, pasaje

⁸ Los Estados Latinoamericanos son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (Boeglin, 2012). Al 31 de enero de 2015, todos los Estados del “no de Tokio” son parte del CW, salvo Brasil, México e Irak que nunca adhirieron, República Dominicana que adhirió pero no lo ratificó, y Bolivia, Ecuador y Venezuela que lo denunciaron (ver apartado 4.2).

⁹ A esta práctica se le denomina treaty shopping o cherry picking.

directo a la jurisdicción arbitral internacional. De acuerdo a Banifatemi, “*un Estado tiene la libertad innegable de no ofrecer un mejor trato a otros inversores o no incluir una CNMF. Sin embargo, una vez que libremente ha elegido uno de esos caminos, debe atenerse a aquello que se ha obligado.*” (Banifatemi, 2009: 273).

En el caso Emilio Agustín Maffezini contra España (CIADI caso número ARB/97/7), por primera vez un tribunal arbitral aplica la CNMF a los mecanismos de solución de controversias. En este caso, el demandante somete la controversia en base al TBI entre Argentina y España cuyo artículo X numeral 3 establece que se puede pasar al arbitraje internacional: a) si en un plazo de dieciocho meses no hay sentencia en la jurisdicción doméstica; b) cuando haya decisión pero subsista la controversia; o, c) por acuerdo de partes. En función de la CNMF del TBI en cuestión, el demandante solicita la aplicación de las disposiciones más favorables del TBI entre España y Chile. En el último acuerdo, luego de procurar obtener una solución amigable en un plazo de seis meses, la jurisdicción doméstica se presenta como una opción para el inversor, junto a la jurisdicción arbitral internacional: CIADI, mecanismo complementario del CIADI, tribunal arbitral ad-hoc según el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (artículo 10).

Por tanto, en la decisión sobre jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000¹⁰, el tribunal considera que,

si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio (párrafo 54)¹¹.

En la acera contraria se encuentra el caso Plama Consortium contra Bulgaria (CIADI caso número ARB/03/24), en el cual el tribunal

¹⁰ Texto disponible en el sitio web del CIADI: <<https://icsid.worldbank.org/>>.

¹¹ Con este precedente, en oportunidades posteriores, otros tribunales arbitrales del CIADI hacen lugar a la CNMF en relación a los mecanismos de solución de controversias, como ser: Gas Natural SDG SA Contra Argentina (CIADI caso número ARB/03/10); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e InterAguas Servicios Integrales del Agua SA contra Argentina (CIADI caso número ARB/03/17); National Grid PLC contra Argentina (caso bajo el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi SA contra Argentina (CIADI caso número ARB/03/19).

arbitral entiende que la CNMF es aplicable únicamente a las cuestiones de fondo relativas a los mecanismos de solución de controversias, no así a las procesales. Siguiendo esta línea de interpretación restringida de la CNMF, en el caso Telenor Mobile Communications AS contra Hungría (CIADI caso número ARB/04/15), el tribunal arbitral reconoce la importancia de tener en cuenta las intenciones de las partes en el TBI de incluir o excluir el trato de nación más favorecida a determinadas cuestiones, esto es, la interpretación de la cláusula debe ser acorde a las limitaciones previstas en el propio acuerdo.

3. EVOLUCIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN EN SUDAMÉRICA

3.1. La década del noventa: clima propicio para los tratados bilaterales de inversión y el Convenio de Washington

En Sudamérica, la década del noventa representa el momento de mayor auge de firma y ratificación de TBI y adhesión al CW¹², aun en Estados tradicionalmente partidarios de la doctrina Calvo (Costa, 2008: 127). Una serie de factores generaron un clima propicio, comenzando por las reformas estructurales promovidas por las organizaciones económicas internacionales en el marco del llamado consenso de Washington, que, entre otros puntos, propulsaron la desregulación del mercado, la apertura comercial mediante la rebaja de aranceles y eliminación de barreras no arancelarias, la privatización de servicios públicos y la liberalización de las barreras a la inversión extranjera directa (IED) (Fernández Alonso, 2013: 48 – 50; Bohoslavsky, 2010: 18). En este marco, los TBI tienen como objetivo compensar los riesgos políticos o no comerciales, especialmente en países en desarrollo, evitando cualquier cambio en la legislación nacional que sea factible de afectar tales inversiones y generando un clima de seguridad política para el inversor (De Azevedo, 2001: 4).

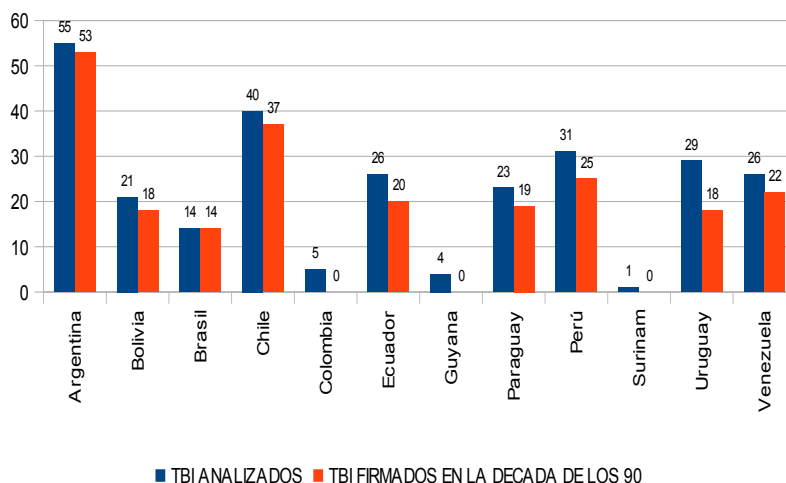
Por otra parte, el fracaso en la concreción del Acuerdo Multilateral de Inversión impulsado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo en 1995¹³, deriva en una mayor proliferación de TBI. Como muestra la gráfica 2, de los 275 acuerdos analizados, 226 fueron

¹² Al 31 de enero de 2015, han ratificado el CW los siguientes Estados Sudamericanos: Argentina (desde el 18 de noviembre de 1994), Chile (desde el 24 de octubre de 1993), Colombia (desde el 14 de agosto de 1997), Guyana (desde el 10 de agosto de 1963), Paraguay (desde el 6 de febrero de 1983), Perú (desde el 8 de setiembre de 1993) y Uruguay (desde el 8 de setiembre de 2000). El convenio fue denunciado por Bolivia (denuncia notificada el 1 de mayo de 2007), Ecuador (denuncia notificada el 2 de julio de 2009) y Venezuela (denuncia notificada el 24 de enero de 2012), en todos los casos efectivas seis meses después según el artículo 71 del convenio. Finalmente, Brasil y Surinam nunca adhirieron al mencionado tratado.

¹³ Este acuerdo pretendía vincular incluso a países no miembros de la organización.

firmados en la década de los 90¹⁴. Se destaca particularmente el caso de Argentina, Estado con mayor número de TBI en la región.

Gráfica 2: TBI en Sudamérica firmados en la década de los 90. Comparación por Estado.



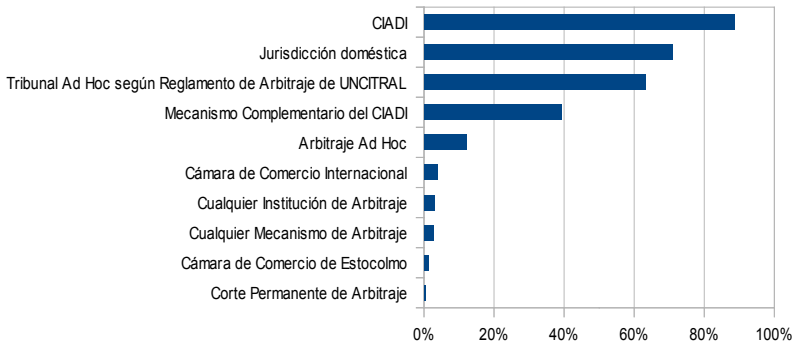
Fuente: Elaboración propia en base a datos de la UNCTAD y Cancillerías de los Estados. Actualizado al 31 de enero de 2015.

Nota: Ídem gráfica 1.

Los TBI firmados siguen los estándares generales, conteniendo disposiciones que regulan diversas áreas que pueden agruparse en: 1) Normas generales de trato de la inversión: alcance y definición de inversión, trato nacional, CNMF, trato justo y equitativo; 2) Protección de las inversiones: garantías y compensaciones por expropiación, garantías de libre traspaso de fondos y transferencia de capitales y ganancias al exterior, prohibición o límites a los requisitos de desempeño; 3) Excepciones, modificaciones y terminación del tratado; 4) Solución de controversias: mecanismos de solución de controversias Estado-Estado e inversor-Estado (Carrau y Valdomir, 2012: 49; Salacuse: 2010: 127 – 128). En cuanto al último punto, los TBI de Estados Sudamericanos presentan como mecanismos de solución de controversias más habituales el arbitraje en el CIADI (89%), jurisdicción doméstica del Estado receptor (71%), tribunal ad hoc según Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (63%), el mecanismo complementario del CIADI (39%) y arbitraje ad hoc (12%) (ver gráfica 3).

¹⁴ Ambas cifras comprenden la duplicación de acuerdos entre Estados. Excluyendo la duplicación, serían 207 de 255 acuerdos.

Gráfica 3: Mecanismos de solución de controversias previstos en TBI en Sudamérica



Fuente: Elaboración propia en base al texto de los acuerdos. Actualizado al 31 de enero de 2015.

Cabe destacar que el CIADI no es un tribunal internacional permanente, sino una organización que maneja una lista de árbitros y para cada caso concreto se compone un tribunal con la elección de un árbitro por cada una de las partes y otro por el Centro. Para que el CIADI entienda en una controversia inversor-Estado es necesario que la controversia sea de naturaleza jurídica, tenga una relación directa con una inversión entre un Estado parte y un nacional de otro Estado parte, y haber firmado una cláusula de prórroga de jurisdicción por escrito (artículo 25 del CW)¹⁵. Por tanto, *“fueron los TBI los instrumentos idóneos para que este consentimiento quedara manifestado, en tanto la mayoría de ellos incluye el arbitraje ante el CIADI como mecanismos para la resolución de disputas.”* (Costante, 2012: 77).

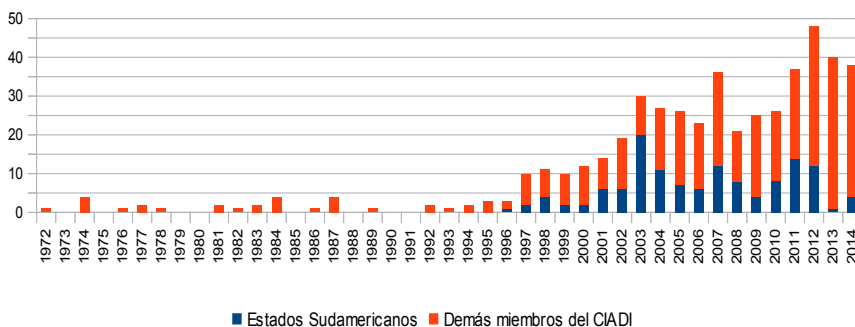
Sin embargo, siguiendo la tendencia internacional, la década del noventa no fue foco de un gran número de demandas contra los Estados Sudamericanos¹⁶. Tomando el caso del CIADI, totalizaron nueve demandas,

15 El Reglamento del mecanismo complementario para la administración de procedimientos por el Secretariado del CIADI, prevé la posibilidad que el Centro administre procedimientos fuera del ámbito de aplicación del CW. Esto es: 1) conciliación o arbitraje para la solución de controversias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión entre un Estado y un nacional de Estados que no sean parte del CW; 2) conciliación y arbitraje que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado o el nacional sean parte del CW; 3) procedimientos de comprobación de hechos (artículo 2). La posibilidad 1 es la que permite la presentación de cinco casos de arbitraje contra Venezuela por parte de empresas canadienses previamente a que Canadá sea parte del CW (1 de diciembre de 2013). Esto son: Vannessa Ventures Ltd contra Venezuela (CIADI caso número ARB(AF)/04/6); Gold Reserve Inc contra Venezuela (CIADI caso número ARB(AF)/09/1); Nova Scotia Power Incorporated contra Venezuela (CIADI caso número ARB(AF)/11/1); Crystallex International Corporation contra Venezuela (CIADI caso número ARB(AF)/11/2); y Rusoro Mining Ltd contra Venezuela (CIADI caso número ARB(AF)/12/5).

16 Los Estados demandados fueron Argentina (cinco demandas), Chile (1 demanda), Paraguay, (1 demanda), Perú (1 demanda) y Venezuela (1 demanda).

habiéndose registrado la primera el 26 de junio de 1996 por parte de la empresa Fedax NV contra Venezuela (CIADI caso número ARB/96/3), en base al TBI entre Venezuela y Países Bajos. La segunda demanda se presenta el 17 de febrero de 1997, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal SA contra Argentina (CIADI caso número ARB/97/3), invocando el TBI entre Argentina y Francia. En la gráfica 4 puede apreciarse la tendencia al aumento en el número de casos registrados a partir de la década del 2000, tanto para Sudamérica como los demás miembros de la organización.

Gráfica 4: Casos de arbitraje registrados por el CIADI por año, según demandado.



Fuente: Elaboración propia en base a datos del CIADI. Actualizado al 31 de enero de 2015.

De acuerdo a datos de la UNCTAD, teniendo en cuenta todos los mecanismos de solución de controversias existentes, al término de 2013 Argentina es el Estado que acumula mayor número de demandas de inversores extranjeros, tanto en Sudamérica como mundialmente, con un total de 53. Es seguido por Venezuela (36), República Checa (27); Egipto (23), Ecuador (22) y Canadá (22)¹⁷ (UNCTAD, 2014: 8).

3.2. La década del 2000 en adelante: los cuestionamientos

En los últimos años, el gran número de demandas recibidas por los Estados de la región¹⁸, especialmente aquellas basadas en nueva

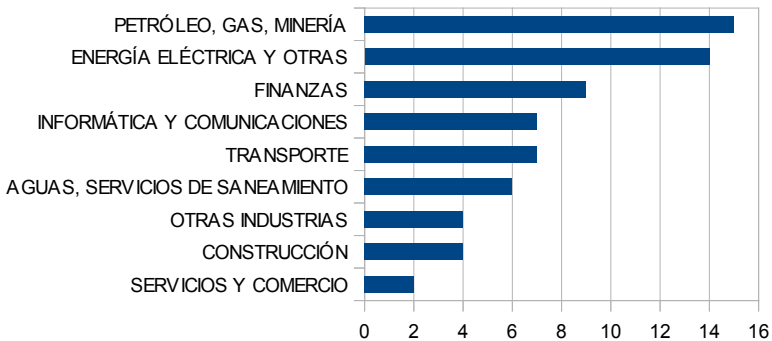
17 El 57% de los demandados son países en desarrollo, 27% desarrollados y 16% en transición, mientras que el 85% de los demandantes son nacionales de países desarrollados, 13% en desarrollo y 2% en transición, destacándose Estados Unidos (127 casos), seguido por Países Bajos (61), Reino Unido (43), Alemania (39) y Canadá (32). (UNCTAD, 2014: 7 – 9).

18 Tomando únicamente el CIADI, los Estados Sudamericanos fueron demandados en 82 de los 236 casos que se registraron durante el período 2000-2009. Lidera Argentina con 44 demandas en dicho período, de las cuales 37 se derivan de las medidas económicas adoptadas en razón de la crisis económico-social iniciada en diciembre de 2001.

legislación doméstica relativa a sectores económicos sensibles como ser petróleo, gas y minería, energía eléctrica y otras fuentes de energía, aguas y servicios de saneamiento, finanzas, instrumentos de deuda, entre otros (ver gráficas 5 y 6), que reclaman cuantiosas indemnizaciones¹⁹, el cuestionamiento de los mecanismos de solución de controversias en sí mismo, así como la ausencia de prueba de la relación directa entre atracción de IED y la vigencia de los TBI²⁰, han generado movimientos en torno a las posiciones de los Estados respecto a la década del noventa.

En este sentido, actualmente los Estados Sudamericanos se han agrupado en tres posiciones: 1) no ratificar TBI ni ser miembro del CIADI (Brasil); 2) denunciar los TBI en vigor y el CW (situación de Bolivia, Ecuador y Venezuela); 3) mantener los TBI en vigor y permanecer en los foros de solución de controversias actuales (Argentina, Chile, Colombia, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay).

Gráfica 5: Casos de arbitraje concluidos en el CIADI según sector económico.

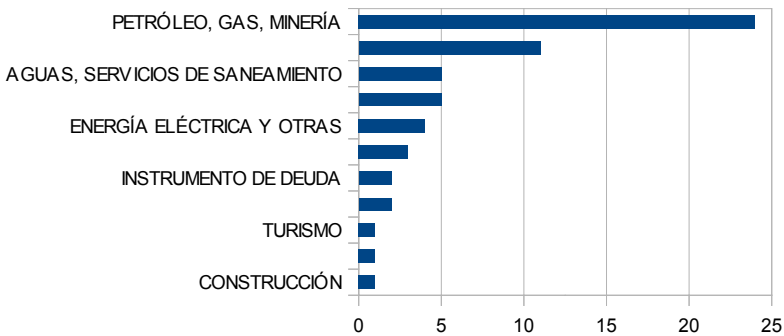


19 A modo de ejemplo, en el Caso Occidental Petroleum contra Ecuador (CIADI caso número ARB/06/11), el tribunal arbitral hace lugar a la solicitud de indemnización de casi 1800 millones de dólares. En el caso argentino el monto individual de los reclamos no llega a un cifra como la anterior, por ejemplo en el caso CMS Gas Transmission Company (CIADI caso número ARB/01/8), directamente relacionado con la crisis económico-social del año 2001, se condena al pago de 133,2 millones de dólares más intereses de los 262 millones de dólares reclamados. No obstante, el acumulado por las demandas presenta otras características. Por ejemplo, en octubre de 2013 Argentina llega a un acuerdo con cinco empresas, una de ellas la mencionada CMS, por el pago de laudos de arbitrajes de inversiones en su contra por 677 millones de dólares, con una quita del 25% y suscripción de bonos argentinos de por los menos el 10% (acuerdo transaccional aprobado por la Resolución Nro. 598/2013 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de Argentina, de fecha 8 de octubre de 2013). Las empresas en cuestión son Azurix (CIADI caso número ARB/01/12), CMS (CIADI caso número ARB/01/8), Continental Casualty (CIADI caso número ARB/03/9) y Vivendi (CIADI caso número ARB/97/3) y National Grid (arbitraje UNCITRAL).

20 Sobre este punto, Baker señala que los TBI tienen un efecto positivo en la atracción de IED entre 1986 y 1995, pero tal efecto desaparece entre 1996 y 2004. Dados los altos costos de ingresar en un TBI, Baker concluye que sería mejor emplear esos recursos en modernizar los determinantes conocidos de la IED, como ser infraestructura o calidad institucional (Baker, 2012: 24).

Fuente: Elaboración propia en base a datos del CIADI. Actualizado al 31 de enero de 2015.

Gráfica 6: Casos de arbitraje pendientes en el CIADI según sector económico.



Fuente: Elaboración propia en base a datos del CIADI. Actualizado al 31 de enero de 2015.

4. LAS TRES POSICIONES EN SUDAMÉRICA

4.1. Brasil: ¿tradicional rechazo al sistema o golpe de timón?

El caso de Brasil es el más significativo en América del Sur. En 1994, con la adhesión al Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Seúl, 1985), comienza la práctica de celebración de TBI, firmando 14 TBI²¹, todos entre 1994 y 1999. Si bien seis de estos acuerdo llegan al Congreso Brasileiro²², no son aprobados y en marzo de 2002, en el último año del gobierno de Fernando Henrique Cardoso (1995 – 2002), es creado un Grupo de Trabajo Interministerial que determina “*la conveniencia de retirar dichos acuerdos del congreso, cuestión que se produjo en diciembre de 2002*” (Actis, 2014: 23).

Azevedo (2001: 9) destaca que los inconvenientes para la aprobación de los TBI por parte del Congreso están dados en que comprometen al Estado por períodos muy extensos, privilegian más al inversor extranjero en detrimento del nacional, existen problemas de

21 TBI con Alemania, Bélgica y Luxemburgo, Chile, República De Corea, Cuba, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Países Pajos, Portugal, Reino Unido, Suiza y Venezuela.

22 Proyectos de decreto legislativo del año 1996: TBI con Suiza, Portugal y Chile y Reino Unido; y 2000: TBI con Francia y Alemania (Azevedo, 2001: 6)

constitucionalidad, por ejemplo en relación a la solución de controversias en instancias internacionales de arbitraje²³, y la libre transferencia de capitales puede presentar riesgos en la balanza de pagos.

El sistema legal internacional de solución de controversias inversor-Estado, basado en los TBI y el CW, puede ser categorizado como un régimen internacional, en el entendido que se trata de “*un conjunto implícito o explícito de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión alrededor de los cuales las expectativas de los distintos actores convergen en un área determinada de las relaciones internacionales*” (Krasner, 1983: 2)²⁴. Los Estados como actores internacionales, forman parte de un régimen siempre que perciban una reciprocidad de intereses o relación ganar-ganar. Por tanto, Brasil representa el caso de un actor que entiende que los beneficios recibidos una vez incorporado en el régimen, no son mayores ni iguales a los que se percibían antes de su incorporación, por tanto elige permanecer fuera.

Sin embargo, esta clara posición de rechazo a los TBI, se ve cuestionada por el hecho que el flujo de inversiones en Brasil ha dejado de ser exclusivamente unidireccional para ser bidireccional, ya que las empresas brasileras han comenzado a realizar inversiones fuera de fronteras, convirtiendo al país en receptor y emisor de IED. En este contexto, en octubre de 2013 Brasil presenta propuestas de TBI a Angola, Nigeria, Mozambique y Sudáfrica (Actis, 2014: 27). El especialista brasiler en Derecho Internacional de las Inversiones, José Augusto Fontoura Costa²⁵, explica que los acuerdos propuestos se deben a intereses sectoriales de Brasil en dichos países y a la percepción de fragilidad del marco jurídico en ellos existente²⁶.

Con este aparente golpe de timón en la tradicional postura brasiler, cabe preguntarse si el siguiente paso es la adhesión al CW. En este sentido, Fontoura Costa señala que la adhesión “*no presenta, per se, ningún potencial nocivo para los intereses nacionales y podría, representar una nueva alternativa para los inversores brasileros en el exterior, especialmente aquellos que se encuentran con marcos regulatorios inestables y riesgo político elevado*” (Costa, 2008b).

23 Particularmente colisionan con los siguientes artículos de la Constitución Brasiler (1988): 1.1. “*La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: 1. la soberanía*”; y 5.34. “*Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: (...) 34. la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos.*”

24 El sistema legal internacional de solución de controversias inversor-Estado, se trata de un régimen condicionalmente abierto, puesto que los Estados que lo conforman aceptan un conjunto de normas establecidas (Bizzozero, 2011: 154).

25 Entrevistado por correo electrónico el 25 de noviembre de 2014.

26 Los textos no son de acceso público, ni se conoce el grado de avance en la negociación.

4.2. Bolivia, Ecuador y Venezuela: el abandono del sistema

Bolivia²⁷, Ecuador²⁸ y Venezuela²⁹ son los primeros Estados en América del Sur abandonar el CIADI, notificando la denuncia al CW el 1 de mayo de 2007, el 2 de julio de 2009 y el 24 de enero de 2012 respectivamente³⁰, y comenzando el proceso de denuncia de los TBI en vigor³¹. Este proceso puede enmarcarse en el abandono de un régimen internacional, el sistema legal internacional de solución de controversias inversor-Estado, en el entendido que los costos de permanecer en él son mayores a las alternativas externas.

El caso de Ecuador es de particular interés por los cambios institucionales generados. El proceso de abandono del régimen internacional da inicio en enero de 2008 con la notificación de denuncia de nueve TBI, aquellos en base a los cuales no se habían registrado inversiones recíprocas (Guerra, 2012: 43)³². En lo que refiere a los restantes acuerdos, únicamente se llega a la última etapa en el TBI con Finlandia, habiéndose notificado la denuncia a la contraparte el 23 de noviembre de 2010³³. No obstante, debe tenerse en cuenta que en la gran mayoría de los casos, existen cláusulas de ultractividad que determina las disposiciones del TBI se mantienen en vigor por cinco, diez o quince años más, para aquellas inversiones realizadas con anterioridad a la notificación de terminación³⁴.

27 Al inicio del proceso de denuncia, Bolivia cuenta con 21 TBI que la vinculan con: Alemania, Argentina, Austria, Bélgica y Luxemburgo, Chile, China, Corea, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos, España, Francia, Italia, Países Bajos, Paraguay, Perú, Reino Unido, Rumania, Suecia, Suiza.

28 Al inicio del proceso de denuncia, Ecuador tiene 26 TBI que lo vinculan con: Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Cuba, Estados Unidos, El Salvador, España, Finlandia, Francia, Guatemala, Honduras, Italia, Nicaragua, Países Bajos, Paraguay, Perú, Reino Unido, República Dominicana, Rumania, Suecia, Suiza, Uruguay, Venezuela.

29 Al inicio del proceso de denuncia, Venezuela tiene 27 TBI que la vinculan con: Alemania, Argentina, Barbados, Bélgica y Luxemburgo, Bielorrusia, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Irán, Italia, Lituania, Países Bajos, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rusia, Suecia, Suiza, Uruguay, Vietnam.

30 De acuerdo al artículo 71 del CW, las denuncias son efectivas seis meses después de su notificación.

31 El Estado que más ha avanzado en el proceso de denuncia de los TBI es Bolivia. Ocho de los acuerdos no son renovados, y en mayo de 2013 se completa el proceso con la denuncia colectiva de los restantes tratados (Orellana López, 2014).

32 TBI con Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumania y Uruguay.

33 El procedimiento tiene los siguientes pasos: 1) Oficio de la Presidencia a la Corte Constitucional solicitando que se pronuncie sobre la denuncia; 2) Dictamen de la Corte Constitucional; 3) Oficio de la Presidencia a la Asamblea Nacional solicitando la denuncia; 4) Informe de la Comisión especializada permanente de soberanía, integración, relaciones internacionales y seguridad integral de la Asamblea Nacional; 5) Resolución del Pleno de la Asamblea Nacional; 6) Notificación escrita de la denuncia a la contraparte en el TBI.

34 Los TBI con Italia y República Dominicana contienen cláusulas de ultractividad por un período de 5 años. En el caso de los TBI con Bolivia, Chile, China, Cuba, Estados Unidos, El Salvador, España, Finlandia, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Rumania,

En mayo de 2013, Ecuador da un paso más al crear la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA) (Decreto Ejecutivo 1506, 6 de mayo de 2013). La CAITISA está formada por cuatro expertos o investigadores en materia de inversiones y Derecho Internacional, provenientes de la sociedad civil con sus respectivos suplentes, y cuatro representantes del Estado: el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo, la Secretaria Nacional de Gestión de la Política, el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores (artículo 6). Sus funciones son analizar los TBI y otros instrumentos internacionales relativos a inversiones que obliguen a Ecuador, así como las normas de arbitraje internacional y los casos contra el Estado (artículo 3).

El especialista en Derecho Internacional Público y miembro de la CAITISA, Javier Echaide³⁵, indica que los motivos esgrimidos por Ecuador para denunciar los TBI y el CW se basan en: 1) la incompatibilidad con disposiciones de la Constitución de 2008, principalmente en lo que refiere al establecimiento de una jurisdicción distinta a la doméstica en materia de controversias con inversores extranjeros³⁶; 2) la necesidad de dar pasos en relación a la protección de los derechos de la naturaleza, con consagración constitucional por primera vez en la historia de Ecuador³⁷; 3) aspectos conyunturales, especialmente las controversias con las empresas Occidental Petroleum (CIADI caso número ARB/06/11) y Chevron (Corte Permanente de Arbitraje); 4) las afectaciones indirectas de los casos que se dirimen en jurisdicciones diferentes y genera problemas al Estado.

En este marco, desde 2009 Ecuador impulsa la creación de una institución regional de solución de controversias en materia de inversiones, el Centro de solución de controversias en materia de inversiones en el ámbito de la UNASUR. Si bien este foro implica realizar

Suiza y Venezuela contienen cláusulas de ultractividad por un período de 10 años. Los TBI con Alemania, Argentina, Canadá, Francia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia presentan cláusulas de ultractividad de 15 años. Finalmente, el TBI con Uruguay es la excepción, al no contener cláusulas en este sentido.

35 Entrevista personal realizada el 16 de octubre en Buenos Aires.

36 Artículo 422 de la Constitución de Ecuador (2008): *“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”*

37 Capítulo séptimo, artículo 71 a 74.

una prórroga de jurisdicción a su favor, la misma está contemplada dentro de la Constitución ecuatoriana al exceptuarse de la regla general “*los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios*” (artículo 422)³⁸.

4.3. Los demás Estados Sudamericanos: un grupo heterogéneo

La tercera posición está integrada por el resto de los Estados Sudamericanos, esto es, Argentina, Chile, Colombia, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay. Este grupo es heterogéneo, pero en general siguen la tendencia a la firma y entrada en vigor de TBI y adhesión al CW. Al 31 de enero de 2015, Argentina tiene 55 TBI en vigor³⁹, Chile 40⁴⁰, Colombia 5⁴¹, Guyana 4⁴², Paraguay 23⁴³, Perú 31⁴⁴, Surinam 1⁴⁵, y Uruguay 29⁴⁶.

38 Cabe destacar que Suñé y Vasconcelos señalan que, sin ánimo de duplicar esfuerzos regionales, en el caso de un espacio regional menor como el Mercosur, el ámbito natural para resolver controversias y elaborar normas regionales es el propio Mercosur, y esto debe tenerse en cuenta también en materia de inversiones. Por tanto, proponen que se incluyan las cuestiones relativas a inversiones dentro de la reforma del sistema de solución de controversias mercosuriano (Suñé y de Vasconcelos, 2013: 215 – 217).

39 TBI con Alemania, Argelia, Armenia, Australia, Austria, Bélgica y Luxemburgo, Bolivia, Bulgaria, Canadá, Chile, China, República de Corea, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos, Egipto, El Salvador, España, Filipinas, Finlandia, Francia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Israel, Italia, Jamaica, Lituania, Malasia, Marruecos, México, Nicaragua, Países Bajos, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Rusia, Senegal, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Venezuela, y Vietnam. Siguiendo la línea planteada en las gráficas 1 y 2, se incluyen los TBI con Bolivia y Venezuela con distinto grado de avance en los procesos de denuncia.

40 TBI con Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica y Luxemburgo, Bolivia, China, República de Corea, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Honduras, Islandia, Italia, Malasia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Dominicana, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Ucrania, Uruguay, Venezuela. Siguiendo la línea planteada en las gráficas 1 y 2, se incluyen los TBI con Bolivia, Ecuador y Venezuela con distinto grado de avance en los procesos de denuncia.

41 TBI con China, España, India, Perú, Suiza.

42 TBI con Alemania, China, República de Corea y Reino Unido.

43 TBI con Alemania, Austria, Bélgica y Luxemburgo, Bolivia, Chile, República de Corea, Costa Rica, Cuba, El Salvador, España, Francia, Hungría, Italia, Países Bajos, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Sudáfrica, Suiza, Taiwán, Venezuela. Siguiendo la línea planteada en las gráficas 1 y 2, se incluyen los TBI con Bolivia y Venezuela con distinto grado de avance en los procesos de denuncia.

44 TBI con Alemania, Argentina, Australia, Bélgica y Luxemburgo, Bolivia, Canadá, Chile, China, Colombia, República de Corea, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Tailandia, Venezuela. Siguiendo la línea planteada en las gráficas 1 y 2, se incluyen los TBI con Bolivia y Venezuela con distinto grado de avance en los procesos de denuncia.

45 TBI con Países Bajos.

46 TBI con Alemania, Armenia, Australia, Bélgica y Luxemburgo, Canadá, Chile, China,

El caso más especial es Suriname, Estado que no sigue la tendencia planteada en el punto 3.1. Si bien firma dos TBI en la década del 90, uno con Indonesia en 1995 y otro con Cuba en 1999, al 31 de enero de 2015, únicamente el TBI con Países Bajos se encuentra en vigor desde 2006, habiendo sido firmado en 2005. A su vez, junto con Brasil son los únicos Estados Sudamericanos que nunca adhirieron al CW.

Otro caso destacable es Argentina puesto que se trata del Estado Sudamericano con mayor número de TBI en vigor. De los 55 acuerdos, celebrados entre 1990 y 2000, 53 corresponden a la presidencia de Carlos Menem (1989 – 1999). Su celebración es motivada por el proceso privatizador, especialmente de los servicios públicos, la creencia ideológica en las ventajas de una mayor apertura de la economía, la tendencia internacional a la firma de TBI impulsada por el consenso de Washington, y la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que brindaran mayor seguridad jurídica a los inversores extranjeros (Beltramino, 2010, 21). Es por este último punto, que la mayoría de los TBI que obligan a Argentina incluyen cláusulas de prórroga de jurisdicción a favor del arbitraje internacional, sin exigir el previo agotamiento de los recursos internos marcando un claro alejamiento de la tradicional doctrina Calvo⁴⁷.

Sin embargo, son principalmente las empresas concesionarias de servicios públicos⁴⁸, privatizadas en la década del noventa, las que inician procesos arbitrales contra Argentina en base a los TBI celebrados en la misma década⁴⁹, al verse afectadas por las medidas tomadas a partir de diciembre de 2001 para paliar la crisis económico-social. Se destaca la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (Ley 25.561 sancionada el 6 de enero de 2002), norma que deja sin efecto las cláusulas de ajuste en dólares u otras monedas extranjeras y las cláusulas basadas en parámetros internacionales, como ser los índices de precios de otros Estados, y “pesifica” los precios y tasas incluidos en contratos públicos (Fernández Alonso, 2013: 58)⁵⁰. En el caso de las controversias dirimidas en el CIADI, al término de 2014 Argentina es demandada en 51 oportunidades⁵¹, 37 de las cuales están directamente relacionadas

República de Corea, El Salvador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Italia, Malasia, México, Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Venezuela, Vietnam. Siguiendo la línea planteada en las gráficas 1 y 2, se incluyen los TBI con Bolivia y Venezuela con distinto grado de avance en los procesos de denuncia.

47 Son 43 los TBI que no prevén el agotamiento previo de los recursos internos como condición para el pasaje al arbitraje internacional, 41 firmados durante la presidencia de Menem.

48 Los principales sectores económicos involucrados son: petróleo y gas, energía eléctrica, aguas y saneamiento, informática y comunicaciones (particularmente telefonía).

49 En particular el TBI con Estados Unidos, invocado en 17 de los 37 casos ante el CIADI, directamente relacionados con la crisis económico-social del 2001. En el total de demandas contra Argentina en el Centro (51), este TBI ha sido invocado en 20 oportunidades.

50 En general, las demandas se centran en la ausencia de trato justo y equitativo, trato menos favorable que el otorgado a inversores nacionales y expropiación indirecta, en función de la sanción de las mencionadas normas internas.

51 Al 31 de diciembre de 2014, 29 casos están concluidos y 22 se encuentran pendientes de resolución.

con la crisis económico-social del 2001⁵².

En este contexto, en el año 2003 se produce un cambio estructural en el país una de cuyas premisas es el abandono de la política de negociación y ratificación de TBI. Únicamente se modifica el tratado con Panamá en 2004 y entra en vigor el tratado con Senegal en 2010 que tenía pendiente la ratificación de la nación africana⁵³. De acuerdo a Carlos Bianco⁵⁴, Secretario de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina, el cambio de modelo parte de una posición ideológica distinta, basada en el desarrollo industrial e inclusión social. Si bien el actual gobierno de Cristina Fernández de Kirchner (2007 – presente) es muy crítico de los resultados generados por los TBI y se ha discutido internamente la posibilidad de denuncia, no se ha avanzado en esta dirección. Por tanto, se continúa renovando automáticamente los TBI en vigor y se mantiene la membresía al CIADI.

Siguiendo la teoría de los regímenes internacionales, si bien Argentina se mantiene dentro del régimen, lo hace con restricciones que no implican el abandono del mismo. No obstante, en la Cámara de Diputados se han presentado diversos proyectos que sí proponen el abandono del régimen, ya sea mediante la denuncia del CW o los TBI en vigor o la declaración de nulidad absoluta de las mencionadas normas⁵⁵. En el primer caso, el fundamento está dado en dos aspectos: 1) las características de las cláusulas habitualmente incluidas en los TBI, en especial la CNMF, la cláusula de estabilidad y la cláusula paraguas⁵⁶, y 2) la renuncia de soberanía relativa a la jurisdicción territorial de los tribunales nacionales, a favor del CIADI u otros tribunales arbitrales internacionales⁵⁷. En el segundo caso, siguiendo a Costante (2012) se explica que, dado que los TBI tienen rango supralegal pero

52 El año 2003 es el de mayor registro de casos contra Argentina: 17 de los 20 registrados contra Estados Sudamericanos, y de los 30 registrados en total.

53 El acuerdo es firmado en 1993 y ratificado por Argentina en 1994.

54 Entrevista personal realizada el 22 de octubre de 2014 en Buenos Aires.

55 En el primer grupo se encuentran, por ejemplo, los proyectos con número de trámite parlamentario 8 de 14 de marzo de 2011, 37 de 25 de abril de 2006, 3 de 3 de marzo de 2006, 52 de 13 de mayo de 2000, mientras que en el segundo grupo se incluye, por ejemplo, el proyecto con número de trámite parlamentario 182 de 14 de diciembre de 2012. Los proyectos llevan la firma de diputados de los siguientes partidos políticos: Movimiento Proyecto Sur, Partido Socialista, Soberanía Popular, Emancipación y Justicia, Concertación Entrerriana, Sí por la Unidad Popular, GEN, y/o ARI, según el caso.

56 Es especialmente interesante el caso de la CNMF, dado que el TBI con Panamá prevé que *“ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar”* (artículo 3). Por efecto de la mencionada cláusula, esta disposición sería aplicable a todos los TBI que Argentina tiene en vigor.

57 En los 55 TBI en vigor que fueron analizados, los mecanismos de solución de controversias previstos son: el CIADI (51 TBI), tribunales arbitrales ad hoc según el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL(49), la jurisdicción doméstica (45), el mecanismo complementario del CIADI (42), otros (5).

infraconstitucional⁵⁸, son absolutamente nulos al colisionar con las disposiciones constitucionales que prevén la jurisdicción de los tribunales locales en todos los asuntos previstos en la Constitución Argentina (1994), como ser contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación y arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación (artículos 75 incisos 4 y 7⁵⁹, 116⁶⁰ y 117⁶¹).

CONCLUSIONES: REALIDADES Y PERSPECTIVAS

Actualmente, en los Estados Sudamericanos se perciben rasgos de transformación en lo que refiere al sistema legal internacional de solución de controversias inversor-Estado. Sin embargo, existe fragmentación en las estrategias seguidas por los Estados, ya sea en relación a los TBI y el CW: permanecer en el sistema, no ser parte de él, o abandonarlo. La ausencia de una voz común lleva a que las políticas individuales, si bien en apariencia sólidas a nivel nacional, colisionan en el contexto regional.

El proyecto ecuatoriano de creación de un Centro de solución de controversias en materia de inversiones de UNASUR⁶², es un paso para neutralizar la fragmentación de estrategias a nivel regional y procurar la construcción de un sistema legal de solución de controversias inversor-Estado como régimen internacional propio, basado en lógicas regionales. Dado que la UNASUR es un proceso intergubernamental, que no implica la cesión de soberanía, y que en el proyecto los Estados estarán facultados a solicitar el agotamiento previo de los recursos internos (Fiezzoni, 2011: 7)⁶³, es posible afirmar que se perfila un leve

58 De acuerdo al artículo 74 inciso 22 de la Constitución Argentina (1994), los tratados tienen rango supralegal pero infraconstitucional, salvo aquellos enumerados a texto expreso a los que se les otorga jerarquía constitucional. Estos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

59 Artículo 75. “Corresponde al Congreso: 4. Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación. (...); 7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”.

60 Artículo 116. “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (...)”.

61 Artículo 117. “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso (...)”.

62 Luego de cuatro años de trabajo, el Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel, concluyó el texto del acuerdo constitutivo en noviembre de 2014, el cual debe ser sometido a ratificación por los doce miembros de la UNASUR, según información de la Cancillería Ecuatoriana, disponible en: <<http://www.cancilleria.gob.ec/expertosdeunasurconsolidantextoparalacreaciondelcentrodesoluciondecontroversiasenmateriadeinversiones/>> [consultado 02.02.15].

63 Si bien no es un regreso completo a la doctrina Calvo, se percibe un claro respeto a la soberanía estatal al darle al Estado la posibilidad de elección.

retorno a la soberanía estatal en la solución de controversias en materia de inversiones.

No obstante, sería deseable que este proceso de construcción de un sistema legal regional interpele a los Estados Sudamericanos a discutir públicamente sobre otros aspectos vinculados con los TBI, como ser la CNMF, las cláusulas de ultractividad, el trato justo y equitativo, el concepto de expropiación indirecta, el agotamiento previo de los recursos internos, y el concepto de inversión en sí mismo, entre otros. De esta forma se contarían con bases sólidas para la negociación de futuros acuerdos o la renegociación de los vigentes contemplando los intereses de la región, particularmente el modelo de desarrollo al que se quiera apostar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACTIS, Esteban. “Brasil y la promoción de Tratados Bilaterales de Inversión: El fin de la disyuntiva”. *Latin American Journal of International Affairs* [en línea]. 2014, vol 6, n° 1, p. 18–33 [consultado 19.11.14]. Disponible en: <<http://www.lajia.net/volumenes/LAJIA%20vol6%20n1%20Art02.pdf?attredirects=0&d=1>>.

ARBUET VIGNALI, Heber. ¿Quién prima? El lastre de una teoría heredada, sobre un problema real del derecho en la posmodernidad. *Estudio del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales* [en línea] 2013 [consultado 30.08.14]. Disponible en: <<http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri08del13arbuets.pdf>>.

AZEVEDO, Déborah Bithiah de. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil* [en línea]. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001 [consultado 31.05.14]. Disponible en: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>>.

BAKER, Paul (2012). *Who Enters Into Bilateral Investment Treaties and Do They Have an Impact on Foreign Direct Investment?* [en línea]. 2012 [consultado 23.01.15]. Disponible en: <https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=SAEe2012_Job_Market&paper_id=49>.

BANIFATEMI, Yas. “The emerging jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in investment arbitration”. En: BJORKLUND, Andrea; et.al. (edit). *Investment Treaty Law. Current Issues III – Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law*. Londres: BIICL, 2009. p. 241–273.

BELTRAMINO, Ricardo. Promoción de inversiones en los acuerdos de inversiones firmados por Argentina. *Documento de trabajo Nro. 49, Mayo 2010. Área de Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: FLACSO, 2010 [consultado 24.05.14]. Disponible en: <http://rrii.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2010/06/FLA_Doc49.pdf>.

- BIZZOZERO, Lincoln. *Aproximación a las relacionales internacionales. Una mirada desde el siglo XXI*. Montevideo: Ediciones Cruz del Sur, 2011.
- BOEGLIN, Nicolás. *Ecuador y el CIADI: nuevo pulso con posibles repercusiones. América Latina en Movimiento, publicado el 10 de octubre de 2012* [en línea]. 2012 [consultado 23.01.15]. Disponible en: <<http://alainet.org/active/58693>>.
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2010. (Colección Documentos de proyecto, n° 326).
- BURGOS-DE LA OSSA, María Angélica y LOZADA-PIMIENTO, Nicolás. “La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* [en línea]. 2009, n° 15, p. 243–278 [consultado 10.09.14]. Disponible en: <<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n15/n15a09.pdf>>.
- CARRAU, Natalia y VALDOMIR, Sebastián. *La incidencia de los Tratados de Protección de Inversiones en el Mercosur*. Montevideo: CEFIR, GIZ, 2012. (Documento de trabajo 013).
- COSTA, José Augusto Fontoura. “Direito Internacional do Investimento Estrangeiro” [Tesis]. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.
- COSTA, José Augusto Fontoura. “Investidores brasileiros e arbitragem internacional”. *Puentes* [en línea]. 2008, vol 4, n° 6 [consultado 13.11.14]. Disponible en: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/investidores-brasileiros-e-arbitragem-internacional>>.
- COSTANTE, Liliana. Soberanía nacional vs. CIADI: ¿Estados o mercados? *Revista de Derecho Público* [en línea]. 2012, año I, n° 2, p. 59–105 [consultado 16.05.13]. Disponible en: <http://www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PUBLICO_A1_N2.pdf>.
- FACH GOMEZ, Katia. *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* [en línea]. 2010 [consultado 14.12.14]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1708325>> .
- FERNANDEZ ALONSO, José. “Controvérsias entre Estados e investidores transnacionais: reflexoes sobre o acúmulo de casos contra a República Argentina”. *Revista Tempo do mundo* [en línea]. 2013, vol 5, n° 1, p. 45–87 [consultado 12.11.14]. Disponible en: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/rtm/140903_rtmv5_n1_port_cap2.pdf>.
- FIEZZONI, Silvia. “Las Principales Características de la Propuesta de Ecuador”. *Investment Treaty News* [en línea]. 2011, tomo 2, n° 2, 2, Diciembre 2011/Enero 2012, p. 6–7 [consultado 14.12.14]. Disponible en: <http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_january_2012_es.pdf>.
- GUERRA, Gustavo. “Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constituciones sobre la inversión privada extranjera en el Ecuador”. *Foro: Revista de Derecho*, 2012, n° 17, p. 31–62.
- HERZ, Mariana. “Régimen argentino de promoción y protección de

- inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, Mercosur mediante, al Alca y la OMC”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [en línea]. 2003, n° 7 [consultado 16.05.13]. Disponible en: <[http://www.reei.org/index.php/revista/num7/archivos/M.Herz\(reei7\).pdf](http://www.reei.org/index.php/revista/num7/archivos/M.Herz(reei7).pdf)>.
- KRASNER, Stephen. “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”. En: KRASNER, Stephen (ed). *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.
- ORELLANA LÓPEZ, Aldo. *Bolivia denuncia sus tratados bilaterales de inversión e intenta poner fin al poder de las corporaciones para demandar al país en Tribunales Internacionales* [en línea]. Red por la Justicia Social en la Inversión Global, 2014 [consultado 14.12.14]. Disponible en: <<http://justinvestment.org/wp-content/uploads/2014/07/Bolivia-denuncia-sus-Tratados-Bilaterales-de-Inversi%C3%B3n-e-intenta-poner-fin-al-poder-de-las-corporaciones-para-demandar-al-pa%C3%ADs-en-Tribunales-Internacionales1.pdf>>.
- SALACUSE, Jeswald *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- SUNÉ, Natasha y VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “Inversiones y solución de controversias en el Mercosur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* [en línea]. 2013, año 1, n° 2, p. 195–220 [consultado 23.01.15]. DOI: <<http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a1.n2.195>>.
- TAMBURINI, Francesco. “Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?” *Revista de estudios histórico-jurídicos* [en línea]. 2002, n° XXIV, p. 81–101 [consultado 23.01.15]. Disponible en: <<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/363/343>>.
- TORREJA MATEU, Helena (2012). “Protección diplomática”. En: SÁNCHEZ, Víctor (ed). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Huygens Editorial, 2012, p. 315-330.
- UNCTAD. *International Investment Agreements Issues Note: Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement* [en línea]. Ginebra, 2014. Nro. 1, Abril 2014 [consultado 20.06.14]. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>.
- UNCTAD (2010). *International Investment Agreements Issues Note: Denunciation of the ICSID convention and BITS: impact on investor-state claims*. Nro. 2. Ginebra, 2010 [consultado 16.07.14]. Disponible en: <http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf> .

OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS NO MERCOSUL: O EXEMPLO BEM SUCEDIDO DO FOCEM

INVERSIONES INTERNACIONALES EN EL MERCOSUR: EL EJEMPLO EXITOSO DEL FOCEM

*Nadia de Araujo**
*Carolina Noronha***

Resumo: *O presente artigo tem por finalidade relatar a importância da criação do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM) na redução das assimetrias intrabloco e na atração de investimentos internacionais para a região. Além de suas principais características, será igualmente abordado o panorama geral dos projetos apresentados pelos Estados Partes para financiamento.*

Resumen: *Este artículo tiene como objetivo describir la importancia de la creación del Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur (FOCEM) en la reducción de las asimetrías dentro del bloque y en la atracción de inversiones internacionales a la región. Además de sus características principales, también se discutirá la visión general de los proyectos presentados por los Estados Partes para su financiación.*

Palavras-chave: Mercosul, Investimentos internacionais, FOCEM

Palabras clave: Mercosur, Inversiones internacionales, FOCEM

1. INTRODUÇÃO

O Comércio Internacional é uma atividade crucial para o desenvolvimento dos países, e também para a manutenção da paz. Celso Lafer aponta essa interação ao esclarecer que “*a relação positiva entre comércio e paz está na origem do projeto da International Trade Organization e da Carta de Havana*”, com o seu desdobramento para

* Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Comparado pela George Washington University. Professora de Direito Internacional Privado na PUC-Rio. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aposentada. Advogada. Rio de Janeiro – Brasil. E-mail: nadia@nadiadearaujo.com

** Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Rio de Janeiro.

o GATT¹. Esse sistema, de caráter global, iniciado pelas reuniões de Bretton-Woods, deu origem a um procedimento de discussão comercial de cunho multilateral, hoje cristalizado com a criação da OMC em 1995.

Com o tempo, também em âmbito regional, outros sistemas para facilitar o comércio, e promover a integração de forma mais ampla foram criados, sendo de ressaltar a originalidade da experiência europeia, iniciada nos anos cinquenta do século XX, e ainda hoje em processo de adensamento. O modelo europeu encontrou eco em outros continentes, e na América Latina, o Mercosul representa a modalidade de integração que mais se aproxima da europeia.

Em 2015, celebraremos os vinte anos da efetiva instituição do Mercosul como uma organização internacional voltada para o livre comércio e para a união aduaneira de seus membros. O Protocolo de Ouro Preto, aprovado por ocasião da VII Reunião do Conselho do Mercosul², marcou a passagem da fase transitória ou provisória, inaugurada pelo Tratado de Assunção³, para aquela que se convencionou chamar de definitiva, em que propriamente delineadas sua forma e estrutura⁴.

Considerado um marco de referência democrática na região⁵, as raízes do Mercosul remontam às intensas discussões travadas entre Brasil e Argentina na década de 1950 quanto à necessidade de sua associação para viabilizar o fortalecimento das economias latino-americanas face às potências industriais estrangeiras que se regionalizavam no período pós-guerra⁶. As negociações rumo à integração, que posteriormente envolveram Uruguai e Paraguai⁷, culminaram com a assinatura do Tratado de Assunção em 1991⁸.

Tanto o Tratado de Assunção quanto o Protocolo de Ouro Preto

1 LAFER, Celso. “Solução de Controvérsias, normas relativas a balanço de pagamentos e meio ambiente”. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo (ed). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 730.
2 A qual teve lugar em 16 e 17 de dezembro de 1994. O Protocolo entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995.

3 Assinado em 26 de março de 1991. No Brasil, Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 197/1991, e promulgado pelo Decreto Executivo nº 350/1991.

4 Lembra-nos Luiz Olavo Baptista que “a característica do MERCOSUL, como já apontamos, é a transitoriedade. Assim, tivemos uma fase provisória ou transitória, que teve início no Tratado de Assunção, e que culminou com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto.” BAPTISTA, Luiz Olavo. 1938 – o Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1998. p. 35.

5 Vide sucinto porém pertinente ensaio de Celso Lafer a respeito em LAFER, Celso. “Sentido estratégico do Mercosul”. In. Mercosul: desafios a vencer. São Paulo: Conselho Brasileiro de Relações Internacionais CBRI, 1994. p. 9-11.

6 Conforme relata Liszt Vieira e Cintia Reschke de Borba, “da fraternidade idealizada por Simon Bolívar até a criação da ALALC (1960) e da ALADI (1980), várias foram as tentativas que anteciparam o surgimento do Mercosul.” VIEIRA, Liszt e BORBA, Cintia Reschke. Nacional x global – União Europeia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 151.

7 Apenas em 1988 as negociações com o Uruguai foram iniciadas, e em 1990 o Paraguai foi convidado a integrar o mercado comum.

8 O Tratado de Assunção foi firmado entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Em 2012, a Venezuela se tornou o quinto membro do bloco, e a Bolívia está em processo de adesão.

deixam claro, logo de início, a que veio o bloco: construção de um mercado comum, atento às necessidades de países e regiões menos desenvolvidos⁹.

Esse reconhecimento, sempre presente, do desequilíbrio econômico, social e estrutural entre seus membros, conquanto dificulte o processo integrativo, também é responsável por estabelecer a tônica do bloco. Fiel às peculiaridades da união de países com claras assimetrias regionais e econômicas, o Mercosul finca suas bases na verdadeira institucionalização do esforço coletivo em prol da equalização das economias.

A inescapável diminuição voluntária da autonomia estatal nos processos de integração, cumulada com a desproporcionalidade entre os Estados Partes explica porque os avanços da integração do Mercosul muitas vezes se mostram bastante tímidos na prática, em relação às ideias e à normativa produzida pelo bloco.

No entanto, o desejo de promover a redução das assimetrias entre seus membros, representa um passo fundamental para a consolidação e para o sucesso do Mercosul. Afinal, a união de países em nível de desenvolvimento divergente tende a gerar menos negócios, menos trocas de informações, menos empregos e menos circulação de serviços e pessoas, o que enfraquece a sua influência como um todo e reduz sensivelmente os ganhos financeiros que poderiam vir a ser auferidos.

Apesar de assumida e politicamente explorada, essa 'fraqueza' do bloco, passados anos de sua criação e institucionalização, ainda persiste. Os desencontros e gargalos regionais, que nada mais eram do que uma expressão das dificuldades estruturais existentes na realidade de cada um dos membros, sempre minaram os efeitos positivos dos avanços alcançados com a livre circulação de bens e serviços e em nada contribuíram para atrair investimentos internacionais para a região.

Cientes de que o bloco teria mais relevância no cenário mundial e autossuficiência quanto melhor estruturados fossem os seus membros, os Estados resolveram tomar as rédeas da situação e iniciar ações positivas voltadas a uma atitude concreta para a equação das assimetrias já amplamente identificadas.

Por isso, em 2003 foi criado um fundo monetário especificamente voltado para a promoção da convergência estrutural do Mercosul, o FOCEM. Seu objetivo não poderia ser mais desafiador: curar as mazelas sociais e econômicas dos membros responsáveis pela assimetria a fim de fortalecer a estrutura institucional do bloco e tornar a região mais atrativa. A proposta desse singelo trabalho, dividido em duas partes

⁹ Consta da terceira alínea do preâmbulo Protocolo de Ouro Preto: "Reafirmando os princípios e objetivos do Tratado de Assunção e atentos para a necessidades de uma consideração especial para países e regiões menos desenvolvidos do Mercosul". O Protocolo de Ouro Preto foi internalizado no Brasil através do Decreto nº 1.901/1996.

é de analisar a dinâmica de funcionamento do fundo e o que ele tem representado, em termos de investimentos sociais, econômicos e estruturais na região.

2. DESENVOLVIMENTO

O Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul, mais conhecido por sua sigla, FOCEM, foi criado pelo Conselho do Mercado Comum, órgão superior do Mercosul¹⁰, em dezembro de 2004¹¹. Com sede em Montevideo, é destinado a financiar programas para promover a convergência estrutural, desenvolver a competitividade, promover a coesão social, em particular das economias menores e regiões menos desenvolvidas, e apoiar o funcionamento da estrutura institucional e o fortalecimento do processo de integração¹².

O marco legislativo de sua constituição resume o que se busca alcançar com o financiamento de tais programas: *a redução das assimetrias* entre os membros, em especial no que toca aos países menos desenvolvidos (leia-se, Paraguai e Uruguai), a fim de elevar a sua competitividade em relação aos demais e tornar toda a região apta a dar o retorno que promete aos investidores estrangeiros¹³.

Optou-se por adotar um mecanismo de identificação das assimetrias com base em dois critérios, consentâneos à sua realidade: o primeiro leva em consideração as diferenças de “tamanho” entre os Estados, ao passo que o segundo enfatiza uma noção tradicional de desigualdade, baseada na diferença *per capita* entre as regiões menos desenvolvidas do Mercosul. Segundo cuidadoso estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA):

essa dupla vinculação do conceito de assimetria é essencial para balizar a destinação dos recursos. Com efeito, por maiores que sejam as disparidades de Brasil e Argentina ante os sócios menores, fosse o critério para recebimento das verbas apenas “tamanho”, regiões do Brasil e da Argentina com baixa renda per capita e IDH baixo não teriam acesso ao Focem. Problema semelhante ocorreria caso os parâmetros contemplassem tão-somente os baixos níveis de renda per capita e IDH das regiões menos desenvolvidas – como normalmente ocorre na UE (SECRETARIA DO MERCOSUL, 2006). Nesse caso, o

10 Conforme Art. 3º do Protocolo de Ouro Preto: “O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum.” Internalizado no Brasil através do Decreto nº 1.901/1996.

11 A criação do FOCEM se deu por meio das Decisões CMC nº 45/04 e nº 18/05.

12 Conforme previsto na Decisão nº 45/04 do Conselho do Mercado Comum.

13 Conforme Considerando (ii) da Decisão CMC nº 45/04.

Paraguai e, sobretudo, o Uruguai seriam preteridos no recebimento de recursos, já que os índices referentes a esses dois critérios em regiões como o Nordeste e o Norte do Brasil estão entre os piores do Mercosul. Por isso, a utilização de ambos os parâmetros revela-se *apropriada à realidade do bloco*¹⁴.

É esse propósito do fundo que dita as regras de injeção e de destinação dos recursos: o FOCEM é constituído por aportes – obrigatórios e voluntários – realizados pelos membros¹⁵, os quais têm o caráter de *contribuição não reembolsável*¹⁶. Cada qual contribui com um percentual pré-fixado de um total estimado – aleatoriamente ou não – em US\$ 100 milhões. Os percentuais foram estabelecidos de acordo com a média histórica do PIB do Mercosul, de modo que Brasil é responsável por aportar 70%, Argentina 27%, Uruguai 2% e Paraguai apenas 1%. Por outro lado, no que concerne à distribuição de recursos, é obedecida uma lógica inversa à dos aportes: Paraguai vem em primeiro lugar, fazendo jus a 48%, seguido de Uruguai, com 32% e Argentina e Brasil, cada qual com 10%.

Toda a dinâmica do fundo é gerida por seu regulamento, aprovado pela Decisão nº 01/10 do Conselho do Mercado Comum¹⁷. Nele são previstos quatro programas distintos de financiamento de projetos: Programa de Convergência Estrutural¹⁸, Programa de Desenvolvimento da Competitividade¹⁹, Programa

14 SOUZA, André de Mello E.; OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; GONÇALVES, Samo Sérgio. “Integrando desiguais: assimetrias estruturais e políticas de integração no Mercosul”. In: *Texto para Discussão* n.º 1477, mar/2010. p. 28.

15 São igualmente aceitos recursos provenientes de terceiros países ou organismos internacionais.

16 Art. 5º da Decisão CMC Nº 18/05.

17 Internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 7.362/2010.

18 O programa compreende os seguintes: (i) Construção, adequação, modernização e recuperação de vias de transporte; de sistemas logísticos e de controle fronteiriço que otimizem o escoamento da produção e promovam a integração física entre os Estados Partes e entre suas sub-regiões; (ii) Exploração, transporte e distribuição de combustíveis fósseis e biocombustíveis; (iii) Geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; e (iv) Implantação de obras de infraestrutura hídrica para contenção e adução de água bruta, de saneamento ambiental e de macrodrenagem.

19 O programa compreende os seguintes: (i) Geração e difusão de conhecimentos tecnológicos voltados para setores produtivos dinâmicos; (ii) Metrologia e certificação da qualidade de produtos e processos; (iii) Rastreamento e controle de sanidade de animais e vegetais. Garantia da segurança e da qualidade de seus produtos e subprodutos de valor econômico; (iv) Desenvolvimento de cadeias produtivas em setores econômicos dinâmicos e diferenciados; (v) Promoção de dinamismo em setores empresariais, formação de consórcios e grupos produtores e exportadores; (vi) Desenvolvimento de competências associadas à execução, à gestão e à melhoria de processos de manufatura, de serviços e de negócios; (vii) Reconversão, crescimento e associatividade das pequenas e médias empresas, seus vínculos com os mercados regionais e promoção da criação e do desenvolvimento de novos empreendimentos; (viii) Capacitação profissional e em auto-gestão, organização produtiva para o cooperativismo e o associativismo e incubação de empresas; (ix) Promoção e diversificação dos sistemas nacionais de inovação científica e tecnológica.

de Coesão Social²⁰ e Programa de Fortalecimento da Estrutura Institucional e do Processo de Integração²¹.

2.1. A dinâmica do funcionamento

Observadas as linhas mestras de cada um desses programas, os Estados podem submeter propostas de projetos a serem financiados, levando-se em consideração a quota de distribuição de recursos a que fazem jus²². É possível, ainda, que um projeto seja apresentado por dois ou mais Estados conjuntamente, ou até mesmo por órgãos da estrutura institucional do Mercosul²³.

Em miúdos, a iniciativa de apresentação cabe à Unidade Técnica Nacional de cada Estado Parte designada para atender os assuntos relacionados ao fundo²⁴ ou à Secretaria do Mercosul, que então encaminham a questão à Comissão de Representantes Permanentes do bloco, subordinada ao Conselho do Mercado Comum²⁵.

A Comissão é responsável por apurar as condições de elegibilidade e o cumprimento dos requisitos formais e materiais de apresentação do projeto. Mediante decisão favorável adotada por consenso, o projeto é então encaminhado à Unidade Técnica do próprio FOCEM²⁶.

20 O programa compreende os seguintes: (i) Implantação de unidades de serviço e atendimento básico em saúde, com vistas a aumentar a expectativa de vida e, em particular, diminuir as taxas de mortalidade infantil; melhorar a capacidade hospitalar em zonas isoladas e erradicar enfermidades epidemiológicas e endêmicas provocadas pela precariedade das condições de vida; (ii) Ensino fundamental, educação de jovens e adultos e ensino profissionalizante, com vistas a diminuir as taxas de analfabetismo e de evasão escolar, aumentar a cobertura do sistema educativo formal na população, promover a educação destinada a proteger as necessidades específicas de especialização e diminuir as disparidades no acesso à educação; (iii) Capacitação e certificação profissional de trabalhadores, concessão de microcrédito, fomento do primeiro emprego e de renda em atividades de economia solidária, orientação profissional e intermediação de mão-de-obra, com vistas à diminuição das taxas de desemprego e subemprego; diminuição da disparidade regional incentivando a criação de emprego nas regiões de menor desenvolvimento relativo e melhoria da situação dos jovens no mercado de trabalho; (iv) Combate à pobreza: identificação e localização das zonas mais afetadas pela pobreza e pela exclusão social; ajuda comunitária; promoção do acesso a moradia, saúde, alimentação e educação de setores vulneráveis das regiões mais pobres e das regiões fronteiriças.

21 Conforme Art. 10 do Regulamento, até 0,5% dos recursos do FOCEM serão destinados anualmente ao financiamento de projetos no âmbito do Programa IV.

22 Existe uma contrapartida para os investimentos realizados com fundos do FOCEM. De acordo com o Art. 48 do Regulamento, o Estado beneficiário deverá arcar com pelo menos 15% dos gastos elegíveis do(s) projeto(s), além de ser responsável pela totalidade dos gastos inelegíveis.

23 Art. 39 do Regulamento.

24 Art. 26 do Regulamento.

25 Criada por meio da Decisão CMC n° 11/03, a principal função da Comissão de Representantes Permanentes (integrada por representantes de cada Estado-Parte) do Mercosul é assistir o Conselho do Mercado Comum e apresentar-lhes iniciativas sobre temas relativos ao processo de integração, às negociações externas e à conformação do Mercado Comum.

26 Vide Art. 49, que cuida da análise de requisitos de elegibilidade. A CRPM deverá pronunciar-se em um prazo máximo de 30 dias, contados a partir da data de distribuição dos projetos.

À Unidade caberá avaliar o projeto, em consulta com o pessoal técnico colocado à disposição de modo *ad hoc* pelos Estados Partes. Seu parecer técnico é enviado à Comissão, que volta a analisar o caso, desta vez munida da versão final do projeto e de uma proposta de Convênio de Financiamento – um contrato entre o Estado-Parte beneficiário do projeto e a Unidade Técnica do FOCEM²⁷.

As conclusões da Comissão são apresentadas ao Grupo Mercado Comum, órgão executivo do Mercosul, integrado por 4 (quatro) membros titulares e 4 (quatro) membros suplentes por país, designados pelos respectivos Governos²⁸.

Caso considere que o projeto se encontra em condições de ser aprovado, o Grupo Mercado Comum submete a decisão ao Conselho do Mercado Comum, integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministros da Economia, ou seus equivalentes, dos Estados Partes. Caberá ao Conselho a palavra final acerca do financiamento do projeto²⁹. Não há necessidade de escalar a matéria para os Chefes de Estado dos países membros do Mercosul.

No que concerne à execução dos projetos, o Regulamento estabelece ser de responsabilidade exclusiva do Estado beneficiário³⁰, cabendo-lhe cumprir a normativa nacional em matéria de regulamentação e de contratação, auditorias e controles exigidos, bem como apresentar relatórios semestrais relativos ao estado de execução do projeto.

O desembolso dos recursos do FOCEM é efetuado mediante pagamentos parciais³¹, cuja liberação é sujeita à aprovação de relatórios semestrais evidenciando o bom andamento do projeto e a alocação dos recursos aportados³².

O Regulamento estabelece as circunstâncias que podem levar à perda de um financiamento aprovado, relacionadas à falha do Estado beneficiário em solicitar os desembolsos dos recursos no prazo previsto³³. Prevê, ainda, que os projetos passam por um acompanhamento de execução e prestação de contas³⁴. Tudo isso para garantir que o dinheiro investido esteja sendo destinado àquilo que efetivamente foi aprovado.

Com efeito, em caso de descumprimento, pelo Estado beneficiário,

27 Vide Art. 50, que cuida da avaliação da UTF. A UTF emitirá um parecer técnico em um prazo máximo de 60 dias a partir da recepção do projeto.

28 Dentre os quais necessariamente representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios da Economia (ou equivalentes) e dos Bancos Centrais. O Grupo Mercado comum será coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores. (Conforme Art. 11 do Protocolo de Ouro Preto) Conforme Art. 10 do Protocolo de Ouro Preto: “O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul”. Vide Art. 52, que cuida dos relatórios da UTF e da CRPM. A CRPM elaborará seu em um prazo de 15 (quinze) dias.

29 Vide Arts. 53 e 54 do Regulamento.

30 Art. 57 do Regulamento.

31 Art. 58 do Regulamento.

32 Art. 61 do Regulamento.

33 Art. 62 do Regulamento.

34 Arts. 63, 74, 75, 76, 77 do Regulamento.

das obrigações a que estava sujeito em contrapartida ao recebimento dos recursos do FOCEM, o Regulamento prevê a possibilidade de rescisão do instrumento jurídico de execução de um projeto, sendo assegurada ao Estado beneficiário a oportunidade de apresentar sua defesa³⁵. Caso se confirme as causas de rescisão mencionadas, aquele Estado deverá reintegrar de imediato os montantes recebidos até a data de rescisão. Na falta dessa devolução, os montantes serão descontados do percentual dos recursos do FOCEM que lhe correspondam no orçamento do ano seguinte.

2.2. Panorama do sucesso

Seguindo à risca o objetivo de reduzir as assimetrias intrabloco, o Paraguai é o membro do Mercosul mais beneficiado pelo FOCEM. Ao todo, 17 (dezessete) projetos apresentados pelo país tiveram seu financiamento aprovado pelo Conselho do Mercado Comum e foram formalizados por meio de Convênios de Financiamento (COF), os quais são instrumentos jurídicos bastante padronizados. Em segundo lugar, Uruguai teve 12 (doze) convênios firmados, enquanto que Brasil e Argentina contam com apenas 4 (quatro) cada. Há, ainda, 3 (três) convênios pluriestatais³⁶ e 1 (um) único convênio referente ao Programa IV do FOCEM, especialmente dedicado ao fortalecimento da estrutura institucional e do processo de integração³⁷.

A larga maioria dos projetos aprovados foi enquadrada no Programa de Convergência Estrutural, mais precisamente no componente “*construção, adequação, modernização e recuperação de vias de transportes*”. Em segundo lugar despontam os projetos aprovados no âmbito do Programa de Desenvolvimento da Competitividade.

É sintomático que, em todos os países do bloco, o transporte ainda constitua um dos maiores gargalos da produção e dos investimentos. Por seu turno, a carência estrutural na área energética também consiste em um obstáculo real para ampliação dos fluxos dos fatores de produção intrabloco, além de reduzir a competitividade do Mercosul ante os outros concorrentes internacionais. Não surpreende que de todos os projetos apresentados, aquele de maior expressão financeira teve por objeto a construção da linha de transmissão de 500kv Itaipu-Villa Hayes, a construção da subestação Villa Hayes e a ampliação da subestação da margem direita de Itaipu. Trata-se, justamente, de projeto apresentado por Brasil e Paraguai em conjunto³⁸, que prevê um desembolso de

35 Art. 74 do Regulamento.

36 COFs n.º 07/07, 03/11 e 04/13.

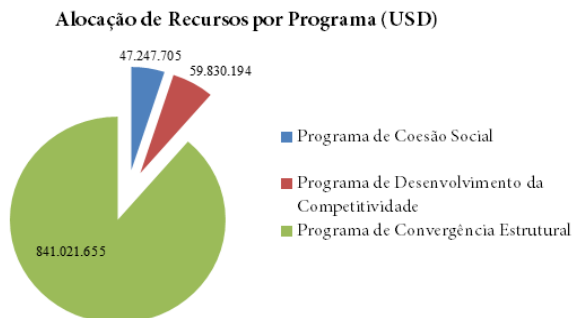
37 COF n.º 01/13.

38 Trata-se do COF n.º 03/10. Apesar de constar como tendo sido apresentado por ambos os países na Decisão MERCOSUR/CMC/DEC n.º 07/10, que o aprovou, esse convênio não é caracterizado pelo FOCEM como sendo ‘pluriestatal’.

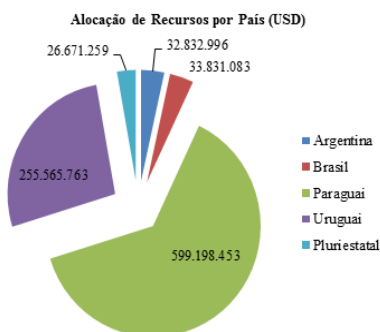
assombrosos US\$ 400 milhões. A título comparativo, o segundo maior projeto já financiado pelo FOCEM, apresentado pelo Uruguai, prevê um aporte de cerca de US\$ 83 milhões³⁹.

Ao longo desse estudo, apesar de não ter sido possível obter maiores informações acerca do andamento dos projetos aprovados, a análise dos dados financeiros disponibilizados apontam para um seguro avanço nas condições sociais, econômicas e estruturais da região. Ao menos com relação ao Paraguai, maior beneficiário do programa são visíveis as melhorias obtidas a partir da utilização do FOCEM: na capital Assunção há placas por todo lado indicando o fundo como o principal financiador das obras de infraestrutura. Nos demais países, apesar dos projetos aprovados e em andamento, a visibilidade das mudanças é de difícil reconhecimento.

Para se ter uma ideia da alocação de recursos por programa⁴⁰, veja-se o quadro abaixo:



Por sua vez, o próximo gráfico demonstra a alocação de recursos entre os Estados Partes do Mercosul:



39 Trata-se do COF n.º 03/13, referente à recuperação de linhas férreas.

40 Total alocado: US\$ 948.099.554,00.

O desenvolvimento das estruturas econômicas, sociais e até mesmo físicas dos Estados Partes é via crucial não só para a potencialização do crescimento do bloco e do processo integrativo, mas também para tornar toda a região mais palatável aos investidores.

Tendo em vista o montante significativo de recursos que movimenta e as mais variadas iniciativas de financiamento levadas a cabo sob seu manto protetor, é imprescindível concluir que o FOCEM ocupa, desde sua criação, posição central na institucionalização e no próprio sucesso do Mercosul, seja enquanto proposta de livre comércio e união aduaneira, seja enquanto alternativa ao desenvolvimento autônomo de seus membros.

CONCLUSÃO

Desde a criação do Mercosul, os Estados Partes estavam conscientes de que o seu objetivo maior de coordenação das políticas macroeconômicas só poderia ser alcançado mediante a redução das assimetrias na região, pois pelas características dos países membros não seria factível almejar a uma igualdade real entre todos eles. Esse foi o fio condutor do desejo dos fundadores Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai ao instituir o FOCEM como mecanismo de combate à evidente e inquestionável disparidade de tamanho e riqueza entre si⁴¹.

Ao final desse estudo, concluiu-se que para o avanço do Mercosul, é imprescindível a manutenção das operações do FOCEM, bem como a ampliação dos programas e projetos abarcados.

A decisão do Conselho Mercado Comum previu a criação e o funcionamento do fundo por um prazo de vigência de 10 anos, cuja extensão estaria sujeita à avaliação das Partes. Acredita-se que os resultados positivos obtidos até então mais que justificam a continuidade do FOCEM.

41 “De acordo com dados do Banco Mundial, Paraguai e Uruguai, juntos, representavam em 2008 menos de 4% da população e menos de 3% do Produto Interno Bruto (PIB) do bloco. Já o Brasil representava cerca de 80% da população e 75% do PIB do Mercosul. Além disso, essas assimetrias não têm sido reduzidas de forma significativa desde o início do processo de integração. Ainda assim, a Argentina e o Uruguai possuem, respectivamente, os dois maiores PIBs per capita e Índices de Desenvolvimento Humano (IDHs) do bloco, seguidos de Brasil e Paraguai. Por fim, é significativo que as assimetrias estruturais entre as regiões subnacionais do Mercosul sejam igualmente profundas, sendo o PIB per capita do Nordeste brasileiro inferior àquele do Paraguai. Da mesma forma, 16 estados do Norte e Nordeste do Brasil e três estados argentinos apresentam IDHs menores que o Paraguai. Dessa forma, a correlação observada nos membros da UE entre tamanho e riqueza – especificamente entre Alemanha, França e Reino Unido, de um lado, e Portugal, Espanha, Grécia e Irlanda de outro – não é verificada no Mercosul (GIORDANO, MOREIRA e QUEVEDO, 2004, p. 17)”. 5. SOUZA, André de Mello E.; OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; GONÇALVES, Samo Sérgio. “Integrando desiguais: assimetrias estruturais e políticas de integração no Mercosul”. In: Texto para Discussão n.º 1477, mar/2010. p.7.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *MERCOSUL, Manuel de Direito da Integração*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ARAÚJO, Nadia de. “Controvérsias Comerciais Internacionais: Os Princípios do DCI e os laudos do Mercosul”. In: Medeiros, Antônio Paulo Cachapuz de (ed). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007, p. 101-131;
- ARAÚJO, Nadia de. *MERCOSUL: Um balanço Jurídico (através da Análise da Jurisprudência Brasileira)*. Anuário 2001 GEDIM Dez Anos de MERCOSUL. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 21-30;
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *1938 – o Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.
- CASELLA, Paulo Borba. *MERCOSUL a legal handbook*. Haia: Kluwer, 2005.
- FERRETTI, Marta. “FOCEM: una acción concreta para el avance hacia la reducción de las asimetrías estructurales en el Mercosur”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. 2013, vol 12, n° 23, p. 135-210.
- JAEGER Jr, Augusto. *Mercosul e a Livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000.
- LAFER, Celso. “Sentido estratégico do Mercosul”. In. *Mercosul: desafios a vencer*. São Paulo: Conselho Brasileiro de Relações Internacionais CBRI, 1994.
- LAFER, Celso. “Solução de Controvérsias, normas relativas a balanço de pagamentos e meio ambiente”. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo (ed). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 730.
- SOUZA, André de Mello E.; OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; GONÇALVES, Samo Sérgio. “Integrando desiguais: assimetrias estruturais e políticas de integração no Mercosul”. In: *Texto para Discussão* n.º 1477, mar/2010.
- VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*. São Paulo: Manole, 2003.
- VIEIRA, Liszt e BORBA, Cintia Reschke. *Nacional x global – União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

O MERCOSUL E AS CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS

MERCOSUR Y LAS DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

*Vivian Daniele Rocha Gabriel**
*José Augusto Fontoura Costa***

Resumo: O Direito Internacional de Investimentos foi criado a fim de respaldar os investidores estrangeiros contra atos soberanos dos Estados receptores de investimentos, seja através de tratados de investimentos, seja através da arbitragem mista e da criação do ICSID. Os países do MERCOSUL mostraram-se atraídos por esse arcabouço jurídico, contudo, no século XXI, com a ascensão de novos membros no MERCOSUL, a contínua atração de investimentos e a existência de outras alternativas regionais fazem com que seja necessário repensar a estratégia do MERCOSUL em relação ao Direito dos Investimentos, e que haja um redirecionamento de seus esforços para a valorização de meios jurisdicionais já existentes para a resolução de disputas sobre investimentos.

Resumen: El Derecho Internacional de las Inversiones fue creado para apoyar a los inversores extranjeros frente a los actos soberanos de los Estados receptores de inversiones, a través de tratados de inversiones, del arbitraje mixto y de la creación del CIADI. Los miembros del MERCOSUR fueron atraídos por este marco legal, sin embargo, en el siglo XX, con la continua atracción de las inversiones y la existencia de otras alternativas regionales, hace necesario un replanteamiento de la estrategia en el MERCOSUR sobre el Derecho de las Inversiones, y una redirección de sus esfuerzos para la promoción de los medios judiciales existentes de resolución de diferencias relativas a inversiones.

Palavras-chave: Direito dos investimentos, MERCOSUL, Meios jurisdicionais, Resolução de disputas sobre investimentos

Palabras clave: Derecho de las inversiones, MERCOSUR, Recursos judiciales existentes, Solución de diferencias relativas a inversiones

* Universidade de São Paulo (USP). Mestranda em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI/USP). Advogada-pesquisadora do Centro de Comércio Global e Investimentos da Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas (CCGI/ FGV). E-mail: vivian.d.rocha@usp.br

** Universidade de São Paulo (USP). Professor da Faculdade de Direito de São Paulo (USP). Bolsista Produtividade do CNPq. E-mail: jafontouracosta@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros foi moldado para garantir proteção aos investidores em decorrência de atos soberanos estatais que ferissem seus direitos, sobretudo, sobre a propriedade. Preliminarmente ao seu desenvolvimento já existiam tratados sobre a matéria, inclusive estabelecendo a jurisdição competente para a solução de controvérsias.

No final da década de 1950 começaram a surgir os tratados bilaterais de investimento (TBIs). Em 1965 assinou-se a Convenção de Washington para a criação de uma jurisdição internacional específica para a realização de arbitragens mistas, ou seja, entre particulares e Estados. Em um primeiro momento, os países sul-americanos resistiram a tal sistemática de proteção, o que se reverteu apenas na onda neoliberal da década de 1990.

A opção regional foi, com fidelidade à doutrina Calvo, deixar exclusivamente às leis e jurisdição internas o tratamento dos estrangeiros e seus capitais. Mais tarde, no contexto de ampla aceitação dos TBIs e da Convenção de Washington, houve a tentativa de regulação internacional no MERCOSUL, mas os Protocolos de Colônia e de Buenos Aires jamais foram ratificados.

Entretanto, nos dias de hoje, em razão do ingresso de um novo Membro no MERCOSUL e do significativo fluxo intra e extra-zona de investimentos, faz sentido retomar a questão de regimes jurídicos regionais para a regulação internacional e, contanto, a instituição de tribunais regionais para sua aplicação.

O presente artigo tem por objetivo retomar bases históricas do Direito internacional do investimento estrangeiro, com foco na região integrada, com a finalidade de avaliar a possibilidade de estender as competências jurisdicionais do Tribunal Permanente de Revisão (TPR) para querelas em matéria de investimentos estrangeiros, inclusive em arbitragens mistas.

2. DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: BREVE HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO

Desde a época dos grandes descobrimentos, em que se deu a dominação europeia dos continentes africano, americano e asiático, até os dias de hoje, o capital, acompanhado ou não de seus titulares, se desloca dos países de origem na busca de melhores remunerações.

No contexto evolutivo da industrialização global, em que importantes matérias-primas foram exploradas para a produção de bens, investidores transnacionais se fizeram senhores de amplas áreas concedidas pelo país receptor, verdadeiros enclaves sociais e jurídicos.

Pessoas privadas, companhias estatais ou privadas ou consórcios, firmavam-se como poderosos atores na esfera internacional, os quais desde já reclamavam por alguma espécie de proteção contra possíveis ameaças à propriedade, inclusive mediante o afastamento das normas e tribunais internos, muitas vezes vistos como pouco capacitados tecnicamente ou politicamente enviesados¹.

Nos séculos XVIII e XIX já havia tratados bilaterais que estabeleciam garantias de que os nacionais estrangeiros e suas propriedades não seriam submetidos à jurisdição do Estado receptor, mas da do de origem². Reconhece-se que este é um significativo antecedente aos futuros sustentáculos do Direito dos Investimentos, visto que, por meio de tratado, importante fonte do Direito Internacional Público, direcionava-se a jurisdição para resolução de eventual disputa.

Findos os regimes coloniais, reações contra as capitulações e os enclaves de exploração surgem com vigor. Tanto as nações americanas, conquistadoras de suas independências no século XIX, quanto africanas e asiáticas, no decorrer do século XX, buscaram tomar o leme da gestão de sua economia, inclusive mediante o repúdio aos instrumentos de regulação internacional, vistos como abusivos. Nesse contexto, muitas vezes, os países recém-independentes, também como forma de se contrapor a seu passado colonial e seus resquícios, viriam a perceber a atuação do capital estrangeiro como violador da soberania nacional, promovendo expropriações sem indenização, obstrução da remessa de valores ou o não pagamento de dívidas contraídas.

Sob a égide do Direito Internacional Clássico, sem aceitar a legitimidade processual de indivíduos e empresas, a solução para investidores estrangeiros expropriados é buscar proteção diplomática. Nesse instituto “a pretensão do indivíduo transforma-se em direito do Estado, que o exerce em nome próprio”³ e o investidor estrangeiro passava a ser protegido pelo Estado de origem.

A proteção diplomática tornou-se forma de proteção jurídica internacional comumente utilizada no final do século XIX e primeira metade do século XX. Entretanto, ao utilizá-la como meio de defesa do nacional no exterior contra atos ilícitos soberanos, muitas vezes, seu caráter unilateral era dotado de abusos no emprego da força e

1 SCHRIJVER, Nico. *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p.174. Segundo Schrijver, esses tratados abrangiam também um quadro jurídico para direitos de viagem para mercados estrangeiros, limitações de direitos aduaneiros e tarifas e concessões a empresas estrangeiras para a exploração de recursos naturais, ferrovias e navegação, assim como também previam cláusulas de proteção a missionários cristãos e cristãos locais, e cessão de territórios a estrangeiros, como foi o caso do Reino Unido e de Hong Kong e da Rússia e da Manchúria.

2 *Ibid.*

3 MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2012. p.116.

da violência⁴. Nesse sentido, salienta-se a prática da denominada “diplomacia das canhoeras” ou *gunboat diplomacy*, em que a Marinha de guerra bloqueava portos estrangeiros para forçar o pagamento de dívidas.

O mais conhecido exemplo é, sem dúvida, o Incidente de Caracas de 1902-1903. Neste, Cipriano Castro, presidente da Venezuela, recusou-se a negociar dívidas contraídas com investidores estrangeiros fora do contexto nacional, alegando que eram pleitos exclusivamente domésticos e, portanto, deveriam ser submetidos às cortes internas⁵. Como resultado, Alemanha, Itália e Grã-Bretanha efetuaram bloqueio ao porto de Caracas por frotas armadas, em que qualquer navio que adentrasse ao porto estaria sujeito à sequestro e julgamento em tribunal de presa marítima, “sofrendo, ainda, bombardeio para dissuadir o governo a aceitar a administração da aduana pelos países dos credores, que, assim, pagar-se-iam seus créditos”⁶. A situação somente foi apaziguada com a interferência dos EUA e a constituição de comissões mistas de arbitragem com a finalidade regular os débitos existentes e os pagamentos devidos⁷.

Esse fato não ficou imune a críticas, principalmente, de latino-americanos. Luís Maria Drago, Ministro das Relações Exteriores da Argentina, dirigiu nota ao Departamento de Estado Norte-Americano declarando que a dívida pública não poderia ser cobrada por meio da força, asserção que seria conhecida posteriormente como doutrina Drago-Porter⁸.

Outra proposição relevante, surgida contemporaneamente à premissa política anterior, foi a Doutrina Calvo. Elaborada pelo argentino Carlos Calvo, dispunha que os investidores estrangeiros deveriam seguir o direito do Estado receptor, em igualdade de condições aos nacionais, sem que houvesse privilégios, e por isso, os estrangeiros deveriam também renunciar à proteção diplomática de seu Estado⁹ e à utilização de tribunais estrangeiros e arbitrais. Dessa forma, mesmo que a propriedade fosse protegida de modo imperfeito e que os padrões

4 *Ibíd.*

5 VIÑUALES, Jorge E.; LANGER, Magnus Jesko. “Foreign Investment in Latin-America: Between Love and Hatred”. Em: AUROI, Claude (ed). *Latin-America: Dreams and Legacy* [online]. s.l.: s.n, 2010 [acesso em: 03 fev 2015]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1652736>>.

6 MAGALHÃES, José Carlos de. *Op. Cit.* p.126-127.

7 Além disso, a Venezuela concordou em reservar 30% da arrecadação portuária dos portos de La Guaira e Puerto Cabello para o pagamento da dívida.

8 No que se refere à doutrina Drago-Porter, o nome Drago faz alusão ao Ministro das Relações Exteriores da Argentina, Luís Maria Drago. Já a nomenclatura Porter, essa homenageia o General norte-americano Horace Porter, defensor dessa proposição durante a III Conferência Pan-Americana, realizada no Rio de Janeiro, em 1906. Cf. CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais/ Editora da Universidade de Brasília, 2008. p.179.

9 MAGALHÃES, José Carlos de. *Op. Cit.* p.117.

de indenização previstos não englobassem necessariamente uma indenização “pronta, adequada e efetiva”, modelo elaborado por Cordell Hull, Secretário de Estado dos EUA, em 1938, na denominada “Fórmula Hull”, deveria ser utilizado o direito interno do Estado receptor¹⁰.

Com a Conferência de Paz de Haia, de 1907, foi estabelecida a proibição do uso da força e a ascensão dos métodos pacíficos para solução de controvérsias. Desse modo, os Estados também passaram a atuar através de reclamações internacionais, acionando a jurisdição arbitral internacional ou tribunais internacionais para dirimir questões relativas a investimentos¹¹.

Entretanto, essa solução se mostrou insuficiente em razão da forte dependência das iniciativas estatais. Muitas críticas surgiram em oposição a esse sistema, sobretudo porque o investidor não tem direito a proteção diplomática, que depende da discricionariedade de seu governo¹². Foi, então, preciso buscar novas alternativas.

Surge então o Direito Internacional dos Investimentos, com a previsão de direitos substantivos e procedimentais e com a finalidade de resguardar os investidores em função de ações soberanas estatais prejudiciais a estes¹³. Seu objetivo consiste, sobretudo, no alcance do equilíbrio relacional entre Estado receptor de investimentos, o Estado emissor de investimentos e o investidor privado¹⁴.

Essa estabilização, alcançada substantivamente por meio dos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI), é realizada por meio de tratados que estabelecem um *standard* de tratamento entre as partes. Caso haja discordância entre elas, neste instrumento é instituído, em comum acordo e antecipadamente, mecanismo de solução de controvérsias que normalmente irá remeter o litígio a um tribunal arbitral¹⁵. Essas normativas podem ser firmadas

10 COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. p.67.

11 Exemplos relevantes de solução pacífica de controvérsias sobre investimentos por meio da proteção diplomática foram os casos *Factory at Chorzow*, entre Alemanha e Polônia, de 1927, em que se tratou da restituição integral, e *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia*, de 1926, em que se discutiu a existência de padrões mínimos de tratamento para investidores estrangeiros.

12 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. New York: Oxford University Press, 2008. p.232.

13 KOLO, Abba, WÄLDE, Thomas. “Capital transfer restrictions under modern investment treaties”. Em: REINISCH, August (ed). *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p.213.

14 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International investment agreements: key issues*. New York and Geneva: United Nations, 2005. vol III, p. 2 [acesso em: 30 jan 2015]. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteit200410v3_en.pdf>.

15 Destaca-se que esses instrumentos podem ser multilaterais, regionais ou bilaterais, sendo que estes últimos são os mais popularmente utilizados, chegando a 2222 tratados bilaterais de investimento em vigor no início de 2015, segundo a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). Para mais informações: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub: International Investment Agreements Navigator* [online]. [acesso em: 04 fev 2015]. Disponível em: <<http://>

tanto entre países desenvolvidos quanto entre uma nação desenvolvida e outra em desenvolvimento ou, então, entre países em desenvolvimento, nestes, desde que haja significativo aporte de capital para que uma das partes invista na outra, de forma que o acordo não se torne irrelevante¹⁶.

Processualmente, a proteção internacional garantida ao particular por meio do Direito dos Investimentos é realizada pela arbitragem de investimentos ou arbitragem mista. Esta se trata de arbitragem efetuada entre entes privados e Estados, por isso a denominação mista, em disputas concernentes à matéria investimentos, sem a intervenção do Estado por meio da proteção diplomática¹⁷. A iniciativa de maior visibilidade na administração da arbitragem de investimentos é o *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*.

O ICSID é um Centro de resolução de disputas, criado pelo Banco Mundial, com sede em Washington, para controvérsias entre particulares e Estados. Foi criado pela Convenção de Washington de 1965, a qual instituiu parâmetros para a arbitragem de investimentos via ICSID, como é o caso da restrição da jurisdição do centro a situações em que haja o consentimento escrito das partes e somente a matérias que versem sobre investimentos, segundo artigo 25 da Convenção.

Hodiernamente, o ICSID conta com 150 Membros, entretanto, podem-se destacar algumas baixas. Bolívia, Equador e Venezuela, que instituíram APPRIs com disposições bastante favoráveis aos investidores nos anos 1990, denunciaram a Convenção de Washington e se retiraram do sistema¹⁸. Além disso, alguns Estados relevantes no cenário global optaram por não aderir ao ICSID, como Brasil, México, Índia, África do Sul, Irã, Argélia, Polônia, Iraque e Cuba¹⁹.

Apesar da prevalência do ICSID na resolução de conflitos sobre investimentos, é frequente a utilização de entidades arbitrais privadas, como a Câmara de Comércio Internacional (CCI) e a Câmara de Comércio de Estocolmo. Nada impede, porém, levar em conta a possibilidade de organizar sistemas jurisdicionais regionais públicos.

Esse pode ser o caso do MERCOSUL, que continua sendo uma área propícia para o investimento estrangeiro, tanto intrazona, quando

investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

16 ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew T.; SIMMONS, Beth. "Competing for capital: the diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000". *University of Illinois Law Review* [online]. 2008, n 265, p. 274 [acesso em: 30 jan 2015]. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/433>>.

17 CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. 18ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 716-717.

18 Nota-se que, esses países retiraram-se oficialmente do sistema ICSID, respectivamente: (i) Bolívia em 02 de maio de 2007; (ii) Equador em 04 de dezembro de 2009 e (iii) Venezuela em 25 de janeiro de 2012.

19 Para informações sobre os membros: THE WORLD BANK. *About us* [online]. [acesso em: 12 de set 2014]. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20122597~menuPK:329837~pagePK:34542~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html>>.

estes provêm de um dos Estado-Membros em direção a outro, quanto extrazona, realizado por meio do capital advindo de terceiros países em direção a algum ou alguns dos membros. Além disso, o MERCOSUL possui regulamentação jurídica sobre a solução de controvérsias sobre investimentos, bem como detém a estrutura de um tribunal competente em funcionamento, que serviria perfeitamente aos anseios de seus Membros.

3. O TRATAMENTO JURÍDICO AOS INVESTIMENTOS NO MERCOSUL

Criado em 1991, pelo Tratado de Assunção, o Mercosul, registrado na Associação Latino-americana de Integração (ALADI) através do Acordo de Complementação Econômica n. 18, faz parte de um processo integrador elaborado, preliminarmente, por um conjunto de nações localizadas no cone-sul: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai²⁰. Foi criado com vistas a instalar um mercado comum, com a intenção de se alcançar a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, através da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais e de uma tarifa externa comum (TEC)²¹.

Além do tratado constitutivo, é complementado por protocolos adicionais, dentre os quais se destaca o Protocolo de Ouro Preto, de 1994, que prevê em seu artigo 34 a concessão de personalidade jurídica ao organismo regional, o que elevou sua condição a organização internacional²².

No que tange aos investimentos estrangeiros, a década de 1990 representou um período crítico para a busca de investimentos estrangeiro, pois os países em transição do socialismo para o capitalismo passaram a disputar os ativos disponíveis com aqueles em desenvolvimento. Os Estados fundadores do MERCOSUL também tinham a preocupação de favorecer o influxo de investimentos, tendo recebido grandes aportes de

20 Ressalta-se que a Venezuela tornou-se membro pleno do MERCOSUL em 31 de julho de 2012.

21 Tratado de Assunção. Art. 1º “Este Mercado Comum implica: A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente; O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”.

22 SUNÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. “Inversiones y solución de controvérsias en el MERCOSUR”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. 2013, año 1, nº 2, p. 203.

investimento²³, tanto intra quanto extrazona²⁴. Além disso, as vantagens também se referem ao “impacto positivo na balança de pagamentos, o estímulo à transferência de tecnologia, o incremento do comércio exterior, a criação de postos de trabalho, a inserção em cadeias de produção e distribuição internacionais e as externalidades positivas”²⁵.

Ora, pode-se afirmar que, a existência do MERCOSUL como instrumento de integração regional já insinua um importante incentivo aos investimentos na região “posto que ao dar maior liberdade de circulação de mercadorias e insumos produtivos, garante um alargamento dos mercados nacionais, tornando-os mais adequados à obtenção de economias de escala”²⁶.

Destarte, destaca-se que o aumento dos investimentos estrangeiros extrazona no MERCOSUL se deu, à época, em decorrência das políticas de privatização, em consonância com a ideologia neoliberal. Setores como o energético, telecomunicações, infraestrutura e atividade bancária foram transferidos para detentores privados provenientes, em especial, de Europa e Estados Unidos²⁷.

Atualmente, o setor preferencial dos investimentos estrangeiros no MERCOSUL diz respeito ao setor de serviços e, também, atividades relacionadas à exploração de recursos naturais. Segundo o informe anual da CEPAL sobre os investimentos estrangeiros diretos na América Latina e Caribe, tem-se que em 2013, os investimentos na região chegaram a 184.920 milhões de dólares, aumentando um percentual de 5% em relação a 2012. Desses países, o Brasil ainda continua sendo o principal receptor de investimentos, com 35% do total, representando 64.046 milhões de dólares²⁸.

É necessário, portanto, tratar do tema investimento estrangeiro no MERCOSUL, até mesmo para se instituir uma política coordenada com relação ao tema. Nessa direção, fez-se um ensaio para aderir ao Direito Internacional dos Investimentos ao instituir as principais diretrizes jurídicas sobre o tema, quais sejam o Protocolo de Colônia, de 1993, e o Protocolo de Buenos Aires, de 1994²⁹.

23 Estima-se que os países do MERCOSUL tenham recebido quase 300 milhões de dólares entre 1994 a 2004. Cf. CHUDNOVSKY, Daniel; LOPEZ, Andrés. “Inversión extranjera directa y desarrollo: la experiencia del Mercosur”. *Revista de la CEPAL*. 2007, n° 97, p. 08.

24 *Ibid.*

25 COSTA, José Augusto Fontoura. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul*. Florianópolis: GEDAI, 2012. p.38.

26 *Ibid.*, p. 52.

27 SUÑÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. Op. Cit. p. 205.

28 “Informe CEPAL: La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe” [online]. *Bolivia Emprende*. 30 mayo 2014 [acesso em: 03 fev 2015]. Disponível em: <<http://boliviaemprende.com/publicaciones/informe-cepal-la-inversion-extranjera-directa-en-america-latina-el-caribe>>.

29 Preliminarmente ao Protocolo de Colônia, a primeira normativa responsável por tratar os investimentos intrazona no bloco foi a Resolução do Grupo Mercado Comum n. 20/92, cujo escopo foi criar um subgrupo de trabalho (Subgrupo n. 4, de polític amonetária e fiscal relacionada ao comércio) para estudar o tema e formular recomendações. Como resultado

O primeiro, que se refere aos investimentos intrazona, tem como uma de suas principais premissas: (i) a definição do termo “investimento” como todo tipo de ativo cometidos direta ou indiretamente por investidores de uma das partes Contratantes no território de outra parte Contratante, de acordo com as leis e regulamentos da última³⁰, como bens móveis ou imóveis, participação em sociedades, títulos de crédito ou prestações com valor econômico, incluindo empréstimos vinculados a investimento específico, direitos de propriedade intelectual ou imaterial, como direitos do autor e direitos industriais, e concessões econômicas de direito público; (ii) a definição de investidor, como pessoa física proveniente de uma das partes Contratantes ou que resida ou permaneça de forma permanente no território dessa ou pessoa jurídica constituída em conformidade com as leis e regulamentos de uma Parte Contratante e que tenha sua sede no território da referida Parte Contratante, bem como pessoa jurídica constituída no território onde se realiza o investimento, efetivamente controladas, direta ou indireta, por pessoas físicas ou jurídicas regularmente constituídas e residentes nos territórios em questão.

Salienta-se o caráter amplo da gama de ativos abarcada pelo Protocolo, incluindo serviços e direitos de propriedade intelectual, bem como compras governamentais, setor altamente protegido pelos Estados-Membros. Nesse tema, o Brasil fez uma reserva ao acordo em

desses trabalhos, então, a Decisão n. 11/93, do Conselho Mercado Comum, aprovou o Protocolo de Colônia. Cf. SUÑÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. Op. Cit. p. 205-206.

30 Protocolo de Colônia. Art. 1º. “1-O termo “investimento” designa, todo tipo de ativo investido direta ou indiretamente por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e a regulamentação dessa última. Inclui, em particular, ainda que não exclusivamente:

- a) a propriedade de bens móveis e imóveis, assim com os demais direitos reais, tais como hipotecas, cauções e direitos de penhor;
- b) ações, cotas societárias e qualquer outro tipo de participação em sociedades;
- c) títulos de crédito e direitos a prestações que tenham valor econômico; os empréstimos estarão incluídos somente quando estiverem diretamente vinculados a um investimento específico;
- d) direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo, direitos de autor e propriedade industrial tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, *know how* e fundo de comércio;
- e) concessões econômicas de direito público conferidas em conformidade com a lei, incluindo as concessões para pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.

2-O termo “investidor” designará:

- a) toda pessoa física que seja cidadão de uma das Partes Contratantes ou resida de maneira permanente ou se domicilie no território dessa, em conformidade com a sua legislação. As disposições deste Protocolo não se aplicaram às inversões realizadas por pessoas físicas que forem cidadãos de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, se tais pessoas, na data do investimento, residirem de maneira permanente ou se domiciliarem nessa última Parte Contratante, a menos que se comprove que os recursos relativos a esses investimentos provêm do exterior;
- b) toda pessoa jurídica constituída em conformidade com as leis e regulamentos de uma Parte Contratante e que tenha sua sede no território da referida Parte Contratante;”

razão do artigo 171, parágrafo 2º da Constituição Federal³¹.

O caráter amplo e aberto da definição de investimentos e investidores, incluindo ativos em carteira, demonstra a intenção dessas nações em atrair a mais ampla variedade de capital. Ainda, tem-se que o próprio protocolo dispõe sobre o tratamento justo e equitativo no tratamento conferido aos investidores, de forma que não haja qualquer medida discriminatória³². O protocolo também prevê que os Estados reservam o direito de manter transitariamente exceções limitadas ao tratamento nacional dos investimentos em matérias estratégicas, como hidrocarbonetos, energia proveniente de hidroelétricas, extração de urânio, compras governamentais e setor automotivo (reservas realizadas por Brasil e Argentina).

Em especial, no que se refere à solução de controvérsias entre as Partes contratantes, previu-se um sistema de consultas, em que se em seis meses não se chegasse a um acordo, ao investidor ficaria aberto optar por demandar o Estado receptor de investimento (1) em seus tribunais internos, (2) em arbitragem mista ou (3) em mecanismo público regional a ser criado no MERCOSUL. Na segunda hipótese, é possível optar entre o ICSID ou arbitragem *ad hoc* com regras da Uncitral. A arbitragem do mecanismo complementar do ICSID deveria ser utilizada até que todos os Membros do Protocolo se tornassem Parte na Convenção de Washington³³.

O Protocolo de Colônia não entrou em vigor, pois apenas a Argentina o integrou a sua Ordem jurídica mediante a Lei 24.891 de 1997. Não obstante, é interessante ressaltar a alternativa de *criar um sistema próprio do MERCOSUL para solucionar controvérsias entre investidores e Estados*.

Já o segundo diz respeito ao Protocolo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos Provenientes de Estados Não-Partes do MERCOSUL, ou seja, advindos de um ambiente extrazona, também denominado Protocolo de Buenos Aires. Seu objetivo principal era harmonizar as diretrizes jurídicas gerais que seriam aplicadas por cada Membro aos investimentos estrangeiros extrazona, prevendo, em especial, o tratamento não menos favorável do que aquele contido no próprio Protocolo, inclusive mediante tratamento justo e equitativo e

31 SUÑÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. Op. Cit. p. 206-207.

32 Artigo 2º. "1-Cada Parte Contratante promoverá os investimentos de investidores das outras Partes Contratantes e os admitirá em seu território de maneira não menos favorável que a dos investimentos de seus próprios investidores de terceiros Estados, sem prejuízo do direito de cada Parte manter transitariamente exceções limitadas que correspondam a algum dos setores que figuram no Anexo do presente Protocolo.

2-Quando uma das Partes Contratantes tiver admitido um investimento no seu território, outorgará as autorizações necessárias para o seu melhor desenvolvimento, incluindo a execução de contratos sob licenças, assistência comercial ou administrativa e a entrada no país do pessoal necessário".

33 SUÑÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. Op. Cit. p. 208.

tratamento nacional³⁴. O Protocolo não se encontra em vigor dada a resistência brasileira.

Quanto às definições de investimento e investidor, elas se assemelham ao Protocolo de Colônia. Já no que se refere ao mecanismo de solução de controvérsias entre investidores e Estados, o Protocolo possibilita a remissão da disputa aos tribunais internos do Estado receptor ou à arbitragem internacional, seja ela *ad hoc* ou permeada por instituição internacional de arbitragem³⁵. Não obstante, *os Estados não dão seu consentimento para a arbitragem*, mas se limitam a autorizar que em outros acordos (contratos ou APPRIs, p. ex.) se adotem arbitragens mistas. Desse modo, conclui-se que o Protocolo possibilita às partes a escolha do meio mais adequado para resolução de litígios dentre os existentes na esfera internacional³⁶. Não prevê, contudo, mecanismo próprio do MERCOSUL, o qual poderia ser particularmente útil para manter na região litígios com investidores de terceiros Estados.

Fracassadas tais tentativas e, hoje, com a consciência de os direitos estabelecidos nos modelos mais comuns de APPRIs são muito viesados a favor dos investidores (mesmo que as arbitragens efetivas não o sejam), cabe retomar a possibilidade de converter o MERCOSUL em um âmbito adequado para a solução de controvérsias entre investidores e Estados. Estabelecer um regulamento arbitral e um quadro de árbitros adequados aos anseios e interesses regionais poderia ensejar a utilização das estruturas já empenhadas no TPR para solucionar questões entre (1) investidores e Estados do MERCOSUL; (2) investidores extrazona e Estados do MERCOSUL; (3) investidores do MERCOSUL e Estados fora da zona; ou mesmo (4) investidores e Estados de fora da zona. O apelo de uma instituição organizada por Estados em desenvolvimento poderia, decerto, transcender as fronteiras regionais e ganhar destaque como alternativa sólida e confiável. Isso também fomentaria a integração e o abarcamento dos investimentos extrazona à submissão de regras

34 SUÑÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. Op. Cit. p. 210.

35 Protocolo de Buenos Aires. "H - Solução de Controvérsias entre um Investidor de um Terceiro Estado e um Estado-Parte Receptor do Investimento

1-Qualquer controvérsia relativa à interpretação de um acordo sobre promoção recíproca de investimentos surgida entre um investidor de um Terceiro Estado e um Estado-Parte será, na medida do possível, solucionada por meio de consultas amistosas.

2-Se a controvérsia não puder ser solucionada dentro de um prazo razoável a partir do momento em que for levantada por uma ou outra das partes, poderá ser submetida, por solicitação do investidor:

a) ou aos tribunais competentes do Estado-Parte em cujo território foi realizado o investimento; b) ou à arbitragem internacional, nas condições descritas no parágrafo 3.

Desde que o investidor tenha submetido a controvérsia à jurisdição do Estado-Parte em litígio ou à arbitragem internacional, a escolha de um ou outro desses procedimentos será definitiva.

3-No caso de recurso à arbitragem internacional, a controvérsia poderá ser submetida, por solicitação do investidor, a um tribunal de arbitragem *ad hoc* ou a uma instituição internacional de arbitragem".

36 SUÑÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. Op. Cit. p. 211.

específicas do bloco regional³⁷.

Vale destacar que isso só aumenta de importância com a entrada da Venezuela como Membro do MERCOSUL, com a permanência dos investimentos externos à zona e com a concorrência de novas iniciativas regionais que visam à integração na América do Sul.

4. MERCOSUL: ANÁLISES E PROJEÇÕES SOBRE A SOLUÇÃO DE DISPUTAS DE INVESTIMENTOS

É certo que, apesar de resistências históricas acerca do tratamento aos investimentos estrangeiros em território nacional, durante a década de 1990, diversas nações sul-americanas reviram suas posições diante da atração do capital estrangeiro. Estados como Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela, firmaram vários APPRIs, principalmente tratados bilaterais de investimento (TBI). Além disso, vincularam-se também ao sistema ICSID, através da assinatura da Convenção de Washington de 1965.

Mais especificamente, quanto às nações do MERCOSUL, tem-se que a Argentina firmou até os dias de hoje 55 TBIs, bem como aderiu à Convenção de Washington de 1965; o Brasil assinou 14 TBIs, porém jamais os ratificou, nem tampouco assinou a Convenção que dá origem ao ICSID; o Uruguai assinou 33 TBIs, dos quais 29 encontram-se em vigor, e também faz parte do sistema de arbitragem mista do ICSID e a Venezuela, pactuou 30 TBIs, dos quais 27 ainda vigoram, apesar de ter denunciados os tratados já firmados e, em 2012, ter denunciado a Convenção de Washington para se retirar do sistema ICSID³⁸.

Entretanto, já no século XXI, essa postura tem passado por uma transição. Diante de crises econômicas, de frequentes demandas nos foros internacionais e de condenações consideráveis, alguns Estados sul-americanos começaram a questionar a sua permanência no sistema e a buscar alternativas a ele. Mesmo tendo em conta que os APPRIs em vigor são, muitas e muitas vezes, excessivamente protetores dos estrangeiros e a arbitragem internacional não seja necessariamente viciada, é fato que a saída do ICSID extrai com maior presteza os dentes desses acordos, sem necessidade de aguardar os amplos períodos para a efetividade das denúncias.

Como já citado anteriormente, a Venezuela optou por abandonar o sistema de arbitragem mista do ICSID. A Constituição Venezuelana de 1999, criada sob a égide do governo Chávez, possui algumas disposições

37 SUÑÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. Op. Cit. p. 211.

38 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Op. Cit. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Database of ICSID Member States* [online]. [acesso em: 04 fev 2015]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=UtoZ&rdo=BOTH>>.

fundamentais, que são contrárias ao Direito dos Investimentos. Primeiramente, o art. 151 estabelece que nos contratos de interesse público, os litígios serão submetidos aos tribunais domésticos e não aos tribunais estrangeiros. Ademais, o art. 301 proíbe a concessão a pessoas, empresas ou organismos estrangeiros regimes mais benéficos que os garantidos aos seus nacionais, em razão da não discriminação³⁹. Esses preceitos justificaram a retirada do país dos TBIs e do sistema ICSID.

Ressalta-se que os países do MERCOSUL representam 80% do PIB do continente Sul-Americano, com 58% dos investimentos estrangeiros diretos e 65% do comércio exterior⁴⁰. O fato dos investimentos estrangeiros manterem-se na região, seja pelo fluxo intrazona, seja pelo extrazona – em especial investimentos chineses –, faz com que se mantenha a atenção ao tratamento conferido aos investidores no território mercosulino. Assim sendo, tanto os antigos investimentos, quanto os novos que ingressarem no MERCOSUL também necessitarão de um respaldo jurídico e, apesar da existência dos TBIs, seria de grande valia que os investimentos extrazona se submetessem a regras regionais específicas, como a definição de um sistema de solução de controvérsias no bojo desta organização internacional para tratar da matéria.

No contexto de ausência de instrumento jurisdicional para tratar do tema na América do Sul e com o intuito de suprir o afastamento de alguns países do sistema tradicional de solução de controvérsias sobre investimentos, destaca-se a existência da iniciativa da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) para a criação de um Centro de Solução de Controvérsias em matéria de investimentos⁴¹, a qual vem sendo talhada por um Grupo de Trabalho de Especialistas de Alto Nível de Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos da UNASUL.

As negociações para a criação desse centro começaram em 2012, por iniciativa do Equador e, desde então, estão sendo realizadas frequentes reuniões entre chanceleres e membros de alto nível para que se defina o texto a ser votado futuramente, que definirá a convenção constituinte do novo centro. A finalidade dos trabalhos é instaurar um novo centro que possa competir com o ICSID, de modo a ser um organismo regional, que compactue com os preceitos da integração

39 PONS, Xavier Fernández. “La retirada de algunos países latinoamericanos del CIADI: ¿cuáles son sus consecuencias jurídicas?”. Em: *Segunda Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional*, (Lima 28-29 de octubre de 2013).

40 “Cúpula do MERCOSUL reunirá os cinco presidentes do bloco”. *Agência Brasil*. 28 de julho de 2014 [acesso em: 07 fev 2015]. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-07/cupula-do-mercosul-reunira-os-cinco-presidentes-do-bloco>>.

41 Destaca-se que, desde a III Cúpula da Unasul, na Venezuela, os presidentes dos países membros demonstram interesse em estabelecer um Centro de Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos. Cf. FERNANDES, Érika Capella. *As propostas da Unasul para a criação de um centro de solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros*. [acesso em: 08 fev 2015]. Disponível em: <http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT14/GT14_CapellaFernandes.pdf>.

política, e que seja compatível com as novas Constituições de Bolívia, Equador e Venezuela, as quais se contrapõem ao regime da arbitragem de investimentos ICSID.

O que se sabe até o momento sobre esse Centro é que, no que tange à solução de controvérsias, esta consistirá na arbitragem mista entre particulares e Estados, haverá uma fase preliminar de consultas, para que as partes tentem resolver a disputa. Discute-se, ainda, a possibilidade de exigir o esgotamento dos recursos internos⁴².

O MERCOSUL, por sua vez, não se encontra inerte, tendo criado grupo de trabalho por meio da resolução n. 13/00 do Grupo Mercado Comum, que cria o subgrupo de trabalho n. 12, referente a investimentos. Seus principais objetivos são: (i) analisar as dificuldades encontradas pelos estados Partes para a aprovação e implementação dos Protocolos de Colônia e Buenos Aires; (ii) analisar a influencia dos investimentos intra regionais e investimentos estrangeiro direto sobre a reestruturação de empresas no mercado regional; (iii) analisar as políticas de investimentos para zonas ou regiões de menos desenvolvimento dentro dos Estados Partes; (iv) comparar as metodologias para o levantamento de informações estatísticas dos Estados Membros; (v) elaborar informes relativos aos fluxos de investimento na região; (vi) proceder com o acompanhamento das negociações sobre o investimentos, em especial nos processos de integração regional; (vii) coordenar as posições dos países do MERCOSUL em fóruns internacionais em que participem e (viii) salientar as regras e disciplinas gerais sobre investimentos no território de cada um dos Estados Partes (nos âmbitos nacional, estadual / provincial e municipal).

Em 2010, houve um importante passo realizado pelo Conselho Mercado Comum. Na decisão de n. 30, revogou-se a decisão CMC N° 11/93, que se refere ao Protocolo de Colônia, e a decisão CMC N° 11/94, relativa ao Protocolo de Buenos Aires. Foram aprovadas, ainda, orientações para a realização de um acordo de investimento. Um ponto importante é que se estabeleceu que as negociações deveriam concentrar-se sobre os investimentos estrangeiros diretos relacionados a bens, âmbito menos abrangente do que fora exposto nos protocolos anteriores, além de dispor sobre um conceito de investimento menos abrangente. Destaca-se, com relação ao mecanismo de solução de controvérsias, a eleição do sistema abarcado pelo Protocolo de Olivos⁴³.

O Protocolo de Olivos, de 2002, demonstra-se como importante diretriz no MERCOSUL, pois instituiu o TPR, com suas próprias regras e procedimentos, abarcando controvérsias entre os Estados-Membros

42 FERNANDES, Érika Capella. *As propostas da Unasul para a criação de um centro de solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros*. [acesso em: 08 fev 2015]. Disponível em: <http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT14/GT14_CapellaFernandes.pdf>.

43 SUÑÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. p. 213.

do bloco. Não se limita apenas a decisões jurisdicionais, mas também abrange a emissão de opiniões consultivas. Funciona como órgão revisor daquilo que se decide em primeira instância, mas também pode haver o acesso direto à sua jurisdição caso haja concordância das partes. Importante destacar que ele dispõe sobre o acesso por particulares ao tribunal, pessoas físicas ou jurídicas, que tenham seus interesses prejudicados em razão de atos soberanos dos Estados Partes.

Desse modo, o mais aconselhável seria que o MERCOSUL definisse sua competência para tratar do tema, para que particulares e Estados-Membros possam acionar seu tribunal caso se sintam lesados em seus direitos. Aliado a isso, o fato de haver maior organização estrutural e tradição em seu sistema de solução de controvérsias faria com que o TPR fosse uma solução regional preferível em comparação às novas iniciativas regionais ainda sequer bem delineadas.

Complementarmente a isso, salienta-se a decisão n. 24/12 do CMC, que estabelece a cooperação entre MERCOSUL e UNASUL e reconhece a necessidade de promover a articulação e complementação de políticas, acordos e compromissos, por meio de reuniões do Foro de Consulta e de Concertação Política dos Estados do MERCOSUL e Estados Associados e nas Reuniões de Ministros e /ou Reuniões Especializadas, para que se evite a justaposição de tarefas e se otimizem recursos para potencializar os esforços de integração em toda a América do Sul. Dessa forma, bem se coloca essa decisão em prol de maior coerência e segurança jurídica a Estados e investidores, para que prevaleça a cooperação acima de tudo e não a sobreposição.

Nesse sentido, entende-se que o MERCOSUL deve incorporar o Direito Internacional dos Investimentos aos seus preceitos em definitivo e propiciar tanto aos Estados-Membros quanto aos investidores estrangeiros, de dentro e de fora do bloco, jurisdição regional para decidir acerca de investimentos. Seria uma alternativa pragmática para países como Venezuela, que se retirou do sistema ICSID, e Brasil, que é hesitante ao mesmo organismo, para que deixem suas posições de resistência à arbitragem de investimentos por meio dos esforços empreendidos pelo bloco regional que já fazem parte e que são prioridades em sua política externa.

Assim sendo, não seria necessário criar todo um arcabouço jurídico para originar um novo tribunal que versasse sobre a matéria, mas seria mais prático utilizar o próprio sistema de solução de controvérsias já existente para tanto, redefinindo sua competência material em prol da harmonização do direito e da valorização das instituições do MERCOSUL, que possui vocação regional natural para a solução de disputas envolvendo seus membros.

CONCLUSÃO

Nesse diapasão, conclui-se que o Direito Internacional dos Investimentos deve ser incorporado definitivamente ao MERCOSUL através da redefinição da competência de seu tribunal, para que possa apreciar questões envolvendo investimentos, inclusive, por meio da arbitragem mista.

O Tribunal Permanente do MERCOSUL é estrutura delineada desde 2002, por intermédio do Protocolo de Olivos, e prevê a possibilidade de reclamação apresentada por particulares, pessoas físicas ou jurídicas, com o objetivo de buscar uma solução imediata quando seus interesses sejam afetados como consequência de decisões adotadas pelos Estados Partes. Dessa forma, particulares, inclusive investidores, podem ser considerados aptos a recorrer ao tribunal.

Nota-se que a decisão do CMC n. 30 constitui-se um importante passo na evolução do sistema ao eleger o TPR para a solução de controvérsias sobre o tema, contudo, isso ainda não foi oficialmente instaurado, o que depende do esforço político dos Estados-Membros para prosseguir com as negociações e, finalmente, aplicá-la em definitivo.

Desse modo, ao invés de criar um novo mecanismo, aos países Membros e aos investidores, seria adequado utilizar a jurisdição do MERCOSUL como alternativa concreta ao sistema ICSID. Portanto, o que se deve analisar é a possibilidade de inclusão de nova competência material ao TPR, para que possa examinar questões envolvendo investimentos. Dessa forma, o tribunal ganharia uma nova utilidade, frente às futuras demandas regionais.

Há alternativas a serem debatidas: arbitragem mista, ou um tribunal de investimentos com membros previamente determinados? Apenas para regras regionalmente adotadas, ou para aplicação de APPRIs? Apenas envolvendo partes da região, ou possibilitando amplo acesso a particulares de e a Estados terceiros?

É certo que a iniciativa da UNASUL impõe cuidados, pois seria indesejável, política e juridicamente, envidar esforços para criar estruturas redundantes. Não obstante, em ambiente de ampla transparência e cooperação, parece ser, sim, razoável oferecer um instrumento próprio do MERCOSUL, inclusive como meio de aprofundamento da integração entre seus Membros e Associados.

O fortalecimento jurídico e institucional do MERCOSUL não precisa se restringir ao campo do comércio entre seus Membros, mas pode ganhar muito ao adentrar campo que, apesar das polêmicas e medos que os recentes casos argentinos e a retirada de países da América do Sul do ICSID vêm trazendo à tona. Pode ser hora de retomar impulsos e protagonismo, inclusive lançando mão da boa reputação e capacidade do próprio MERCOSUL e suas estruturas institucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Cúpula do Mercosul reunirá os cinco presidentes do bloco”. *Agência Brasil*. 28 de julho de 2014 [acesso em: 07 fev 2015]. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-07/cupula-do-mercosul-reunira-os-cinco-presidentes-do-bloco>>.

“Informe CEPAL: La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe” [online]. *Bolivia Emprende*. 30 mayo 2014 [acesso em: 03 fev 2015]. Disponível em: <<http://boliviaemprende.com/publicaciones/informe-cepal-la-inversion-extranjera-directa-en-america-latina-el-caribe>>.

CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais/ Editora da Universidade de Brasília, 2008.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no MERCOSUL*. Florianópolis: GEDAI, 2012.

CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. 18ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CHUDNOVSKY, Daniel; LOPEZ, Andrés. “Inversión extranjera directa y desarrollo: la experiencia del Mercosur”. *Revista de la CEPAL*. 2007, nº 97, p. 08.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. New York: Oxford University Press, 2008.

ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew T.; SIMMONS, Beth. “Competing for capital: the diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000”. *University of Illinois Law Review* [online]. 2008, n 265, p. 274 [acesso em: 30 jan 2015]. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/433>>.

FERNANDES, Érika Capella. *As propostas da Unasul para a criação de um centro de solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros*. [acesso em: 08 fev 2015]. Disponível em: <http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT14/GT14_CapellaFernandes.pdf>.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Database of ICSID Member States* [online]. [acesso em: 04 fev 2015]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=UtoZ&rdo=BOTH>>.

KOLO, Abba, WÄLDE, Thomas. “Capital transfer restrictions under modern investment treaties”. Em: REINISCH, August (ed). *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2012.

PONS, Xavier Fernández. “La retirada de algunos países latinoamericanos del CIADI: ¿cuáles son sus consecuencias jurídicas?”. Em: *Segunda*

Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, (Lima 28-29 de octubre de 2013).

SCHRIJVER, Nico. *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SUNÉ, Natasha; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. “Inversiones y solución de controversias en el MERCOSUR”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. 2013, año 1, n° 2, p. 195-220.

THE WORLD BANK. *About us* [online]. [acceso em: 12 de set 2014]. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20122597~menuPK:329837~pagePK:34542~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html>>.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International investment agreements: key issues*. New York and Geneva: United Nations, 2005. vol III, p. 2 [acceso em: 30 jan 2015]. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410v3_en.pdf>.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub: International Investment Agreements Navigator* [online]. [acceso em: 04 fev 2015]. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>> .

VIÑUALES, Jorge E.; LANGER, Magnus Jesko. “Foreign Investment in Latin-America: Between Love and Hatred”. Em: AUROI, Claude (ed). *Latin-America: Dreams and Legacy* [online]. s.l: s.n, 2010 [acceso em: 03 fev 2015]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1652736>>.

EL DERECHO COMO PROMOTOR DE INVERSIONES EN PAÍSES DE LATINOAMÉRICA

O DIREITO COMO PROMOTOR DE INVESTIMENTOS EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

*Hugo Estigarribia**

Resumen: *En este artículo se analiza, desde la perspectiva del caso paraguayo, como una legislación interna de aplicación nacional que sea promotora e incentivadora a la inversión local y extranjera, sumada a un marco jurídico internacional e institucional adecuado que otorgue, a través de los mecanismos de resolución alternativa de controversias como son la mediación y el arbitraje, confianza y seguridad a los inversores, tanto nacionales como extranjeros, en una región de escasa percepción de seguridad jurídica y de adecuadas garantías a los inversionistas, como lo es la integrada por los países latinoamericanos, puede contribuir en forma decisiva y fundamental para promover y mejorar el nivel de inversiones en un país determinado. Asimismo se formulan sugerencias y conclusiones para mejorar la estructura legal e institucional para la promoción de las inversiones en los países latinoamericanos que integran el MERCOSUR y la UNASUR.*

Resumo: *Neste artigo analisa-se, a partir da perspectiva paraguaia, como uma legislação interna de aplicação nacional que promova e incentive o investimento local e estrangeiro, somada a um marco jurídico internacional e institucional adequado que outorgue, por meio dos mecanismos de solução alternativa de controvérsias como são a mediação*

* Presidente de la Federación Interamericana de Abogados (FIA/IABA), Capítulo Paraguay (2013-2016). Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) de La Haya, Holanda (2011-2017). Senador de la República del Paraguay (2008-2013). Miembro Suplente (Árbitro) del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (2004-2007). Director del Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay (CAMP) (2003-2004). Convencional Constituyente para la Constitución de 1992. Abogado y Notario Público, Mejor graduado, con Medalla de Oro, en esas carreras, Facultad de Derecho (UNA) (1989 y 1990). Maestría en Ciencias Políticas (UNA) (1996). Postgrado en Administración Pública, Shenandoah University, Virginia, EEUU (2001). LLM, Master en Derecho en Estudios Legales Internacionales, American University, Washington DC, EEUU (2002). LLM, Master en Derecho en Leyes y Gobierno, American University, Washington DC, EEUU (2003). Docente universitario de las materias Derecho Romano, Derecho Constitucional y Derecho Político en la Universidad Nacional de Asunción, Universidad Católica, Universidad Americana y UNIDA del Paraguay. Asunción – Paraguay. E-mail: hestigarribia@estigarribiasociados.com

e a arbitragem, confiança e segurança aos investidores, tanto nacionais quanto estrangeiros, em uma região de escassa percepção de segurança jurídica e de adequadas garantias aos investidores, como é a integrada pelos países latino-americanos, pode contribuir de maneira decisiva e fundamental para promover e melhorar o nível de investimentos em um determinado país. Da mesma forma, são formuladas sugestões e conclusões para melhorar a estrutura legal e institucional para a promoção dos investimentos nos países latino-americanos que integram o MERCOSUL e a UNASUL.

Palabras clave: Inversión extranjera, Legislación interna, Normas internacionales, Promoción, Arbitraje, Países latinoamericanos

Palavras-chave: Investimento estrangeiro, Legislação interna, Normas internacionais, Promoção, Arbitragem, Países latino-americanos

1. INTRODUCCIÓN

En una época en que los Gobiernos y empresarios de Latinoamérica buscan promover y recibir en sus respectivos países inversiones extranjeras y nacionales de compatriotas que en vez de invertir en su país, tienen su dinero invertido en el extranjero, generando negocios y desarrollo económico en otros países diferentes al suyo propio, muchas veces nos preguntamos qué tareas debemos hacer no desde el punto de vista de infraestructura ni de servicios, sino desde el punto de vista legal e institucional, en nuestros países, para que las mismas se hagan efectivas y tengan el impacto deseado tanto para el país que recibe la inversión y a los empresarios y la economía local que recibe los beneficios, como para los inversores que puedan invertir con la tranquilidad de estar jurídicamente protegidos al hacerlo en un país determinado.

En las líneas que siguen trataremos de dar la respuesta clave a esta necesidad de garantías efectivas al potencial inversionista ante el “riesgo” que podría enfrentar al invertir en países considerados de escasa seguridad jurídica y fragilidad institucional, enfocando al derecho como base fundamental y eje decisivo en la promoción y desarrollo de las inversiones en Latinoamérica, citando ejemplos de mi país, el Paraguay, para dar adecuada luz al tema que nos ocupa. Estos ejemplos que daremos, pretendemos sean aplicables a los países latinoamericanos a los efectos respectivos. Vayamos pues al desarrollo de nuestro aporte al debate de la promoción de las inversiones desde el derecho, en los párrafos que siguen.

2. LEGISLACIÓN NACIONAL PARA APOYO E INCENTIVO A LAS INVERSIONES. EL CASO PARAGUAYO

En primer lugar es muy importante promover la sanción y promulgación de leyes que apoyen e incentiven la inversión en una forma que otorguen ventajas apetecibles a una persona o grupo inversor para invertir en un país determinado y no en otro.

Como ejemplo de un país que conozco, podría hablar del caso paraguayo, en el cual se han promovido numerosas normas que establecen diversos atractivos al potencial inversor, desde diversas áreas jurídicas, a seguir en las siguientes líneas.

En el campo de las exenciones tributarias al inversionista, el Paraguay lo ha hecho a través de la conocida Ley 60/90 “De incentivos a la inversión”, así como equiparando a las inversiones en el país, dando igual valor a la inversión nacional como la extranjera, como se ha hecho por la Ley 117/91 “De igualdad de las inversiones nacionales y extranjeras”. Otra ley importante para favorecer la inversión, buscando el desarrollo de la industria local mediante la transformación de materia prima en productos terminados generando fuentes de trabajo a numerosos profesionales técnicos y obreros paraguayos y la exportación de los productos finales a grandes mercados del MERCOSUR en términos favorables, dentro del marco del Tratado del MERCOSUR y sus Protocolos vigentes, ha sido la Ley 1064/97 “De Maquila”, que ha sido adoptada siguiendo el modelo mexicano que ha tenido mucho éxito en ese país, y ha estado y está generando el establecimiento de un interesante volumen de inversiones mixtas de nacionales y extranjeros en el Paraguay, en diversos campos de la industria y el comercio del mismo.

Esas tres leyes, referidas precedentemente, han sido, a fines del siglo XX, de gran importancia para empezar a atraer con mayor fuerza las inversiones extranjeras y locales que antes no disfrutaban de ese trato especial para su condición.

La importancia de la preservación del medio ambiente, estipulada especialmente en Tratados internacionales vigentes en casi toda la región, no debe desalentar las inversiones en el ámbito rural, sino debe compatibilizarla, principalmente en países de gran producción, agrícola, ganadera y forestal, como son la mayoría de los nuestros, para lo cual se debe crear un marco jurídico local adecuado que prevenga abusos y eventuales conflictos futuros por danos medioambientales irreversibles en las inversiones a realizar. También en Paraguay se ha dado tal situación con la Ley 294/93 “De evaluación de impacto ambiental” y su modificatoria Ley 345/94, las cuales establecen mecanismos de autorización para el desarrollo de inversiones en el ámbito rural inmobiliario, previa aprobación de acciones a desarrollar por el inversor

que mitigaran el impacto del eventual daño o cambio que se pudiere hacer al medio ambiente local específico.

Un grave problema que visualizan los potenciales inversores en los países latinoamericanos es la falta de confianza que tienen en los mecanismos jurisdiccionales de justicia, ante eventuales conflictos o litigios que pudieran enfrentar en los juzgados y/o tribunales nacionales, los cuales se caracterizan, en muchas ocasiones, por ser muy localistas, progubernamentales, corruptibles, morosos o frágiles en contra de los intereses de los inversores, principalmente extranjeros, lo cual motiva una falta de seguridad jurídica para ellos y futuros potenciales inversores. Para evitar la administración de justicia por parte de los organismos jurisdiccionales locales, dando garantía a los inversores y celeridad en la solución de sus conflictos, se ha incentivado con fuerza, principalmente desde algunos sectores empresariales, en los últimos quince años en nuestros países los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como lo son la mediación y el arbitraje, los cuales suelen ser más expeditivos, confiables y accesibles a los inversores. En el caso paraguayo, se ha desarrollado esta posibilidad mediante la puesta en vigencia de la Ley 1879/02 “De Arbitraje y Mediación” la cual establece el acceso a esos mecanismos con facilidad y agilidad a las partes en conflicto, sin los problemas de los mecanismos usuales de administración de justicia. Esta legislación es complementada con otras regulaciones internacionales e instituciones, que dan el marco jurídico adecuado para dar seguridad jurídica al inversor, conforme lo referiremos más adelante en este trabajo.

También es de importancia el tener leyes que incentiven la inversión, tanto local como extranjera, para el desarrollo industrial, lo cual se ha hecho ya inicialmente en Paraguay con la Ley “De Maquila” a fines del siglo XX, ya citada en párrafos precedentes, con un efecto muy favorable e importante para la economía paraguaya, y tras esa legislación positiva, se ha buscado ampliar la legislación, favoreciendo fuertemente el ensamblaje de materias primas o primeros productos de origen extranjero en productos terminados, con mano de obra nacional en el sector industrial automotriz, a través de la Ley 4838/12, la cual ha generado una importante inversión en el armado y puesta en funcionamiento de vehículos motrices con piezas originales de origen extranjero (principalmente chino), pero ya con productos terminados nacionales para carga liviana y pesada, los cuales empezaran a competir con fuerza en este tiempo, principalmente en precio, con los vehículos importados del extranjero. Asimismo, esa política de favorecer la inversión en el sector industrial ha generado la Ley 4427/2012 “Que establece incentivos para la producción, desarrollo o ensamblaje de bienes de alta tecnología”, cuyo alcance se aplica a los sectores dedicados a producir, desarrollar y/o ensamblar bienes de alta tecnología en las

áreas de electrónica, telecomunicaciones, informática y en el año 2014 se han presentado en la Cámara de Diputados dos proyectos de ley modificatorios de esta norma ampliando su alcance a electrodomésticos y electromecánica, pendientes de definición en sede legislativa, con lo cual se busca promover el desarrollo de estos artefactos y a la vez, utilizar más la energía eléctrica que produce el país y así dejar de lado la importación de otros insumos (gas, carbón mineral) energéticos, como los derivados del petróleo. Esta norma, en el caso de aprobarse, puede dejar muy buenos resultados para el país por medio de la llegada de inversionistas de grandes marcas internacionales quienes, solos o consorciados con empresarios locales, crearían empresas nacionales en el sector, para el ensamblaje de estos productos, y con ello, se tendrá la creación de abundantes puestos de trabajo en el sector.

Es de destacar la puesta en vigencia de una nueva ley que favorece la inversión internacional y nacional privada en el sector público, como lo constituye la Ley 5102/13 “De Alianza público-privada”, la cual posibilitaría una fuerte inyección de capital e inversión del privado en las obras de infraestructura pública, garantizándoles una rápida aprobación, vía Poder Ejecutivo de los respectivos proyectos de inversión dentro del marco de la referida ley (aunque de dudosa constitucionalidad, según la vigente Constitución de Paraguay de 1992, que le da esa atribución al Poder Legislativo, pero de difícil impugnación exitosa a través de acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia), y con la atracción para los potenciales inversores, de la posibilidad de recurrir a los métodos alternativos de resolución de conflictos, como son la mediación y arbitraje, en caso de conflicto o litigio, evadiendo los mecanismos jurisdiccionales de justicia, los cuales no son confiables para ellos, principalmente para los extranjeros.

3. INSTITUCIONES INTERNACIONALES Y MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL APLICABLE A NIVEL NACIONAL, COMO GARANTIA A LAS INVERSIONES EN PAISES DEL MERCOSUR

3.1. Litigios entre Estados

TRATADO DEL MERCOSUR/PROTOCOLO DE OLIVOS, FDO. EN OLIVOS, ARGENTINA, 2002. El Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos (PO), firmado el 18 de febrero de 2002 y vigente desde el 1 de enero de 2004 por el cual se establece el Tribunal Permanente del MERCOSUR, que funciona en Asunción Paraguay, el cual es un Tribunal Arbitral para casos litigiosos surgidos entre Estados. Esto se aplica a conflictos surgidos entre Estados en el campo político y/o comercial y escasamente en el campo de inversiones que no se suelen dar de Estado a Estado, aunque

constituye un elemento importante jurisdiccional regional. Como ejemplo podemos citar el “LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN EN EL PROCEDIMIENTO EXCEPCIONAL DE URGENCIA SOLICITADO POR LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY EN RELACIÓN CON LA SUSPENSIÓN DE SU PARTICIPACIÓN EN LOS ÓRGANOS DEL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR) Y A LA INCORPORACIÓN DE VENEZUELA COMO MIEMBRO PLENO”.

3.2. Litigios entre particulares y Estados

Los llamados por sus siglas en inglés, BIT’S, son los TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN firmados entre dos países por los cuales se garantizan que inversores de un país signatario que tuvieren conflictos devenidos en otro país signatario del mismo BIT, podrán sustraerse a los tribunales locales y, en la mayoría de los casos, se someterán a arbitraje comercial internacional en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI) (en inglés International Center for the Settlement of Investment Disputes /ICSID) el cual forma parte de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (en inglés Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)) el cual ha sido aprobado en Paraguay por la Ley 944/82. Los BIT’S constituyen una importante herramienta de promoción de las inversiones entre nacionales de los respectivos Estados signatarios, pues los inversores extranjeros se ponen bajo el “paraguas” del mismo y transfieren sus eventuales conflictos a un organismo internacional de arbitraje como lo es el CIADI/ICSID, que si bien ha sido objeto de numerosas críticas por parte de países como Venezuela, Ecuador, Argentina y otros, los cuales le atribuyen que siempre dicta laudos arbitrales en contra del Estado favoreciendo a las multinacionales extranjeras. Sin embargo, para los potenciales inversores constituye un importante elemento de seguridad jurídica para promover la hipotética inversión extranjera en países latinoamericanos con inseguridad jurídica para asentarla. Como ejemplos litigios de particulares contra el Estado paraguayo podemos citar los casos: “Armando Olguín v. Republic of Paraguay (ICSID Case No. ARB/98/5)” (decisión favorable a Paraguay); “Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay (ICSID Case No. ARB/07/9)” (decisión contraria a Paraguay) y “SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay (ICSID Case No. ARB/07/29)” (decisión contraria a Paraguay).

Para la aplicación de los laudos arbitrales referidos en contra del Paraguay se tiene la vigencia de la Convención sobre el reconocimiento de y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, aprobado por la Ley 948/96 de ese país.

4. SUGERENCIAS PARA MEJORAR EL DERECHO COMO PROMOTOR DE INVERSIONES EN LATINOAMÉRICA

Modificar el Protocolo de Olivos, ampliando la jurisdicción y competencia del Tribunal Permanente del MERCOSUR a eventuales litigios entre personas y Estados, (actualmente, sólo entre Estados).

Promover la creación de Tribunal Supranacional de Justicia del MERCOSUR, pendiente de resolución entre los Estados Partes, que atienda casos entre personas de diferentes Estados miembros y/o entre estos y personas extranjeras.

Fomentar la instalación de un Tribunal Supranacional de Justicia de la UNASUR.

Propugnar la firma de mayor cantidad de tratados bilaterales de inversión (BIT, por sus siglas en ingles), en condiciones ventajosas para los países signatarios, y teniendo a la vista inversiones estratégicas entre los mismos.

Modificar los Tratados Bilaterales de Inversión vigentes, que pudieren resultar lesivos a los intereses de los potenciales inversores de los países signatarios, haciéndolos atractivos para ello.

Capacitar a los profesionales del derecho y a los empresarios, en asuntos jurídicos relativos a Derecho Internacional aplicable a inversiones extranjeras, en Universidades y Centros Académicos Nacionales de sus países e Internacionales de prestigio.

CONCLUSIÓN

El Derecho nacional e internacional, referido precedentemente, ha sido y es un importante promotor de inversiones en países de Latinoamérica pues ha dado el marco legal e institucional que garantiza y da seguridad jurídica y confianza a los inversores extranjeros y nacionales para invertir en los países latinoamericanos, principalmente del MERCOSUR. Queda mucho camino por recorrer para tener todas las herramientas legales necesarias para generar un óptimo ambiente para las inversiones y una confiabilidad total y absoluta para invertir en los países de la región. Empero lo referido, el Derecho se erige como un importante factor de inversiones en nuestros países, lo cual es digno de ser reconocido y estimulado a los efectos de convertir la región en una zona absolutamente segura y confiable para que, a través de importantes inversiones en nuestros países, podamos alcanzar el desarrollo económico y social que todos los latinoamericanos sonamos tener en un futuro cercano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción el 26 de marzo de 1991.

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires el 18 de febrero de 2002.

PARAGUAY. *Constitución Nacional de 1992*, del 20 de junio de 1992.

PARAGUAY. *Ley 60/90, de incentivos a la inversión*, del 20 de diciembre de 1990.

PARAGUAY. *Ley 117/91, de igualdad de las inversiones nacionales y extranjeras*, del 18 de diciembre de 1991.

PARAGUAY. *Ley 294/93, de evaluación de impacto ambiental*, del 14 de diciembre de 1993.

PARAGUAY. *Ley 345/94, que modificatoria de la Ley 294/93*, del 21 de abril de 1994.

PARAGUAY. *Ley 1064/97, de la Industria Maquiladora de Exportación*, del 13 de mayo de 1997.

PARAGUAY. *Ley 1879/02, de Arbitraje y Mediación*, del 11 de abril de 2002.

PARAGUAY. *Ley 4427/12 de Incentivos a la producción de bienes de alta tecnología*, del 4 de diciembre de 2012.

PARAGUAY. *Ley 4838/12, de Política Automotriz Nacional*, del 4 de diciembre de 2012.

PARAGUAY. *Ley 5102/13, de Alianza público-privada*, del 28 de octubre de 2013.

PARAGUAY. *Ley 944/82 de Adhesión al Convenio CIADI*, del 22 de octubre de 1982.

PARAGUAY. *Ley 948/96 de ratificación de la Convención sobre el reconocimiento de y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958*.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Caso Armando Olgún v. Republica of Paraguay: ICSID Case No. ARB/98/5*. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC575_Sp&caseId=C171>.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Caso Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay: ICSID Case No. ARB/07/9*. Disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/>>

ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC3552_Sp&caseId=C101>.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay: ICSID Case No. ARB/07/29. Disponible en : <https://icsid.worldbank.org/ICSID/ervlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC3532_Sp&caseId=C258>.

COMENTARIOS SOBRE LA NUEVA LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS DE VENEZUELA

COMENTÁRIO À NOVA LEI DE INVESTIMENTOS DA VENEZUELA

*Ivette Esis Villarroel**

Resumen: Junto a los convenios multilaterales y bilaterales en materia de promoción y protección de inversiones, coexisten legislaciones nacionales que buscan ofrecer al inversionista foráneo previsibilidad y seguridad jurídica en pro de atraer capital extranjero. Vista la reciente promulgación y publicación de la Ley venezolana, este trabajo pretende, por lado, examinar muy brevemente el régimen jurídico internacional de la inversión extranjera; y, por otro, analizar las principales novedades contenida en el nuevo instrumento legal.

Resumo: De maneira conjunta aos convênios multilaterais e bilaterais em matéria de promoção e proteção de investimentos, coexistem legislações nacionais que buscam oferecer ao investidor estrangeiro previsibilidade e segurança jurídica com o objetivo de atrair capital estrangeiro. Tendo em vista a recente promulgação e publicação da Lei venezuelana, este trabalho pretende, por um lado, examinar muito brevemente o regime jurídico internacional do investimento estrangeiro; e, por outro lado, analisar as principais novidades contidas no novo instrumento legal.

Palabras clave: Inversión extranjera, Ley de inversiones extranjeras, Venezuela, MERCOSUR

Palavras-chave: Investimento estrangeiro, Lei do investimento estrangeiro, Venezuela, MERCOSUL

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

En fechas recientes, el Ejecutivo Nacional promulgó el Decreto No. 1.438, de fecha 17 de noviembre de 2014, contenido del Decreto Ley con

* Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, España. Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela. Abogada por la Universidad del Zulia. Profesora de Derecho Internacional Privado, Derecho Comparado y Medios Alternos de Resolución de Conflictos en la Universidad Metropolitana. Caracas - Venezuela. E-mail: ivette.esis@gmail.com

Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras (en lo adelante, Ley de Inversiones Extranjeras o LIE)¹. Esta legislación se enmarca en el elenco de instrumentos legales promulgados por el Ejecutivo Nacional, con ocasión de la Ley Habilitante del año 2013, otorgada por el Poder Legislativo Nacional, con el propósito inicial de combatir la corrupción y defender la economía².

Esta Ley, como veremos a continuación, deroga las disposiciones de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999, promulgada por el Ejecutivo Nacional en el marco de la primera Ley Habilitante otorgada al entonces Presidente de la República³. La nueva legislación contempla una serie de disposiciones relativas a la calificación de inversión extranjera, el registro de dicha inversión ante autoridades competentes, el régimen de repatriación de capitales y el método de resolución de controversias, entre otros grandes aspectos.

A continuación, analizamos brevemente el contexto relativo al régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras y, de seguidas, las principales disposiciones de la legislación objeto de estudio de este trabajo.

2. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

La circulación transfronteriza de capitales foráneos se ha convertido, hoy día, en parte muy esencial de nuestra realidad cotidiana. Los inversionistas extranjeros, en aras de obtener lucrativos rendimientos, buscan nuevos mercados para dinamizar sus actividades en otras regiones del mundo. Los Estados receptores de dicha inversión ante la necesidad de generar empleo, aumentar la productividad, impulsar la transferencia de tecnología y mejorar el contexto socio económico de su población, compiten entre sí para ofrecer las mejores condiciones económicas y legales para atraer dichos capitales⁴. Este juego de intereses genera un importantísimo volumen de inversión extranjera en el mercado transfronterizo.

De acuerdo a las reglas de Derecho Internacional, los Estados en ejercicio de su soberanía no están obligados, en principio, a admitir

1 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.152 Ext., de fecha 18/11/2014.

2 Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.112 Ext., de fecha 19/11/2013.

3 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.390 Ext., de fecha 22/10/1999.

4 ESIS VILLARROEL, Ivette "Inversión Extranjera: Oportunidades y Desafíos para los países receptores". En: VALENÇA FERAZ, Carolina; SALOMÃO LEITE, Glauber; CECATO, Maria Áurea y NEWTON, Paulla da Costa (ed). *Direito e Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: Edit. Verbatim, 2013. p. 38.

cualquier tipo de inversión extranjera en su territorio. Les asiste el Derecho a excluirla, a imponer restricciones y a dictar normas que la regulen. Ahora bien, una vez que la admiten para atender sus necesidades socioeconómicas, les asiste el deber de garantizar al inversionista foráneo un tratamiento mínimo de garantías de protección de su inversión⁵.

En la actualidad, la regulación relativa a la promoción y protección de inversiones extranjera se enmarca en un amplio entramado de (i) convenios multilaterales; (ii) acuerdos bilaterales; y, en menor proporción (iii) legislaciones nacionales. Veamos a continuación algunos ejemplos.

2.1. Convenios Multilaterales y Bilaterales

El lugar común de los instrumentos legales de carácter convencional consiste en aglutinar las reglas básicas que garanticen previsibilidad y seguridad jurídica tanto a los inversionistas como a los Estados receptores. Sin embargo, debemos también destacar que este sistema de fuentes y, en particular, las internacionales, es muy amplio y se caracteriza por tener un carácter profundamente fragmentado (bilateral o multilateral), lo que incide en sus distintos ámbitos de vigencia y aplicación material.

Según estadísticas publicadas por la UNCTAD, se calcula la existencia de, al menos 3200 acuerdos de promoción y protección de inversiones concluidos entre distintos países. De esa cantidad, existen 2924 acuerdos bilaterales ratificados⁶. En paralelo a esta enorme red de acuerdos, también coexisten otros convenios multilaterales tales como Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁷, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN)⁸, el Tratado de la Carta de Energía (TCE)⁹, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-Dr)¹⁰, la Comunidad Andina de Naciones (CAN)¹¹ y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)¹², en los que igualmente se establecen una serie de reglas de protección de inversiones en sus respectivos ámbitos de aplicación regional.

5 DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 7; FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique. *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 9; FERNÁNDEZ RÓZAS, José Carlos. *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008. p. 40.

6 UNCTAD. *Towards a New Generation of International Investment Policies: UNCTAD's Fresh Approach to Multilateral Investment Policy-Making* [en línea]. [consultado: 25/01/2015]. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d6_en.pdf>.

7 Texto disponible en la página web: <<http://www.naftanow.org>> [consultado: 15/12/2014].

8 Texto disponible en: <<http://www.asean.org/>> [consultado: 15/12/2014].

9 Texto disponible en: <<http://www.encharter.org/>> [consultado: 15/12/2014].

10 Texto disponible en: <<http://www.caftaintelligencecenter.com>> [consultado: 15/12/2014].

11 Texto disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/>> [consultado: 15/12/2014].

12 Texto disponible en: <www.mercosur.int> [consultado: 15/12/2014].

En el marco de MERCOSUR, constituido entre Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y, más recientemente, Venezuela¹³, existen dos instrumentos importantes en materia de inversión foránea. Nos referimos a los Protocolos de Promoción y Protección de Inversiones de Colonia y Buenos Aires (para Estados partes y para Estados no partes, respectivamente)¹⁴, cuyo objetivo consiste en propiciar la inversión en la Región a través de la implementación de normas claras y uniformes en materia de flujo de capitales y mecanismos de resolución de controversias¹⁵.

Ambos instrumentos convencionales de carácter regional contienen una serie de garantías mínimas para los inversionistas foráneos en el mercado común, como el trato favorable, el principio de no discriminación, el trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad, no expropiación salvo por razones de utilidad pública, el Derecho a las transferencias de capital hacia el país de origen del inversor, entre otras¹⁶. A pesar de su importancia y propósito, no están aún en vigencia por la falta de ratificación, en cada caso, de algunos o varios países miembros¹⁷.

2.2. Legislaciones Nacionales

Junto a los convenios multilaterales y bilaterales existentes en materia de promoción y protección de inversiones foráneas, varios Estados han promulgado leyes especiales en esta materia. Dichas legislaciones tienen como objetivo, en su mayoría, incrementar la captación de capital foráneo para la diversificación y el mejoramiento de las condiciones socioeconómicas existentes en cada país, a través del establecimiento de un marco jurídico previsible¹⁸. En el ámbito de

13 Ley Aprobatoria del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR y sus Anexos: “Tratado de Asunción”, “Protocolo de Ouro Petro”, “Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del MERCOSUR” y la “Lista de Productos paraguayos y uruguayos que, conforme al artículo 5 del Protocolo, gozarán de desgravación total e inmediata por parte de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.482, de fecha 19/07/2006. La entrada efectiva de Venezuela al bloque se produjo años después.

14 Textos disponibles en: <<http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/mercosurprincipal.htm>> [consultado: 25/01/2015].

15 CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. “MERCOSUR e Inversiones Extranjeras. Una aproximación desde el Derecho Comparado y de la Integración”. En: *Ámbito Jurídico* [en línea]. 2011, vol 14, n° 84. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link_argios_leitura&revista_cderno=19> [consultado el 25/01/2015].

16 FRÍAS MILEO, María Lourdes. (2014), “Promoción y protección de la inversión en el MERCOSUR”. En: *Un Siglo de Historia y Derecho. 100 años del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez (TTP&N)*. Caracas: TTP&N y Universidad Católica Andrés Bello, 2014. p. 91-94.

17 Véase el estado de ratificaciones y vigencia de cada tratado en: <<http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/mercosurprincipal.htm>> y en <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=4827&site=1&channel=secretaria> [consultado: 25/01/2015].

18 HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. “Protección de inversiones en Venezuela”. En:

MERCOSUR, los países miembros contienen legislaciones en la materia. De ellas, analizamos las principales disposiciones de la novísima Ley de Inversiones de Venezuela.

3. NOVEDADES DE LA LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS DE VENEZUELA

De acuerdo a la Constitución de la República¹⁹, todas las personas naturales y jurídicas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en el texto constitucional y la legislación local²⁰. Asimismo, dispone que la inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones y requerimientos establecidos para la inversión nacional²¹.

La Ley de Inversiones Extranjeras, tal como mencionamos al comienzo de este Trabajo, derogó las previsiones de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y su Reglamento. En términos generales, destacamos varias modificaciones contenidas en el nuevo instrumento legal:

(i) En primer lugar, suprime el artículo referido a la aplicación de la normativa de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)²² y, en particular, nos referimos a la Decisión 291 sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías y a la Decisión 292 relativa al Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas y su regulación especial²³.

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. p. 270. (DeCITA 03.2005).

19 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinaria, de fecha 24/03/2000, texto disponible en <http://www.ciemi.org.ve/pdf/constitucion_venezuela.pdf>.

20 Artículo 112 de la Constitución de la República: “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

21 Artículo 301 de la Constitución de la República: “El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional”.

22 Artículo 4 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999: “Las inversiones extranjeras directas, las inversiones subregionales, las inversiones de capital neutro y las inversiones de las Empresas Multinacionales Andinas en Venezuela continuarán sujetas a las Decisiones pertinentes de la Comunidad Andina de Naciones y a sus normas reglamentarias, incluidas las que se refieren al registro de tales inversiones. Esas inversiones disfrutarán también de la protección establecida por el presente Decreto-Ley y podrán disfrutar de los beneficios e incentivos que el mismo contempla, dentro de los límites que al efecto él establece”.

23 Véase el texto de las Decisiones 291 y 292 en <<http://www.comunidadandina.org/>>

Era previsible tal eliminación vista la salida de la CAN por parte de la República, al denunciar el Acuerdo de Cartagena en el año 2006.

(ii) En segundo lugar, elimina todo el capítulo referido al tratamiento de la inversión extranjera en Venezuela contemplado en el instrumento legal derogado y contenido del catálogo de garantías mínimas ofrecidas por la República a los inversionistas foráneos²⁴.

Normativa.aspx?GruDoc=07> [consultado: 31/01/2015]

24 Capítulo II, Tratamiento a la Inversión en Venezuela: “Artículo 6. Las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación. Artículo 7. Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto-Ley. Parágrafo Primero: Mediante Ley, podrán reservarse determinados sectores de la actividad económica, al Estado o a inversionistas venezolanos. Lo previsto en este Decreto-Ley no afecta las reservas existentes para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto-Ley.

Parágrafo Segundo: Las inversiones internacionales no requerirán de autorización previa para realizarse, excepto en los casos en que la ley expresamente así lo indique. Artículo 8. No se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales.

Parágrafo Único: Lo previsto en este artículo no será obstáculo para que puedan establecerse y mantenerse tratos más favorables en beneficio de inversiones e inversionistas de países con los que Venezuela mantenga acuerdos de integración económica, acuerdos para evitar la doble tributación o, en general, acuerdos relativos total o parcialmente a cuestiones impositivas.

Artículo 9. Las inversiones y los inversionistas internacionales, tendrán derecho al trato más favorable conforme a lo previsto en los artículos 7° y 8° de este Decreto-Ley.

Artículo 10. Las inversiones y los inversionistas venezolanos tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacionales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares.

Artículo 11. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y adecuada. La indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenga inmediatamente antes del momento en que la expropiación sea anunciada por los mecanismos legales o hecha del conocimiento público, lo que suceda antes. La indemnización, que incluirá el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se abonará sin demora.

Parágrafo Único: Las indemnizaciones a que haya lugar con motivo de expropiaciones de inversiones internacionales serán abonadas en moneda convertible y serán libremente transferibles al exterior.

Artículo 12. Las inversiones internacionales y en su caso, los inversionistas internacionales, tendrán derecho, previo cumplimiento de la normativa interna y al pago de los tributos a los que hubiere lugar a la transferencia de todos los pagos relacionados con las inversiones, tales como el capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión; los beneficios, utilidades, rentas, intereses y dividendos; los fondos necesarios para el servicio y pagos de los créditos internacionales vinculados a una inversión; las regalías y otros pagos relativos al valor y la remuneración de los derechos de propiedad intelectual; las indemnizaciones a que se refiere el artículo 11°; el producto de la venta o liquidación total o parcial, de una inversión y los pagos resultantes de la solución de controversias. Las transferencias se efectuarán sin demora, en moneda convertible, al tipo de cambio vigente el día de la transferencia de conformidad con la reglamentaciones de cambio

(iii) En tercer lugar, suprime la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEEX), ente gubernamental que hasta los momentos estaba facultado para registrar y calificar las inversiones efectuadas en el país. Sus funciones las asume ahora el Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX).

(iv) En cuarto lugar, modifica el régimen de resolución de controversias.

De seguidas, revisamos los aspectos más resaltantes de la nueva Ley.

3.1. Objetivo

El instrumento legal tiene como propósito, de acuerdo al artículo 1,

... establecer los principios, políticas y procedimientos que regulan al inversionista y las inversiones extranjeras productivas de bienes y servicios en cualquiera de sus categorías, a los fines de alcanzar el desarrollo armónico y sustentable de la Nación, promoviendo un aporte productivo y diverso de origen extranjero que contribuya a desarrollar las potencialidades productivas existentes en el país, de conformidad con la Constitución (...) de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y el Plan de la Patria, a los fines de consolidar un marco que promueva,

en vigor para ese momento. Lo previsto en el presente artículo no será obstáculo para la aplicación de medidas, previstas en la ley, administrativas o judiciales para la protección de los derechos de los acreedores o en el curso de procesos que se ventilen ante los Tribunales de la República.

Parágrafo Primero: Podrán limitarse temporalmente las transferencias en forma equitativa y no discriminatoria, de conformidad con los criterios internacionalmente aceptados, cuando debido a una situación extraordinaria de carácter económico y financiero, la aplicación de lo previsto en este artículo resulte o pueda resultar en un grave trastorno de la balanza de pagos o de las reservas monetarias internacionales del país, que no sea posible solucionar adecuadamente mediante alguna medida alternativa. En estos casos, la medida que imponga la limitación deberá evitar todo daño innecesario a los intereses económicos, comerciales y financieros de las inversiones internacionales y de los inversionistas internacionales; y deberá ser liberada en la medida en que se corrija la situación extraordinaria que le hubiere dado origen y en consecuencia, disminuyan o se eliminen los graves trastornos de la balanza de pagos o de las reservas monetarias del país, o la amenaza de tales trastornos, según sea el caso.

Parágrafo Segundo: En los casos de conversión de deuda externa en inversión, las remisiones quedarán sujetas a los plazos y condiciones establecidas en la normativa rectora de esa modalidad de inversión.

Artículo 13. Las administraciones estatales y municipales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, procurarán que sus impuestos, tasas y tributos a las actividades de industria y comercio no atenten contra las inversiones en términos de ser confiscatorios, ni obstaculicen el normal desarrollo de las mismas.

Artículo 14. Con sujeción a las leyes, reglamentos y políticas relativas a la entrada y permanencia de extranjeros en el país, se permitirá el ingreso temporal al país a personas que le presten sus servicios a la empresa en la cual se ha realizado la inversión, o a su matriz, su filial o subsidiaria, empleadas en funciones administrativas o ejecutivas, o involucradas en actividades que impliquen conocimientos especializados indispensables para el normal desenvolvimiento de la inversión, quedando a salvo las limitaciones establecidas en la legalización laboral”.

favorezca y otorgue previsible a la inversión” (subrayado nuestro).

La Ley califica o define qué se entiende por el término inversión o inversión extranjera, como veremos unas líneas más adelante, pero no califica qué se considera como “inversión extranjera productiva”. Consideramos que su definición o concepto quedará a discreción de las autoridades competentes.

3.2. Ámbito de aplicación personal

Se consideran sujetos a la aplicación de la Ley, de acuerdo al artículo 4,

a) las empresas extranjeras y sus filiales, subsidiarias o vinculadas, regidas o no por Convenios y Tratados Internacionales; así como otras formas de organización extranjeras con fines económicos y productivos que realicen inversiones en el territorio nacional;

b) las denominadas *Empresas Gran Nacionales*²⁵, cuyos objetivos y funcionamiento están sujetos a un plan estratégico de dos o más Estados, que garanticen el protagonismo del poder popular ejecutando inversiones de interés mutuo a través de empresas públicas, mixtas, formas cooperativas y proyectos de administración conjunta;

c) las empresas nacionales (privadas, públicas y mixtas) y sus filiales, subsidiarias o vinculadas, regidas o no por Convenios y Tratados Internacionales y las demás organizaciones con fines económicos y productivos receptoras de Inversión Extranjera;

d) las personas naturales, nacionales o extranjeras, domiciliadas en el extranjero, que realicen inversiones extranjeras en el territorio nacional; y,

e) las personas naturales extranjeras residentes en el país que realicen inversiones extranjeras.

3.3. Calificaciones

La Ley de Inversiones Extranjeras muestra un elenco de definiciones en su artículo 6. De seguidas revisamos las más importantes:

a) *Inversión*: corresponde a los recursos obtenidos lícitamente y destinados por un inversionista nacional o extranjero a la producción, de bienes y servicios que incorporen materias primas o productos intermedios con énfasis en aquellos de origen o fabricación nacional, en las proporciones y condiciones establecidas la Ley, que contribuyan a la

²⁵ De acuerdo al artículo 6.10 de la Ley, una *empresa gran nacional* es una sociedad mercantil cuyo objetivo y funcionamiento están sujetos a un plan estratégico de dos o más Estados, en la ejecución de inversiones de interés mutuo a través de empresas públicas, mixtas, formas cooperativas y proyectos de administración conjunta.

creación de empleos, promoción de la pequeña y mediana industria, y al desarrollo de innovación productiva.

b) Inversión Nacional: es aquella realizada por el Estado venezolano, las personas naturales o jurídicas nacionales y las realizadas por los ciudadanos extranjeros que obtengan la Credencial de Inversionista Nacional. Esta credencial la otorga el CENCOEX.

c) Inversión Extranjera: Es la inversión productiva efectuada a través de los aportes realizados por los inversionistas extranjeros conformados por recursos tangibles e intangibles, destinados a formar parte del patrimonio de los sujetos receptores de inversión extranjera en el territorio nacional.

Estos aportes pueden ser: *(i)* inversión financiera en divisas y/o cualquier otro medio de cambio o compensación instituido en el marco de la integración latinoamericana y caribeña; *(ii)* bienes de capital físicos o tangibles que formen parte del proceso productivo del sujeto receptor de la inversión; *(iii)* bienes inmateriales o intangibles constituidos por marcas comerciales, marcas de producto, patentes de invención, modelos de utilidad, diseños o dibujos industriales y derechos de autor, así como todos los derechos de propiedad industrial e intelectual consagrados en la Constitución y las Leyes.

Es importante destacar que la propia Ley indica que los aportes intangibles serán considerados como inversión extranjera cuando la cesión se realice entre empresas que no se encuentren directa o indirectamente vinculadas entre sí, previo registro del contrato de cesión ante el órgano nacional competente en materia de propiedad intelectual, denominado Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI); y, además, que la cesión de derechos involucre la transferencia efectiva al sujeto receptor de la inversión de la propiedad de los bienes cedidos; y, finalmente, *(iv)* reinversiones, constituida por las utilidades o dividendos no distribuidos de una inversión extranjera.

d) Inversionista Extranjero: La persona natural o jurídica extranjera que realice una inversión registrada ante el CENCOEX. La Ley expresamente indica que no califica como tal una persona natural o jurídica venezolana que, directamente o por interpuestas personas, figure como accionista de empresas extranjeras. Nos resulta contradictoria esta definición, toda vez que la Ley aplica para las personas naturales venezolanas con domicilio fuera de la República y que realizan inversiones extranjeras en el territorio nacional

e) Inversionista Nacional: Se considera inversionista nacional al Estado, a las personas naturales o jurídicas nacionales y al titular de la Credencial de Inversionista Nacional otorgada por el CENCOEX.

f) Empresa Nacional Receptora de Inversión Extranjera: Las sociedades mercantiles, cooperativas, empresas de propiedad social y otras formas de organización económica productiva definidas por la

legislación nacional, cuyo capital social pertenezca mayoritariamente a inversionistas nacionales, en cincuenta y uno por ciento (51%) o más, y sea calificada como tal por el CENCOEX.

g) *Empresa Extranjera*: Corresponde a las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca en cincuenta y uno por ciento (51%) o más a inversionistas extranjeros, y sea calificada como tal por el CENCOEX.

3.4. Constitución y permanencia de la Inversión Extranjera

Como regla general, los artículos 20 y 21 de la Ley de Inversiones Extranjeras indican que la inversión foránea puede establecerse en cualquier área de la economía conforme al orden jurídico local, a excepción de ciertos sectores reservados (como, por ejemplo, petróleo, gas, minería, banca y seguros) regulados por legislación especial y que permiten el aporte de capital extranjero bajo estándares distintos a la Ley²⁶. De acuerdo a las nuevas disposiciones de este instrumento legal, el valor constitutivo de la inversión foránea debe representarse en activos, que se encuentren en el país, compuestos por equipos, insumos y otros bienes tangibles para el inicio de operaciones productivas en, al menos, 75% del monto total de la inversión.

A los fines de obtener el Registro de Inversión Extranjera ante las autoridades competentes (CENCOEX), se requiere que los aportes de la inversión sean por un monto mínimo equivalente a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (USD 1.000.000,00) o su equivalente en otras divisas. Al tratarse de aportes en divisas libremente convertibles, el valor de la inversión se determinará conforme a la tasa de cambio oficial vigente al momento en que se hubiere efectuado la operación cambiaria y serán contabilizados con la presentación de los comprobantes emitidos por el CENCOEX. Debe también inscribirse en

26 A modo ilustrativo, citamos dos ejemplos: (i) el primero de ellos corresponde a la *Ley Orgánica de Hidrocarburos* (2006) que permite la constitución, bajo las condiciones que en cada caso especial se prevea, de empresas mixtas para el desarrollo de las *actividades primarias* (exploración, explotación, recolección, transporte y almacenamiento inicial de hidrocarburos) en las cuales la República detenta más del 50% del capital social y permite la participación en menor proporción de inversión privada (local o extranjera). Para el caso de las denominadas *actividades industriales* (vale decir, separación, destilación, purificación; conversión, mezcla y transformación de hidrocarburos), pueden participar empresas mixtas con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción y también por empresas privadas. Y, para el supuesto de las *actividades de comercialización*, si se trata de productos distintos a hidrocarburos naturales o sus derivados, podrían participar empresas mixtas (con participación pública o privada) o empresas privadas. (ii) El segundo ejemplo lo constituye la nueva *Ley de Instituciones del Sector Bancario* (2014), promulgada también en el marco de la Ley Habilitante. Esta legislación impide que una persona jurídica constituida en un país de baja imposición fiscal sea accionista de una institución bancaria. Y, expresa que la participación de la inversión foránea en la actividad bancaria local puede efectuarse mediante (a) la adquisición de acciones en las instituciones existentes, (b) a través del establecimiento de bancos propiedad de inversores extranjeros, o (c) de sucursales de instituciones bancarias extranjeras.

dicho registro las reinversiones y los aumentos de capital.

La inversión extranjera deberá permanecer en el territorio de la República, de acuerdo al artículo 29 de la Ley, por un lapso mínimo de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que haya sido otorgado el Registro. Una vez se cumpla este plazo, los inversionistas podrán, previo pago de los tributos y otros pasivos, realizar remesas al extranjero por concepto del capital originalmente invertido, registrado y actualizado.

De acuerdo a la Ley, toda inversión extranjera debe (i) contribuir con la producción de bienes y servicios nacionales, con el desarrollo económico nacional y la investigación e innovación en el país; (ii) establecer relaciones con Universidades e instituciones de investigación; (iii) implementar programas de responsabilidad social; (iv) canalizar los recursos a través del sistema financiero nacional; (v) cumplir con los contratos de crédito externo e interno; y, (vi) cumplir con la normativa local.

3.5. Condiciones favorables a la Inversión

El Ejecutivo Nacional puede establecer, conforme a los artículos 29 y 30 de la Ley, condiciones favorables, beneficios o incentivos particulares para la promoción y el estímulo de la Inversión extranjera. Consagra que el tratamiento a la inversión está sujeto a reglas de previsibilidad y seguridad jurídica, asegurando igualdad entre nacionales y extranjeros.

Vale destacar que estas previsiones también estaban contenidas en la derogada Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y aún se mantienen las garantías contenidas en los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones ratificados por la República. Sin embargo, tal como mencionamos al principio de este aparte, la nueva Ley eliminó todo el capítulo referido al tratamiento de la inversión extranjera tales como el Derecho al trato justo y equitativo conforme a las normas de Derecho Internacional; a la no discriminación en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales; al trato más favorable; a la no expropiación, salvo que se realice por causa pública o interés social con su correspondiente compensación); y, a la celebración de contratos de estabilidad jurídica, entre otras garantías²⁷.

Es importante destacar que parte de dichas garantías y principios están contenidos en la Constitución Nacional cuyas disposiciones establecen el principio de libertad económica (artículo 112), el derecho a la propiedad, únicamente limitado en los casos de expropiaciones por causa pública o interés social, o en supuestos de confiscación por

27 HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio y ESIS VILLARROEL, Ivette. "Capítulo XXIII Venezuela". En: BARONA VILAR, Silvia; ESPLUGUES MOTA, Carlos y ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana (ed). *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación presente y tendencias de futuro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 739-740.

corrupción o por vinculación a actividades ilícitas (artículo 115)²⁸; principio de no discriminación y trato favorable (artículo 301)²⁹. Sin embargo, la exclusión en la nueva Ley del Capítulo del tratamiento a la inversión foránea constituye un retroceso a los pasos dados por la legislación de 1999 de brindar tratamiento legal y expreso a las garantías mínimas que la República se compromete a cumplir con los inversionistas extranjeros.

3.6. Distribución, remesas, reinversión de utilidades o dividendos

Las personas jurídicas, de acuerdo a los artículos 32 y siguientes de la Ley, pueden distribuir y pagar a sus inversionistas extranjeros en Venezuela y en moneda de curso legal, todo o parte de las utilidades netas al cierre de cada ejercicio económico. Éstos, a su vez, pueden remitir al exterior anualmente y a partir del cierre del primer ejercicio económico, hasta el ochenta por ciento (80%) de las utilidades o dividendos comprobados que provengan de su inversión extranjera, registrada y actualizada en divisas libremente convertibles, previo cumplimiento del objeto de la inversión.

Los inversionistas extranjeros tienen también: (i) derecho a reinvertir total o parcialmente las utilidades obtenidas en moneda nacional, a los fines de ser consideradas como inversión extranjera, siempre que se notifique al CENCOEX y sea registrada esta modalidad ante dicho organismo; (ii) derecho a remesar al país de origen, total o parcialmente, los ingresos monetarios que obtengan producto de la venta dentro del territorio nacional de sus acciones o inversión, así como los montos provenientes de la reducción de capital, previo pago de los tributos correspondientes, cumplimiento del tiempo mínimo de permanencia de la inversión y los deberes establecidos por la normativa local. Es importante destacar que, en los supuestos de liquidación de la empresa, el Derecho a las remesas al exterior se limita hasta el ochenta y cinco por ciento (85%) sobre el monto total de la inversión

28 Artículos 115 y 116 de la Constitución de la República: Artículo 115. “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

Artículo 116: “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

29 HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio y ESIS VILLARROEL, Ivette. Op. cit. p. 740.

extranjera; y, (iii) para los casos de liquidación de la empresa receptora de la inversión foránea, el Derecho a transferir al país de origen de la inversión, siempre que tal liquidación sea producto de la venta de la empresa a inversionistas nacionales y se compruebe el funcionamiento de las operaciones por parte del CENCOEX.

3.7. Registro de la Inversión Extranjera

Los inversionistas deben contar con un registro de inversión extranjera, acreditado ante el CENCOEX. Este registro constituye un instrumento por el cual se acredita a la persona jurídica (la Ley no indica sobre las personas naturales), su condición como inversionista extranjero y le garantiza los beneficios de la Ley. Asimismo, las sociedades nacionales en su condición de receptoras de inversión extranjera, deben contar con un certificado de calificación de empresa, de manera que pueda ser acreditada como empresa nacional receptora, empresa extranjera o empresa gran nacional. Los requisitos no están contemplados en la legislación, pero se espera a la promulgación del Reglamento de la Ley para conocer los trámites a seguir.

Debe también registrarse y notificar al CENCOEX las actividades de las actividades desarrolladas con posterioridad al registro de la inversión foránea inicial, así como la reducción del capital social de las empresas receptoras de la inversión, de forma tal que el organismo emita una actualización de la calificación de la empresa y el registro de inversión extranjera.

3.8. Autoridades Competentes

El nuevo instrumento legal determina una serie de autoridades del Ejecutivo Nacional a los fines de garantizar el cumplimiento de la Ley. Así las cosas, corresponde al Ministerio con competencia en materia de comercio el dictamen de las políticas en materia de inversiones extranjeras; y, corresponde al Ministerio con competencia en materia de finanzas la facultad de sancionar a los sujetos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley³⁰.

Se suprime la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX) como órgano rector en la materia y, ahora, sus funciones (determinación de criterios, dictamen de normativa especial, procedimientos y registros) se atribuyen al CENCOEX, ente creado a finales de 2013 y que también ha absorbido, en el transcurso del tiempo, la competencia para

³⁰ De acuerdo al artículo 47 de la Ley, las multas pueden oscilar entre 1000 y 100.000 Unidades Tributarias (UT). Cada Unidad Tributaria equivale a 150 Bolívares para la fecha de redacción de este trabajo. Estas multas, convertibles al tipo de cambio oficial vigente (6,3 Bs/USD) equivalen a más de 20.000 USD.

instrumentar el régimen de control cambiario en el país³¹. En este orden de ideas, la propia Ley impone un lapso de 6 meses contados a partir de su publicación en Gaceta Oficial, para que el mencionado organismo dicte un Reglamento sobre las transferencias al exterior "... a los efectos de desarrollar el contenido en materia cambiaria" (Disposición Transitoria Segunda).

Junto al CENCOEX, se mantiene la competencia atribuida a varias autoridades (Ministerios y Superintendencias) relativas a los ámbitos de petróleo y minas, banca y seguros, tal como lo establecía la derogada Ley de 1999, quienes tienen la facultad de analizar, estudiar y emitir el Registro de Inversión Extranjera y sus actualizaciones, la emisión de la Constancia de Calificación de Empresas, el registro de contratos de transferencia tecnológica y efectuar las fiscalizaciones correspondientes. La nueva Ley establece un lapso de 6 meses para la adecuación de sus normas y procedimientos correspondiente de todas estas instancias.

Un aspecto que ha llamado la atención de la nueva Ley en su artículo 19 corresponde a las competencias adicionales que se atribuyen al Presidente del CENCOEX, dado que no sólo le corresponde ejercer la representación legal de dicho organismo, dirigir la administración interna del mismo y dictar las providencias a que haya lugar, sino que, además, puede emitir opinión sobre la suscripción o la denuncia de convenios y tratados internacionales en materia de inversión extranjera.

También se advierte respecto a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley que exige que todo acuerdo marco de inversión o acuerdo comercial internacional en materia de inversión que suscriba y renegocie la República, debe fundamentarse en las disposiciones de la Ley. Podríamos considerar que esta previsión obedece al importante número de arbitrajes que ha enfrentado la República, durante los últimos años, ante los reclamos de inversionistas extranjeros ventilados

31 Publicada la Ley de su creación en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.116 Extraordinario, de fecha viernes 29 de noviembre de 2013. El artículo 11 de la LIE indica las distintas funciones del CENCOEX: Colaborar con el Ejecutivo Nacional en la elaboración del Plan Anual de Promoción de Inversiones; Promover, fomentar y estimular las inversiones extranjeras y la transferencia tecnológica, en las áreas económicas y ámbitos territoriales de interés para el país en articulación con otros órganos del Ejecutivo Nacional; Autorizar y recomendar el direccionamiento de las inversiones extranjeras y la transferencia tecnológica, en las áreas económicas y ámbitos territoriales de interés para el país en articulación con otros órganos del Ejecutivo Nacional; Aprobar, rechazar, emitir, actualizar, renovar y revisar periódicamente la constancia de calificación de empresas, la credencial de inversionista nacional; el registro de las inversiones extranjeras y sus respectivas actualizaciones; los contratos de transferencia tecnológica; Sustanciar y decidir los procedimientos administrativos que dicten medidas preventivas; Fiscalizar las inversiones extranjeras y los contratos de transferencia tecnológica y asistencia técnica; Aprobar o negar la remisión de capitales, la solicitud de autorización de transferencia al extranjero de la propiedad sobre bienes de capital tangible e intangible, que se realice mediante operaciones financieras; Recaudar las tasas por los servicios prestados, procesamiento de documentos, las multas impuestas y demás derechos que le correspondan; Sustanciar procedimientos administrativos de carácter sancionatorio, entre otras.

en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI). Sin embargo, pensamos también que todo acuerdo bilateral o multilateral que se suscriba en esta materia debe atender a las disposiciones constitucionales, tanto en el ámbito de la protección internacional de inversiones foráneas como en materia de integración regional³²; y, a las mejores prácticas y condiciones que favorezcan a los Estados contratantes involucrados.

3.9. Resolución de Controversias

Se trata, sin duda, de una de las más resaltantes modificaciones de la Ley de Inversiones Extranjeras. La legislación derogada de 1999, contemplaba tres disposiciones en materia de resolución de controversias, mientras que la nueva sólo contempla un artículo al respecto.

Ley derogada

Artículo 21. Cualquier controversia que surja entre el Estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática. Si no se llegase a un acuerdo dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, el Estado venezolano propiciará el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos serán acordados por el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias. Artículo 22. Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en

32 Artículo 153 de la Constitución de la República: “La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”.

los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.

Artículo 23. Cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación del presente Decreto-Ley, una vez agotada la vía administrativa por el inversionista, podrá ser sometida a los Tribunales Nacionales o a los Tribunales Arbitrales venezolanos, a su elección.

Ley vigente

Artículo 5. Las inversiones extranjeras quedarán sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. La República Bolivariana de Venezuela podrá participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe.

Como podemos observar, la ley derogada contemplaba tres mecanismos:

a) El primero, artículo 21, relativo a las controversias suscitadas entre el Estado venezolano y el Estado de origen del inversionista con el cual la República no tenga vigente un tratado o acuerdo en materia de inversión. En este supuesto, la resolución del problema se tramitaba por vía diplomática. Si en el lapso de 6 meses no era resuelto, el Estado venezolano podía iniciar un proceso arbitral.

b) El segundo, artículo 22, relacionado con las disputas entre inversionistas foráneos y la República, contenía tres premisas: (i) si existía un acuerdo bilateral en materia de promoción y protección de inversiones entre la República y el Estado del cual el inversionista foráneo es nacional, el problema sería sometido a arbitraje conforme a la cláusula establecida en dicho convenio; (ii) si en la controversia aplicaba el OMGI-MIGA, ésta debía resolverse conforme a los términos de resolución de conflictos en él contenido; y, (iii) si además resultaba aplicable el Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la disputa sería resuelta ante el CIADI.

La particular redacción de esta disposición permitía calificar al instrumento legal derogado como una categoría de legislaciones que, en materia de promoción y protección de inversiones, determinan en forma ambigua como medio de resolución de conflictos el arbitraje de inversión. Esto obedece a que si bien expresamente la disposición lo refiere, se requiere también de una nueva acción del Estado receptor para establecerlo, dado que el consentimiento estatal no es automático³³. Su ambigüedad permitía dos interpretaciones potenciales: la primera,

33 DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Op. cit. p. 242.

que sí establecía el consentimiento expreso del Estado venezolano de someterse al arbitraje de inversiones; y, la segunda: que sólo podría estar involucrado en un arbitraje de inversión si así lo establece el acuerdo multilateral o bilateral que la República haya ratificado³⁴. Su redacción dejó lugar a muchas dudas, por lo que la doctrina advirtió sobre los riesgos de su interpretación³⁵. La práctica arbitral, hasta los momentos, ha dado la razón a la segunda posición³⁶.

c) El tercero, artículo 23, para el supuesto de no existencia de un acuerdo sobre promoción y protección de inversiones entre la República y el Estado del cual es nacional el inversionista, la controversia sería resuelta bien ante los tribunales nacionales o bien ante los tribunales arbitrales venezolanos.

La nueva Ley, como indicamos, derogó las tres disposiciones en materia de solución de controversias existentes y ahora dispone que las inversiones quedan sujetas a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, de acuerdo a la Constitución y las leyes. Y, agrega que la República puede participar y utilizar otros mecanismos de resolución de controversias dispuestos en el marco de la integración latinoamericana y caribeña.

Podemos inferir de su redacción varias cuestiones:

a) Las controversias suscitadas entre el Estado venezolano y el Estado del cual es nacional el inversionista serán resueltas por vía diplomática y, de no llegar a un acuerdo, se someterán a los mecanismos contenidos en los Tratados suscritos y ratificados por ambos en la materia.

En el ámbito de MERCOSUR y, en particular, de acuerdo al Protocolo de Olivos, las diferencias suscitadas entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o cumplimiento de las normas del Tratado de Asunción y sus Acuerdos, el Protocolo de Ouro Preto, así como las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio de MERCOSUR, se resolverán conforme a los mecanismos contenidos en dicho Protocolo³⁷:

(i) Negociación directa;

34 HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio y ESIS VILLARROEL, Ivette. Op. cit. p. 742.

35 DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah y SABAH, Borzu. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 232-233. Véase también SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta, REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony. *The ICSID Convention. A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 363.

36 *Brandes Investment Partners, L.P. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso No. ARB/08/03, Laudo sobre jurisdicción de fecha 02/08/2011. Texto disponible en: <http://www.italaw.net> [Consultado el 15/12/2014]; *Cemex Caracas Investments B.V y Cemex Caracas II Investments, B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso No. ARB/08/15, Laudo sobre jurisdicción de fecha 30/12/2010. Texto disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ FrontServlet> [consultado: 15/12/2014].

37 Véanse artículos 1, 4, 5 y siguientes del Protocolo de Olivos, texto disponible en: <http://www.mercosur.int> [consultado: 15/01/2015].

(ii) De no llegar a ningún acuerdo, el Estado reclamante puede optar entre iniciar un procedimiento arbitral ad hoc; o, de común acuerdo con el otro Estado, someterla a la consideración del Grupo Mercado Común.

(iii) Contra el laudo arbitral dictado en el mencionado procedimiento arbitral puede presentarse un recurso de revisión ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), limitado a los asuntos de Derecho conocidos durante el litigio y a las interpretaciones jurídicas contenidas en el mencionado laudo.

(iv) Pueden las partes iniciar el procedimiento arbitral ad hoc ante el TPR en forma directa, supuesto en el cual los laudos dictados tienen el carácter de cosa juzgada, son obligatorios para los Estados Partes y no están sujetos a recurso de revisión.

b) Las disputas suscitadas entre Venezuela y un inversionista foráneo serán resueltas conforme a distintos mecanismos:

(i) De acuerdo a la cláusula de solución de controversias prevista en el convenio o acuerdo en materia de promoción y protección de inversiones entre Venezuela y el país de origen del inversionista;

(ii) Conforme a la cláusula de resolución de controversias que, en la materia, contenga la normativa en materia de integración latinoamericana o caribeña. En el ámbito de MERCOSUR y de acuerdo al Protocolo de Olivos, los particulares pueden efectuar reclamos derivados de la sanción o la aplicación de medidas discriminatorias, restrictivas o de competencia desleal por parte de un Estado Parte, en violación de la normativa del bloque regional, ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o sede de sus negocios³⁸. Admitido el reclamo, la Sección debe efectuar consultas con la otra Sección Nacional del Estado Parte involucrado para llegar un acuerdo. De no obtenerlo, la Sección debe elevarlo al Grupo Mercado Común, quien a su vez admitirá el reclamo si considera que reúne los requisitos y convoca a un Grupo de Expertos. El Grupo de Expertos tomará una decisión respecto a la procedencia o no del reclamo. De considerarlo procedente, requerirá al Estado Parte el dictamen de las medidas correctivas o la anulación de las medidas acordadas contra el particular. De no considerarlo procedente, se da por concluido el procedimiento. Sin embargo, ello no obsta al Estado Parte reclamante a iniciar los mecanismos de resolución de controversias indicados en el literal a.

38 Al respecto, se considera que el Derecho al reclamo por parte de los particulares es bastante limitado, toda vez que no reconoce un verdadero *ius standi* a la persona natural o jurídica en los mecanismos de resolución de controversias mencionados. Véase al respecto, BOU FRANCH, Valentín. "La Solución de Controversias en el MERCOSUR". En: PIMENTEL, Luis Otávio; ESPLUGUES MOTA, Carlos y BARRAL, Welber (eds) *Direito Internacional Privado: União Européia e Mercosul*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 218.

(iii) Para el supuesto en el cual no exista un convenio internacional en la materia entre Venezuela y el país de origen del inversionista, la disputa será resuelta ante los Tribunales venezolanos.

CONCLUSIONES

a) El régimen jurídico internacional de protección de inversiones extranjeras comprende un importante número de instrumentos convencionales de carácter multilateral y bilateral así como de legislaciones nacionales, cuyo propósito común consiste en fomentar las condiciones legales propicias para la inversión foránea en el mercado transfronterizo.

b) Los Estados tienen el derecho a determinar y controlar cómo se desarrollará la inversión extranjera en su territorio y, al mismo tiempo, les asiste el deber de ofrecer y mantener las garantías mínimas a los inversores foráneos y a las inversiones que admitan.

c) La nueva Ley de Inversiones Foráneas de Venezuela contiene una serie de requisitos para aceptar la inversión extranjera e impone una serie de obligaciones que deben cumplir los inversionistas (permanencia, cuantía y contribución al desarrollo socioeconómico del país). Sin embargo, derogó todo el capítulo referido al tratamiento de la inversión extranjera en Venezuela contemplado en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999, contenido del catálogo de garantías mínimas ofrecidas por la República a los inversionistas foráneos. Si bien el texto constitucional venezolano las enumera en forma genérica, esta eliminación constituye un retroceso a los pasos dados por la legislación anterior de ofrecer un instrumento legal expreso respecto al tratamiento de las mismas.

d) El CENCOEX es el nuevo órgano rector en materia de inversión extranjera, además de su competencia respecto al régimen cambiario desde el año 2013. Dicho ente tiene un lapso de 6 meses para dictar una serie de normas y resoluciones para instrumentar las nuevas reglas relativas a las transferencias de capital al exterior y los cambios a que refiere esta Ley.

e) Si bien la Ley de Inversiones Extranjeras dispone que todo nuevo acuerdo multilateral o bilateral que suscriba la República se debe fundamentar en sus disposiciones, la negociación de los tratados no puede atender únicamente a ello, sino también a la Constitución Nacional (en particular, las normas relativas protección internacional de inversiones foráneas como en materia de integración regional) y, a las mejores prácticas y condiciones que favorezcan a los Estados involucrados.

f) Finalmente, la nueva Ley derogó las tres disposiciones que, en materia de solución de controversias, existían hasta la fecha. Los

mecanismos de resolución de disputas contenidos en los tratados y acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones ratificados por la República se mantienen. E igualmente, pueden utilizarse los mecanismos de los tratados de integración latinoamericana y caribeña, siempre que se cumplan los requisitos contenidos en ellos. Si no media ningún instrumento de carácter convencional entre las partes involucradas, el inversionista debe acudir ante los órganos jurisdiccionales venezolanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOU FRANCH, Valentín. “La Solución de Controversias en el MERCOSUR”. En: PIMENTEL, Luis Otávio; ESPLUGUES MOTA, Carlos y BARRAL, Welber (eds). *Direito Internacional Privado: União Européia e Mercosul*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 181-223.
- CASTILLO ARGANARÁS, Luís Fernando. “MERCOSUR e Inversiones Extranjeras. Una aproximación desde el Derecho Comparado y de la Integración”. En: *Âmbito Jurídico* [en línea]. 2011, vol 14 , n° 84 [consultado el 25/01/2015]. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site?n_link_argios_leitura&revista_cderno=19>.
- DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RÜBINS, Noah y SABAHI, Borzu. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2008.
- ESIS VILLARROEL, Ivette “Inversión Extranjera: Oportunidades y Desafíos para los países receptores”. En: VALENÇA FERRAZ, Carolina; SALOMÃO LEITE, Glauber; CECATO, Maria Áurea y NEWTON, Paulla da Costa (ed). *Direito e Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: Edit. Verbatim, 2013. p. 37-49.
- FERNÁNDEZ MASÍÁ, Enrique. *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008.
- FRÍAS MILEO, María Lourdes. “Promoción y protección de la inversión en el MERCOSUR”. En: *Un Siglo de Historia y Derecho. 100 años del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez (TTP&N)*. Caracas: TTP&N y Universidad Católica Andrés Bello, 2014. p. 77-108.
- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio y ESIS VILLARROEL, Ivette. “Capítulo XXIII Venezuela”. En: BARONA VILAR, Silvia; ESPLUGUES MOTA, Carlos y ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana (ed). *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación presente y tendencias de futuro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 719-748.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. “Protección de inversiones en Venezuela”. En: DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. p. 270. (DeCITA 03.2005).

SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta, REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony. *The ICSID Convention. A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

UNCTAD. *Towards a New Generation of International Investment Policies: UNCTAD's Fresh Approach to Multilateral Investment Policy-Making* [en línea]. [consultado: 25/01/2015]. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d6_en.pdf>.

VENEZUELA. Ley Aprobatoria del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR y sus Anexos: “Tratado de Asunción”, “Protocolo de Ouro Petro”, “Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del MERCOSUR” y la “Lista de Productos paraguayos y uruguayos que, conforme al artículo 5 del Protocolo, gozarán de desgravación total e inmediata por parte de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.482*, de 19/07/2006.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinaria*, de 24/03/2000.

VENEZUELA. Ley de Inversiones Extranjeras. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.152 Ext.*, de 18/11/2014.

VENEZUELA. Ley de Promoción y Protección de Inversiones. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.390 Ext.*, de 22/10/1999.

VENEZUELA. Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.112 Ext.*, de 19/11/2013.

UNA SALA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN PARA SURAMÉRICA Y EL CARIBE

UMA SALA DE ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS PARA A AMÉRICA DO SUL E O CARIBE

*Pedro Duarte Llovera**

Resumen: *En tiempos de crisis capitalista e inestabilidad global, el nuevo regionalismo alternativo surge tanto como un puente y como un escudo entre los países en desarrollo y la incertidumbre global. Desde la Cumbre de las Américas de 2004, América del Sur ha ido desarrollando una nueva identidad regional, que no encaja en los conceptos actuales de regionalismo en América del norte, Europa o Asia. Este neo regionalismo que representa ALBA, la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) y la CÉLAC, refleja las heterogéneas configuraciones económicas, sociales y políticas de las fuerzas sociales y de orden político, que son únicas a nuestro continente. En tal sentido, se requiere una recta ordenación jurídica y la creación de un sistema integral de resolución de controversias que responda a nuestra realidad, sin la injerencia de agentes externos, pues tenemos las capacidades, las fortalezas y los juristas para construir una fuerte y poderosa neo institucionalidad de justicia que en caso de diferencias, permita entregar a este sistema de integración suramericano y sus integrantes una adecuada y eficaz seguridad jurídica, indispensable para seguir avanzando. Como parte integral del mismo se propone la creación de una Sala de Arbitraje y Mediación en materia de inversiones con carácter de permanencia e identidad suramericana y caribeña, para dar respuesta adjetiva y procesal a otras normas de relación internacional aceptadas por los países miembros, para así evitar demandas exageradas ante el CIADI, como el caso Exxon Mobil versus PDVSA.*

* Abogado Cum Laude (USM). Especialista en: Derecho Procesal (Universidad de Salamanca); Derecho Corporativo (UNIMET); Formación Docente (UC). Magister en: Derecho Procesal (UCAB) y en Sociología para el Desarrollo de América Latina (UARCS). Investigador A2 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología de la República Bolivariana de Venezuela. Profesor de Pre y Postgrado de la Cátedra de Resolución Alternativa de Conflictos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UJAP. Consultor Jurídico de Agropecuaria Flora C.A; Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras (MPPAT). Miembro del Frente Bolivariano de Innovadores, Investigadores y Trabajadores de la Ciencia, FREBIN Carabobo. Caracas – Venezuela. E-mail: pedroduarte_6@hotmail.com

Resumo: *Em tempos de crise capitalista e da instabilidade global, o novo regionalismo surge como alternativa tanto uma ponte e como um escudo entre países em desenvolvimento e incerteza global. Desde a Cúpula das Américas em 2004, a América do Sul desenvolveu uma nova identidade regional, que não se enquadram nos conceitos atuais de regionalismo na América do Norte, Europa e Ásia. Esse regionalismo neo representando ALBA, a União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) e CÉLAC reflete as configurações econômicas, sociais e políticas heterogêneas de forças sociais e ordem política, que são únicas para a Europa. A este respeito, é necessária uma ordem jurídica em linha reta e na criação de um sistema global de resolução de litígios que responde a nossa realidade, sem a interferência de agentes externos, então temos as capacidades, forças e advogados para construir uma forte e poderosa instituições neo de justiça em caso de litígio, este sistema permite dar a integração sul-americana e os seus membros a segurança jurídica adequada e eficaz, o que é essencial para novos progressos. Como parte integrante da criação de uma Câmara de Arbitragem e Mediação do investimento em uma base permanente e América do Sul e Caribe identidade é proposto para atender outro adjetiva e as regras processuais das relações internacionais aceites pelos países membros, assim evitar reclamações exageradas antes ICSID, conforme o caso Exxon Mobil contra a PDVSA.*

Palabras clave: Regionalismo Alternativo, UNASUR, Arbitraje, Normas de Inversión

Palavras-chave: Regionalismo Alternativo, UNASUL, Arbitragem, Normas de Investimentos

1. LAS NORMAS DE LA NUEVA INTEGRACIÓN REGIONAL: UNASUR

En principio, debemos tener en cuenta que existen tres tipos de normas que se generarían en la UNASUR dentro del contexto de la integración propuesta: *i.*- normas de integración intergubernamental; *ii.*- las normas de integración comunitaria o supranacional; y, *iii.*- otras que no siendo exclusivas de los doce países miembros, se generan de las relaciones internacionales y globalización aceptadas por las partes, que las denominamos otras normas de relación internacional aceptadas, como el caso de materia de inversiones.

i.- Las normas de integración intergubernamental, aquellas creadas por parte del proceso integrador suramericano o por sus Estados miembros, de carácter intergubernamental, que vinculan a sus integrantes pero en condiciones diferentes que las comunitarias o supranacionales, dado que los órganos facilitadores no pueden normar ni decidir autónomamente, ni de forma supranacional, por ello la

aplicación y acatamiento a sus países miembros no es inmediata, sino que estas deberán ser aceptadas y homologadas en ellos a través del exequátur

ii.- Por su parte, las normas de integración comunitaria o supranacional, son creadas por requerimiento, necesidad y voluntad soberana de los países miembros en función de los grandes objetivos que persigue la Integración, sean normas primarias o derivadas de carácter supranacional o comunitarias, concretadas en Tratados, Acuerdos, Protocolos, Decisiones y demás normas comunitarias, que atribuyan ciertas competencias a organismos supranacionales, para cumplir objetivos macro nacionales, superestatales o supranacionales, estas generan derechos y obligaciones a sus países miembros, órganos facilitadores y ciudadanos integrados a un proceso de integración, sean personas naturales o jurídicas, que en caso de controversia, debe resolverse para dar seguridad jurídica a los procesos de integración y los sujetos intervinientes de los mismos. La aplicación y acatamiento de sus países miembros es inmediata, no necesitan ser aceptadas y homologadas en los países miembros, es decir, no requiere exequátur.

iii.- Asimismo, tenemos otras normas de relación internacional aceptadas de los países miembros de Suramérica, que no siendo integracionistas (ni comunitarias ni gubernamentales), vinculan a los Estados o países miembros entre ellos; o entre los Estados miembros y terceros que no son países miembros, verbigracia las cláusulas o convenios sobre las inversiones u otras similares que nacen de convenios y otros instrumentos que suscriben los países miembros con terceros y sus particulares¹. Es decir, los Tratados Bilaterales, los Contratos Administrativos, los Contratos de Inversión, que por lo general incluyen como requisito sine qua non del capital de inversión, compromisos arbitrales a foros internacionales para eventuales diferencias, prima facie.

En consecuencia, se propone un sistema integral de Justicia y Resolución de Controversias, que estará integrado por un Tribunal Rector de Justicia, que a su vez se constituya de cinco salas a saber: *i.-* Sala de Justicia de la UNASUR para resolver las controversias que emanen de la normativa integracionista comunitaria e intergubernamental. *ii.-* Sala Arbitral de la UNASUR para presentar otra opción *heterocompositiva* para resolver las controversias anteriores, que no sean de orden público. *iii.-* Sala de Casación y Nulidades de Laudos Arbitrales. *iv.-* Sala o Centro Arbitraje en materia de inversiones y *v.-* Sala o Centro de Mediación y espacio de Diálogo *autocompositivo*.

El Derecho Internacional de Inversiones consiste entonces, en un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista

¹ SALGADO, Oswaldo. *Colección Sendero Suramericano del Siglo 21: El ABC del Derecho para la integración*. Quito: EDISLAT. 2010. Tomo 1.

extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión.

En consecuencia, podemos definir el Arbitraje de Inversión como un mecanismo alternativo de resolución de controversias, heterocompositivo no judicial, aunque sí jurídico, para el arreglo de conflictos presentes o futuros, basados en el concurso de las partes, quienes eligen por su propia cuenta, ya sea directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas mismas, a terceros neutrales e imparciales, para que resuelvan sobre el choque de intereses que se les presenta; siendo el consenso y el principio de autonomía de voluntad de las partes, la regla de oro que debe quedar plasmado en un compromiso de arbitraje, por escrito.

Cuando se trata de desarrollar o promover la inversión extranjera, los intereses, las motivaciones y las aspiraciones de los inversionistas y los Estados receptores, suelen ser diferentes. Para el inversionista, la inversión es una forma de maximizar ganancias, expandir mercados, consolidar alianzas estratégicas, desarrollar etapas del proceso productivo o cualquier otra de índole empresarial. Para el Estado receptor, la inversión es una especie dentro de un género, el de fondos útiles para financiar el desarrollo. En ese género estarían también la renta, sea de recursos naturales o de tributos, los créditos y la ayuda internacional. En otras palabras, para el Estado receptor de la inversión extranjera no es más que un mecanismo de financiamiento del desarrollo, crecimiento económico, obtener tecnología de avanzada generación, activar el aparato productivo, crear empleos, disminuir la pobreza y las asimetrías, entre otros.

Ahora, cabe preguntarse, ¿Se ha cumplido con la premisa que con las inversiones extranjeras se logre el tan anhelado desarrollo y ese crecimiento económico que puede expresarse en producto interno bruto, balanza interna de pagos, balanza externa de pagos, entre otros; o más bien, una nueva dependencia de tecnología y de beneficios económicos de las grandes corporaciones en las manos de muy pocos, sin que las grandes ganancias lleguen a los pueblos?

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Históricamente hablando, la institución del arbitraje internacional tiene antecedentes muy remotos, ya que encontramos aplicaciones de la misma entre las repúblicas helénicas, por los consejos anfictiónicos, los cuales, aunque tuviesen orígenes y finalidades esencialmente religiosas, ejercieron, sin embargo, influencia política².

Debemos tener presente que el arbitraje es uno de los llamados mecanismos jurídicos para la resolución pacífica de controversias, desde

² DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Traducción de la 4a ed. Italiana. Barcelona: Bosch, 1948, p. 452.

un punto de vista elemental puede decidirse que existe controversia internacional desde el momento en que hay oposición de pretensiones lo suficientemente manifestadas para poner en peligro la paz social, es decir, cuando se produce la contradicción de intereses entre dos o más Estados.

Para hablar de los primeros instrumentos de paz, las Convenciones de la Haya son una referencia obligada. El arbitraje, como procedimiento independiente de solución de controversias fue contractualmente codificado en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907. En ninguna de ellas se logró establecer el arbitraje con carácter compulsivo. En la primera, se reconoció la importancia del arbitraje en estos términos: “En cuestiones de naturaleza legal y especialmente en la interpretación o aplicación de convenciones internacionales, las potencias signatarias reconocen que el arbitraje es el mecanismo más efectivo, y al mismo tiempo más justo, para la resolución de controversias que no hayan podido ser arregladas por la vía diplomática”³.

Posteriormente, la Convención de 1907, que tenía por objeto sustituir a la de 1899, mejoró el procedimiento al establecer que cada una de las partes solo podía designar a un nacional como miembro del tribunal arbitral, de tal manera que el voto dirimente pasó a los tres miembros neutrales. En ese instrumento tampoco se pudo establecer lo que constituía entonces una aspiración, es decir, el establecimiento de una corte permanente de arbitraje, que había sido el prelude de la Corte Internacional de Justicia.

En pocas palabras, las dos convenciones de la Haya, constituyen un antecedente fundamental de todo análisis sobre el procedimiento arbitral.

Antes del apareamiento de órganos comparativamente adelantados como la Corte Internacional de Justicia, la Sociedad de las Naciones y las Naciones Unidas, el arbitraje internacional no aparece primordialmente como una contribución importante y ampliamente técnica para el arreglo de controversias de índole rutinaria. Simbolizó más bien la esperanza mesiánica de sujetar al Estado soberano, con su actitud de ser el juez único de su causa, a la imparcialidad olímpica del juicio de una tercera parte como medio de abolir a guerra. Gran parte del descontento actual respecto del arbitraje surge ya sea de la nostalgia de esas esperanzas pasadas, ahora ya irrealizables, o del ingente deseo de escapar del tremendo conflicto de las versiones nacionales de verdad y justicia en el mundo de la mitad del siglo XX⁴.

En 1919, se creó la Corte Permanente de Justicia y la Sociedad de

3 VALENCIA RODRÍGUEZ, Luis. *Principios de las Naciones Unidas*. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1972. p. 106.

4 MORENO LOAYZA, Guadalupe. *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como medio jurídico de solución de controversias: estudio 4*. Quito: Publicaciones del Tribunal, 1987.

naciones. Al término de la segunda guerra mundial en 1945, se creó la ONU y se restableció el anterior Tribunal con el nombre de Corte Internacional de Justicia (también llamado Tribunal Permanente de Justicia Internacional), con sede en la Haya-Holanda. Lo integran jueces de 15 Estados miembros, que son elegidos por la Asamblea y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Entran en su competencia los casos previstos en la carta y aquellos que le son sometidos de común acuerdo por las partes. Más allá de esta jurisdicción contenciosa la Corte de acuerdo al artículo 97 de la carta, tiene jurisdicción consultiva. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad, pueden solicitar opiniones consultivas a la Corte sobre cualquier cuestión jurídica. Las decisiones de los Tribunales Internacionales como es el caso, tienen efecto solamente entre las partes en litigio y en cuanto al caso resuelto (Art. 59 del Estatuto).

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, fue elaborado en forma de Tratado multilateral y se considera que tiene una notable significación jurídica, ya que casi la totalidad de los Estados han llegado a ser parte del mismo⁵. La Corte tiene como función decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, aplicando: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y las decisiones jurisprudenciales como medio auxiliar.

En consecuencia, una tendencia que se percibe en estos acuerdos es la inclusión de mecanismos de resolución de controversias como estrategia para resolver las diferencias que se presentan en la aplicación de los acuerdos así como para reforzar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas. Este mundo es complejo y dinámico, por un lado, aún cuando se pueden observar amplias tendencias, cada mecanismo en cada acuerdo de integración es un microcosmos. Al realizar un inventario de toda esa gama de enfoques y matices que ofrecen tal cantidad de mecanismos, podemos observar que estamos frente a una materia cuyo análisis es difícil por sus múltiples implicaciones y ramificaciones de todo orden.

Sin duda alguna, hablar de arbitraje de inversión necesariamente es hablar del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), como un foro establecido en 1966, para facilitar el arreglo de disputas entre gobiernos e inversionistas extranjeros, siendo su objetivo principal el de ayudar a promover mayores niveles de flujos de inversión a nivel internacional, dependiente del Banco Mundial.

⁵ BLOCH, Roberto D. *Solución de Controversias en el Mercosur*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995. p. 18.

3. CONTROVERSIA EXXON MOBIL VERSUS PETRÓLEOS DE VENEZUELA (PDVSA) ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

La controversias judicial entre Exxon Mobil versus Petróleos de Venezuela (PDVSA), se inicia legalmente cuando la transnacional estadounidense introduce una petición de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI) en el mes de agosto del año 2007, en la ciudad de New York. Todo ello, con el fin último de obtener del Alto Tribunal de Inglaterra y Gales, con sede en Londres, la orden judicial de una medida cautelar de congelamiento de bienes de PDVSA a concurrencia de un monto de 12.000 millones de dólares.

Luego de transcurridos cuarenta días, después de que la petrolera Exxon Mobil ganara una orden de un tribunal británico para congelar activos de Petróleos de Venezuela (PDVSA) por hasta 12.000 millones de dólares, el 18 de marzo de 2008, Venezuela salió victoriosa ante los hechos que envolvieron la agresión, emprendida por la transnacional estadounidense contra PDVSA. Un intento de sabotaje en el que se comprobó jurídicamente la realidad de los hechos.

3.1. De los Hechos

A continuación un relato de los hechos que rodearon la controversia por el pago de regalías de la transnacional Exxon-Mobil.

12 abril 2007: el presidente eterno de la República Bolivariana de Venezuela, Comandante Hugo Chávez Frías, en un acto alusivo a la conmemoración de los cinco años del golpe de Estado de 2002, anunció la decisión de restituir a la nación las ganancias por concepto de regalías petroleras, al regresar al poder del Estado los pozos petroleros que hasta entonces se encontraban en manos de transnacionales. Las asociaciones estratégicas que deberían pasar al nuevo esquema de empresas mixtas eran: Petrozuata, Ameriven, Cerro Negro y Sincor, en las que además participan las compañías Total, Statoil, Conoco Phillips, Chevron, Exxon-Mobil y BP.

25 abril 2007: el Ministerio del Poder Popular Para Energía y Petróleo firmó los memorandos de entendimiento con empresas transnacionales que operaban en la Faja del río Orinoco para la creación de empresas mixtas y anunció que a partir del primero de mayo de ese año, Venezuela asumirá el control de los yacimientos de petróleo en la Faja del Orinoco, al sur del país.

29 abril 2007: autoridades de la estatal venezolana Petróleos de Venezuela (PDVSA) anunciaron la instalación de los comités de

transición en la Faja del Orinoco para ocupar la producción desde el 1° de mayo de 2007, cuando el Estado asumiría la administración mayoritaria de esos campos.

1° mayo 2007: el Estado venezolano asumió la administración mayoritaria de los campos petroleros.

26 junio 2007: la estatal Petróleos de Venezuela (PDVSA) firmó un memorando de entendimiento con las transnacionales Chevron-Texaco, Statoil, Total, BP, Eni y Sinopec e Inelectra, con el fin de dar inicio al funcionamiento de empresas mixtas, en el marco de los convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco. En el caso de Exxon Mobil y Conoco Phillips, las únicas dos empresas que no aceptaron la negociación con Pdvs, por lo cual se anunció que estas terminarían su participación en los negocios de la Faja del Orinoco.

07 febrero 2008: la petrolera Exxon-Mobil Corp obtuvo una orden de medida cautelar de un tribunal británico por medio de la cual ordenaba congelar activos de Petróleos de Venezuela

(PDVSA) a concurrencia de un monto de 12.000 millones de dólares. La multinacional petrolera estadounidense Exxon-Mobil (se llamaba antes Esso) junto con sus rivales BP y Shell para constituyen un cártel para dominar el mercado mundial. Actualmente lucha por controlar los recursos petroleros venezolanos.

08 febrero 2008: desde un ángulo político el sociólogo estadounidense James Petras aseguró que estas acciones de Exxon Mobil eran “un esfuerzo para derrocar al Gobierno” del presidente, Hugo Chávez y de esta manera “revertir las políticas petroleras nacionales sobre el control del petróleo”. El embajador de Venezuela de ese entonces, ante el Reino Unido y ex ministro, Samuel Moncada, consideró “un golpe de propaganda económica” las afirmaciones de Exxon Mobil, sobre el supuesto congelamiento de 12 mil millones de dólares de activos de PDVSA.

09 febrero 2008: en el mismo terreno político, cientos de trabajadores de PDVSA de Petromonagas, antigua Operadora Cerro Negro, se reunieron en las áreas operacionales de la empresa para rechazar las pretensiones de la transnacional.

10 febrero 2008: el presidente, Hugo Chávez, advierte a Estados Unidos que no le vendería “ni una gota de petróleo”, de continuar los ataques económicos contra su país, como la demanda introducida por la gigante petrolera Exxon Mobil contra la estatal Petróleos de Venezuela (PDVSA), a los que calificó como una “guerra económica”.

11 febrero 2008: el Congreso Bolivariano de los Pueblos, a través de su Secretaría de Organización Latinoamericana Caribeña, condena y repudia a la empresa Exxon-Mobil por su agresión contra (PDVSA), entendiendo que la acción legal promovida por la empresa estadounidense carece de validez.

11 febrero 2008: integrantes del Frente Bolivariano de Trabajadores de Petrocedeno, antigua Sincruos de Oriente (Sincor), rechazaron las acciones de la transnacional Exxon Mobil. El movimiento estudiantil venezolano respaldó acciones del Gobierno Bolivariano en el ejercicio de la soberanía plena sobre el petróleo, al tiempo que repudió las acciones de la Exxon Mobil como mecanismo económico del imperio norteamericano, en su intento de desestabilizar a Venezuela y sus relaciones económicas en el mundo.

12 febrero 2008: frente a las acciones de hostigamiento jurídico-económico emprendidas por Exxon Mobil contra PDVSA, y como un acto de reciprocidad, se anunció la “suspensión de las relaciones comerciales y el suministro de crudos y productos” a la transnacional estadounidense Exxon- Mobil. La comisión de Energía y Minas de la Asamblea Nacional respalda medidas del Gobierno sobre Exxon. Profesionales, estudiantes, integrantes de misiones y consejos comunales, así como de diferentes organizaciones del estado Zulia, toman de forma pacífica la estación de servicio Exxon-Mobil de esa entidad, en rechazo a las medidas adoptadas por dicha transnacional en contra de PDVSA. En Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui, los trabajadores del mejorador de crudos de la empresa Petromonagas en la entidad se declararon en Asamblea permanente frente a una acción de guerra económica contra-Venezuela.

13 febrero 2008: calificadoras de riesgo minimizan impacto de acciones judiciales de Exxon Mobil. De acuerdo con los análisis difundidos por Standard and Poor´s, una de las más importantes agencias internacionales de calificación de riesgo, PDVSA no verá afectadas sus operaciones en el mercado mundial de hidrocarburos, tras las acciones judiciales emprendidas por Exxon-Mobil contra la estatal petrolera venezolana. Fitch Ratings indicó que “la medida judicial obtenida por Exxon Mobil tiene un impacto mínimo sobre las operaciones de PDVSA, así como sobre su calidad crediticia y flexibilidad financiera a corto plazo”. Mientras, Lehman Brothers afirmó que “sería improbable una cesación de pagos de deuda por parte de PDVSA”.

14 febrero 2008: el Ministro de Energía y Petróleo de Venezuela, Rafael Ramírez, expuso ante la Asamblea Nacional los documentos que demuestran los vínculos de la vieja dirigencia de la estatal PDVSA con las corporaciones internacionales de hidrocarburos, que permitió, en detrimento de la soberanía venezolana, que empresas como Exxon Mobil puedan demandar a la República en tribunales de arbitraje internacional.

16 febrero 2008: el presidente de Nicaragua, Daniel Ortega, llamó a los países de Petrocaribe a unirse en rechazo a la agresión de Exxon-Mobil contra PDVSA, la principal industria nacional de Venezuela, y aseguró que detrás de la disputa judicial entablada por la transnacional

petrolera estadounidense está una estrategia de Washington para debilitar la unidad latinoamericana y caribeña.

17 febrero 2008: el presidente Hugo Chávez, aseguró que las versiones que circulan en medios de comunicación sobre una supuesta debilidad de la principal industria nacional, PDVSA son totalmente falsas, y enfatizó que pese a años de coloniaje y explotación rapaz de los recursos venezolanos, ahora es cuando queda petróleo en el mayor yacimiento de crudo pesado del mundo: la Faja del Orinoco. Asimismo declaró que Venezuela no está sola ante la arremetida de la transnacional estadounidense Exxon Mobil.

28 febrero 2008: el Tribunal Superior de Londres escuchó por vez primera, en una audiencia oral y pública que se prolongó hasta el 3 de marzo, los alegatos de la estatal Petróleos de Venezuela PDVSA que pide se desestime la medida cautelar solicitada por la gigante privada estadounidense Exxon Mobil, para congelar 12 mil millones de dólares de los activos de la empresa-suramericana.

29 febrero 2008: el presidente Hugo Chávez, aseguró que la petrolera estadounidense Exxon Mobil “fracasará” en su intento de “agredir” a Venezuela, al hacer referencia a la acción judicial de esa transnacional ante tribunales extranjeros para intentar congelar activos petroleros venezolanos por 12 mil millones de dólares.

04 marzo 2008: una marcha de protesta encabezada por parlamentarios británicos recorrió las calles de Londres, al grito de “Exxon no, Venezuela sí”, por el litigio que la transnacional estadounidense lleva en contra de la estatal Petróleos de Venezuela PDVSA.

05 marzo 2008: al cierre de la 148 conferencia celebrada en Viena, Austria, la OPEP, organización que agrupa a los 13 mayores exportadores de petróleo del mundo, manifestó su “apoyo a Venezuela y a su compañía nacional de petróleo, PDVSA, en el ejercicio de sus derechos soberanos sobre sus recursos naturales”, por el caso de Exxon Mobil. Además, rechazó tener algo que ver con el elevado precio del crudo, que está por encima de los 100 dólares, por lo que decidió mantener los actuales niveles de producción. El gobierno de la República de Gambia, a través de su canciller, Crispin Grey Jonson, expresó su respaldo y solidaridad a la posición adoptada por el presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, frente a la agresión de la gigante petrolera.

06 Marzo 2008: el presidente de la Comisión de Energía y Minas de la Asamblea Nacional, Ángel Rodríguez, afirmó que los tribunales ingleses, estadounidenses y holandeses que pretenden congelar activos de Petróleos de Venezuela PDVSA violan las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas.

10 marzo 2008: Venezuela está a la espera del fallo del Tribunal

Superior de Londres en torno al litigio que mantienen la petrolera estadounidense Exxon Mobil y la estatal venezolana Petróleos de Venezuela, en la que se decidirá la legalidad de la solicitud hecha por la multinacional norteamericana para intentar congelar activos por hasta 12 mil millones de dólares a PDVSA.

13 marzo 2008: el ministro de Energía y Petróleo venezolano, Rafael Ramírez, aseguró desde Canadá que su país se convertirá en la mayor reserva de crudo pesado del mundo, “en virtud del proceso de cuantificación y certificación que se lleva a cabo en la Faja Petrolífera del Orinoco”, cuya nacionalización hizo que la petrolera estadounidense Exxon Mobil demandara a la estatal Petrolera.

14 marzo 2008: el juez británico que debía fallar esta semana sobre el litigio en Londres entre el grupo petrolero estadounidense Exxon-Mobil y la compañía estatal venezolana PDVSA, postergó su veredicto para la semana próxima.

15 marzo 2008: la Comisión de Energía y Minas de la Asamblea Nacional emitió un comunicado de prensa donde señala que la tardanza del Tribunal de Londres en revocar la

decisión que pretende congelar activos de Petróleos de Venezuela por 12 mil millones de dólares es un verdadero terrorismo judicial.

18 marzo 2008: un tribunal británico rechazó la solicitud de congelación preventiva de 12 mil millones de dólares de activos de la estatal Petróleos de Venezuela con alcance mundial, lo que se conoce como la infame “mareva injunction” que había pedido de la estadounidense Exxon Mobil a un Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, dando la victoria ganada sobre “el chantaje” que pretendía llevar hasta el final la transnacional Exxon Mobil.

El análisis jurídico de esta controversia, debe tomar en cuenta la naturaleza tanto sustantiva, que no es otra cosa que el derecho invocado; como la naturaleza procesal del conflicto, que se refiere a los procedimientos y a la jurisdicción utilizada.

3.2. Del Derecho

El análisis jurídico de esta controversia, debe tomar en cuenta la naturaleza tanto sustantiva, que no es otra cosa que el derecho invocado; como la naturaleza procesal del conflicto, que se refiere a los procedimientos y a la jurisdicción utilizada.

3.2.1. De la Mareva Injunction y la Naturaleza Procesal

En agosto de 2007, la empresa Exxon-Mobil introduce una petición de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI), en la ciudad de New York. Frente a

esta situación PDVSA acudió a constituir el Comité Arbitral; para seguir el procedimiento relativo al nombramiento de los árbitros tanto de Exxon Mobil como de PDVSA. Todo ello, con la finalidad de obtener con posterioridad la instrumentalidad procesal necesaria, para armar la argucia jurídica ante un Alto Tribunal de Inglaterra y Gales, con sede en Londres, que ordenó una medida cautelar de congelamiento de bienes de PDVSA con alcance mundial a concurrencia de un monto de 12.000 millones de dólares, la denominada Mareva Injunction.

Al referirnos al término inglés injunction cuya traducción al español significa entredicho. Legalmente, se trata de un mandato judicial provisional mediante el cual un Juez emite una orden o requerimiento de obligatorio cumplimiento para que la parte obligada, en forma temporal, haga o se abstenga de hacer determinados actos, so pena de ser sancionado civil o penalmente e incluso pagar elevadas cantidades en concepto de daños y perjuicios. Para que el requerimiento sea procedente basta con demostrar ante la autoridad judicial la alta probabilidad de éxito a los méritos del asunto y el riesgo de que la ausencia del mandato provoque al solicitante daños irreparables. Generalmente estas medidas se acuerdan inaudita alteran parte, es decir, a espaldas de la parte en quien de la que se solicita, lo que le da ese carácter de sorpresa, coloreando el escenario perfecto para el terrorismo judicial. En todo caso, la injunction es una medida cautelar de carácter procesal que se asimila a las medidas preventivas, embargo o prohibición de enajenar y gravar o a las cautelares innominadas contempladas en nuestro procedimiento civil.

Ahora bien, mareva es la denominación de un régimen también provisional cautelar previsto en las jurisdicción del Commonwealth, y su finalidad específica es la de congelar bienes de un demandado para que éste no disipe sus bienes con fines de insolvencia y de frustrar el futuro y eventual cumplimiento de una condena.

Esta acción procesal preventiva debe su nombre a la orden de congelación de bienes dictada por un Juez del Reino Unido a solicitud de la empresa Mareva Compañía Naviera Internacional S.A.

En cuanto a su naturaleza jurídica tenemos que esta figura no constituye una garantía de fiel cumplimiento, ni un medio de presión hacia el deudor y mucho menos crea al solicitante expectativas de derechos de propiedad sobre los bienes del deudor congelados. La orden Mareva se aplica en aquellos casos en que el actor demuestra que la otra parte persigue frustrar el efecto de una sentencia inminente y fulminante, o que está abusando de los procedimientos judiciales. Las pruebas son promovidas en una etapa previa del juicio y básicamente son declaraciones juradas.

A menudo la aplicación del régimen Mareva va acompañada de una orden anton piller, que en nuestro derecho procesal equivale a la

acción por retardo perjudicial, es decir, la demanda tendiente a recabar y proteger las pruebas que puedan desaparecer por obra del tenedor de las mismas o por efecto del tiempo. El peligro que representa estas órdenes para un deudor es, por un lado, que puedan acumularse varias hasta congelar totalmente a una empresa, y por otro, que se revele información confidencial⁶. Esta ha sido pues la instrucción aplicada a PDVSA y que afortunadamente para los venezolanos ha sido revocada básicamente por incompetencia territorial de la jurisdicción de los tribunales de ese País.

Es así como Exxon-Mobil obtiene la medida cautelar de congelamiento a su favor, que tiene un carácter excepcional y más aún por un monto tan elevado, además que deben existir suficientes indicios de peligro de dilapidación que no existen en el caso concreto, es decir, deben existir suficientes elementos de verosimilitud que demuestren el *periculum in mora*, que no es otra cosa que el peligro en la mora; además del *fomus bonis iuris*, que es la apariencia del buen derecho que se reclama; y el *periculum in damni*, elementos y supuestos que no se dan en este caso, alegados por la transnacional.

Es muy relevante destacar, que según el informe de gestión anual de PDVSA del año 2008, la producción de la estatal petrolera se calculo en 152.000 millones de barriles, calculados en 126.363 millones de dólares, por lo que hay que tomar en cuenta el aumento de la commodities. La medida tiene múltiples lecturas. En lo económico, es un eslabón más de la cadena de agresiones del capital transnacional contra Venezuela, que buscaba obtener la posesión y el control de su industria petrolera. En lo político, es un nuevo intento de desestabilizar el gobierno democrático de Hugo Chávez Frías. En lo estratégico, es un avance del bloqueo ya impuesto por Estados Unidos a nuestras compras. En lo jurídico se trata, ni más ni menos, de un intento de arrebatarle a Venezuela su soberanía de jurisdicción, es decir, el derecho a decidir sus controversias utilizando sus propias leyes y tribunales. Soberanía es la potestad de un Estado de sancionar sus propias leyes, aplicarlas e interpretar mediante sus órganos jurisdiccionales las controversias que surjan sobre dicha aplicación. Basta eliminar una de estas potestades para aniquilar la soberanía.

Para comprender el significado de este debate en América Latina es preciso hacer un poco de historia. La invasión de Francia e Inglaterra a México en 1861 alertó la conciencia de los juristas latinoamericanos. Ya para 1868 el diplomático internacionalista argentino Carlos Calvo desarrolló en su obra *Derecho Internacional Teórico Práctico de Europa y América* la doctrina de que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados, no podía estar sometido a la

⁶ "Sarmiento Nuñez Consulting" [en línea]. 2007. [consultado 4 de febrerp de 2015]. Disponible en: <<http://www.snconsult.com/>>.

ingerencia de otros Estados. Afirmó asimismo que los extranjeros no podían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales, y debían solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado territorial. Convencidos por esta doctrina, varios países latinoamericanos, entre ellos Bolivia, Honduras y Venezuela, incluyeron en sus constituciones y legislaciones una norma que fue conocida como “Cláusula Calvo”, relativa a los contratos celebrados con inversionistas extranjeros, que impedía a éstos resolver las controversias sobre tales pactos acudiendo al llamado “recurso de protección diplomática” en el exterior, y les imponía dirimir sus reclamaciones única y exclusivamente en los tribunales del Estado receptor y de acuerdo con las leyes de éste.

Siguiendo esta doctrina, la Constitución de la República de Venezuela sancionada el 29 de marzo de 1901 dispone en su artículo 139 lo siguiente: “Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Federal o por el de los Estados, por las Municipalidades o por cualquier otro Poder Público, podrá ser traspasado, en todo o en parte, a gobierno extranjero; y en todos ellos se considerará incorporada, aunque no lo esté, la cláusula siguiente: ‘Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo o por ninguna causa puedan ser origen de reclamaciones extranjeras. Las sociedades que en ejercicio de dichos contratos se formen, deberán establecer domicilio legal en el país, para todos sus efectos, sin que esto obste para que lo puedan tener a la vez en el extranjero’”. A los constituyentes de esa época no les faltaban patriotismo ni previsión. Año y medio después, el 2 de diciembre de 1902, las flotas de los imperios inglés, alemán e italiano bloquearon y bombardearon Venezuela para cobrar por la fuerza nuestra Deuda Externa. Desde entonces, para evitar atropellos de esa índole generados por contratos con extranjeros o deudas derivadas de ellos, figura en todas las constituciones venezolanas una norma semejante, como por ejemplo el artículo 49 de la Constitución de 1936, que reza textualmente: “Ningún contrato de interés público celebrado con el Gobierno Federal o con los de los Estados, o con las Municipalidades o con cualquier otro Poder Público, podrá ser traspasado, en todo ni en parte, a Gobiernos extranjeros, y en todos ellos se considerará incorporada, aunque no estuviere expresa, la cláusula siguiente: “Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amigablemente por las Partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan ser origen de reclamaciones extranjeras”. Tampoco podrán hacerse dichos contratos con Sociedades no domiciliadas legalmente en Venezuela, ni admitirse

el traspaso a ellas de los celebrados con terceros”.

Los constituyentes de 1999 replicaron exactamente en el artículo 151 la citada norma del 127 de la Constitución de 1961. Cito:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones-extranjeras.

En consecuencia, la frase...“*si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...*” es precisamente una salvaguardia de los intereses de Venezuela pues en el caso del petróleo y otros recursos naturales del país es imposible negar su calidad de bien de uso público, y por tanto sería improcedente en términos procesales discutir siquiera la competencia de los tribunales de la República en la resolución de los conflictos cuando no se ha llegado a un acuerdo amigable entre las partes. En todo caso, el régimen jurídico actual no nos deja indefensos. Para someternos a tribunales o árbitros internacionales, debería la Exxon-Mobil demostrar que los contratos por los cuales ahora se nos demanda no están sometidos a la Constitución porque “fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”, cosa difícil de sostener e imposible de probar. Es evidente que se trata de acuerdos celebrados con una empresa venezolana, propiedad íntegra de la República Bolivariana de Venezuela, para explotar recursos naturales venezolanos, con instalaciones radicadas en Venezuela, trabajadores mayoritariamente venezolanos y con disfrute de servicios públicos, dotación de seguridad jurídica y protección venezolanos. Nada puede disponer sobre esta materia un tribunal o junta arbitral británico o de cualquier otro país. Mucho menos podría alegar que no son contratos de interés nacional los referentes a la explotación de un recurso propiedad de la República. Así hemos defendido tradicionalmente el atributo de soberanía de jurisdicción, vale decir, el derecho de Venezuela de decidir según sus propias leyes y por sus propios tribunales las controversias sobre los contratos de interés público.

Estas disposiciones sensatas y patrióticas han encontrado desarrollo en normas más recientes, y de alcance latinoamericano. Así, el Pacto Andino en el artículo 50 de su Código de Inversiones Extranjeras prohíbe a los Estados miembros acordar a los inversionistas extranjeros un tratamiento más favorable que el acordado a los nacionales; y en el artículo 51 impone no introducir en un instrumento aplicable a los

inversionistas extranjeros ninguna cláusula que establezca un mecanismo internacional para resolver diferendos en materia de inversiones. Debemos añadir que el Protocolo de Cartagena de Indias del 5 de diciembre de 1985, que reforma la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), declara en forma explícita en su artículo 35 que las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores. Asimismo, este principio es acogido en el dictamen sobre las empresas transnacionales del Comité Jurídico Interamericano de 1976, y también en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas de 1974. En resumen, la sentencia del juez Paul Walker del Alto Tribunal de Inglaterra y Gales de revertir la medida cautelar de congelamiento tiene un efecto inmediato; y es una buena noticia no sólo para Venezuela sino también para los países pequeños que manejan recursos naturales, ya que la corte dio la razón a Venezuela, al reconocer su soberanía sobre sus propios recursos.

Igualmente, la decisión del juez en este caso va a sentar precedentes legales, que durante la audiencia argumentó además que el litigio entre PDVSA y la petrolera estadounidense está además en proceso de arbitraje ante una corte de Nueva York, por lo que la corte inglesa estaría abusando de sus poderes al mantener el orden de congelamiento de fondos contra una de las partes.

3.2.2. Naturaleza Sustantiva

En el sistema concesional venezolano, el Estado teniendo en virtud de su alta potestad administrativa para disponer los recursos naturales, las otorga en concesión teniendo presente el interés de la sociedad pero conservando el *ius abutendi*, lo cual significa que el Estado sólo concede a los particulares, el derecho de explotar la mina sin desprenderse del dominio originario. El Estado se desprende solamente del *ius utendi* y *fruendi* para que el particular explore, explote y aproveche las sustancias minerales de la concesión, condicionando la vigencia y subsistencia de ese derecho a la obligación de trabajarla en la forma que establece la Ley Minera y en cuanto al *ius abutendi*, el Estado lo mantiene en suspenso mientras se cumple la obligación de amparo. En resumen, el Estado no puede desprenderse del objeto de la concesión minera, con lo cual se reafirma el derecho del Estado venezolano para cobrar regalía o royalty a Exxon Móvil.

Según la doctrina, jurisprudencia y legislación a nivel mundial, el Estado o Nación, cuando no se lo limita legalmente nunca pierde (o cede) la “dominicalidad pública minera sobre los recursos mineros” ni desaparece, al otorgar la concesión e incluso bajo la expresión de

“propiedad minera” que el particular obtiene en un procedimiento adjetivo y procesal ante el respectivo Juez de Letras y no por la Autoridad Minera.

La relación entre el Estado o Nación que otorga y concede el derecho minero al particular debe considerarse como una relación de *derechos personales* originados en el marco del derecho público-administrativo, donde el Estado atribuye al particular amplias y variadas facultades y atribuciones (incluso transmitir y transferir), pero siempre conservando el Estado su alto dominio inalienable e imprescriptible sobre los recursos. Las potestades jurídicas sometidas al sistema del derecho público son distintas respecto del privado. Por último, el dominio del Estado siempre ha tenido el carácter de patrimonial/regalista tal como estuvo establecido en la legislación española (Ordenanzas de Minas de Nueva España).

En Venezuela, desde la época de la independencia se ha establecido que la propiedad de las minas y yacimientos corresponde al Estado, este sistema fue heredado de las antiguas leyes coloniales que atribuían a los reyes esta propiedad.

La propiedad del Rey fue sustituida por la propiedad de la República Bolivariana de Venezuela, quien al constituirse como un Estado independiente declaró su propiedad sobre el patronato eclesiástico, la propiedad de las tierras baldías y la propiedad de las minas.

En Venezuela han regido dos sistemas de regulación de los hidrocarburos, el sistema regalista y el dominal, el primer sistema es aquel que atribuye la propiedad de las minas al Estado, estando este obligado a otorgar concesiones o derechos de explotación a particulares que hayan cumplido con los requisitos de la ley. El segundo sistema, es cuando el propio Estado explota directamente el yacimiento por medio de terceros escogidos a su libre elección, a quienes otorga facultativamente el derecho de explotación.

Este sistema regalista se mantuvo en el país hasta el Código de Minas de 1904, donde se excluye a los hidrocarburos de la modalidad de concesiones obligatorias y comienza a regir en Venezuela el sistema dominal.

En resumen, actuando conforme a lo establecido en sus contratos y el compromiso arbitral, Conoco Phillips y Exxon Mobil acudieron al arbitraje internacional. Exxon Mobil exigía una indemnización por las pérdidas en activos confiscados y las ganancias que dejó de percibir por el convenio. La compañía petrolera estadounidense acudió a diversas instancias internacionales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

En el CCI, Exxon Mobil apertura un procedimiento en contra de Pdvsa por incumplimiento del contrato que le otorgaba una

participación de 41,67% en el campo de Cerro Negro, lo cual significaba un promedio de 120.000 b/d. Al mismo tiempo inició un laudo arbitral en el Ciadi en contra de la República Bolivariana de Venezuela, por violar el Tratado Bilateral de Inversiones firmado entre Venezuela y los Países Bajos, ya que Exxon Mobil operaba en Cerro Negro a través de una filial holandesa, valiéndose de la constitución de empresas en las Antillas del Caribe.

El fallo del laudo arbitral emitido por la CCI en el 2012 le otorgó a Exxon Mobil el pago de 908 millones de dólares por concepto de indemnización, de los cuales la estatal petrolera solo debió cancelar 255 millones, tras algunos descuentos. Esto se debió a que Exxon Mobil le debía a Pdvsa 191 millones de dólares por pagos que ésta hizo para la realización de proyectos en Cerro Negro; más 300 millones de dólares que fueron congelados en las cuentas de Pdvsa en New York por acciones legales llevadas a cabo por la transnacional; y finalmente 160 millones de dólares provenientes de reconversiones. El plazo de pago otorgado fue de 60 días.

Las autoridades venezolanas consideraron que el fallo fue un triunfo para el país, ya que Exxon Mobil exigía el pago de *12 mil millones de dólares*, es decir, *11.093 mil millones* más de lo previsto por la CCI.

Inicialmente Exxon Mobil exigía el pago de 20 mil millones de dólares pero redujo la cifra a 10 mil millones de dólares. En octubre del 2014, el Ciadi emitió su laudo arbitral estableciendo el pago de 1.600 millones de dólares para Exxon Mobil, en compensación por la pérdida de sus activos. Para evitar la “doble indemnización”, Exxon Mobil deberá hacer un descuento a Venezuela por los 908 millones de dólares pagados en el 2012.

De cualquier forma, estamos asistiendo a una auténtica revolución en materia de resolución de controversias en razón de inversiones entre un Estado y un inversor extranjero que, no por esperada y tardía, deja de ser sorprendente. El punto de partida lo constituye el elevado número de demandas que afectan, en la actualidad, a los Estados latinoamericanos; demandas que a veces presentan un sustento muy cuestionable, con resultados muy discutibles, que invitan a la reflexión a todos los seguidores del sistema instaurado por el Banco Mundial, a través del Convenio de Washington y que supuso la creación del CIADI. Estas cifras han llevado a que los países latinoamericanos estén tomando otra actitud, completamente activa ante este sistema, proponiendo diversas opciones del más variado calado.

El CIADI perdió su objetivo inicial, al beneficiar a diversas organizaciones, empresas y transnacionales, por ser conocida más como un factor capitalista que social; además de cuestionar la neutralidad e imparcialidad inherente a la justicia, como valor superior de cualquier ordenamiento jurídico. Uno de los principales argumentos para sostener esto es la base jurídica que el propio CIADI toma para la resolución de las demandas que le son presentadas ante los tribunales arbitrales constituidos

por el CIADI; solamente toman a los tratados bilaterales de protección de inversiones, y el Convenio de Washington de 1996, constitutivo de este organismo, para resolver las causas presentadas, dejando de lado toda otra normativa existente, sea esta interna del Estado receptor de la inversión (incluyendo las propias Constituciones Políticas de los Estados) o mismo la normativa proveniente del Derecho Internacional Público (que incluye, por ejemplo, los Derechos Humanos).

Por ello, países como Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012) han tomado la decisión de denunciar el convenio constitutivo (Convenio de Washington de 1966) y retirarse del organismo, lo cual ha despertado algunos problemas, ya que estos acuerdos los TBIs en su mayoría, poseen cláusulas de ultra-actividad, que por más que un Estado desee salirse de estos acuerdos, estos funcionen durante un período extra de generalmente, 10 años más.

De acuerdo a informes del CIADI durante el ejercicio fiscal 2014, y de acuerdo a los sectores económicos presentes en los nuevos procedimientos, las diferencias de inversión iniciadas en el ejercicio fiscal 2014 se refirieron a una gran variedad de sectores económicos del Banco Mundial; destacando que no es casual que el sector de petróleo, gas y minería, mantuvo su posición predominante, con el 35% de casos registrados en el ejercicio fiscal 2014.



4. UNA SALA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN PARA SURAMÉRICA Y EL CARIBE

Una vez que conocemos la aplicación de este mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos en la esfera de tratados bilaterales de inversiones a lo largo de la historia hasta la actualidad, se puede observar que América del Sur no cuenta con un “Centro de resolución de controversias en materia de inversiones, de esto surge la propuesta por parte de la UNASUR en su creación, la cual ha sido impulsada en Ecuador por el canciller Ricardo Patiño, quien en marzo del 2014 dijo que “América del Sur es la región con mayor número de

litigios abiertos en tribunales internacionales, por lo que se impone buscar una salida regional a esos conflictos”, además recordó que en Guyana, el 26 de noviembre de 2010, Ecuador presentó la propuesta, que fue aprobada por los jefes y jefas de Estado. En el documento constan: Creación de un Centro de Arbitraje; Constitución de un Centro de Asesoría Legal para Controversias en Materia de Inversiones; y Código de Conductas para Árbitros y Mediadores de UNASUR, conjuntamente a ello indicó que por razones como los fallos contradictorios, la gran complejidad de la litigación así como los altísimos costos procesales que demandan dichas controversias, es algo no solo posible sino necesario. Por otra parte del grupo de trabajo de la instancia legal se afirma que la diferencia de este nuevo ente con los tribunales internacionales actuales como el CIADI, es que no sólo se busque un laudo, que por su esencia es inapelable, sino que “lo principal será resolver la controversia, para lo que las partes pueden solicitar que se apliquen otros mecanismos, además del arbitraje, como la conciliación, la mediación y la facilitación, que este centro sea una alternativa que empresas y Estados escojan por el principio de autonomía de voluntad de las partes, porque les da seguridad jurídica, no por obligación”.

Este Centro de arbitraje Suramericano, es una cámara arbitral de carácter permanente, autónoma e independiente destinada a resolver las controversias de inversión, que vinculan a los Estados miembros entre ellos o con terceros, siempre que de común acuerdo hayan suscrito el compromiso arbitral administrado o independiente, en equidad o en derecho. Con la facultad de tramitar y conocer las controversias surgidas de contratos internacionales, donde dos o más partes se obligan hacer o no hacer algo, cuyo cumplimiento afecta a más de una economía nacional vinculada a distintos ordenamientos jurídicos vigentes de los Estados Suramericanos, terceros países y transnacionales.

Cabe destacar, que la neutralidad y la imparcialidad la garantiza el hecho de que ni los Estados miembros, ni los inversionistas tengan incidencia ni eligiendo, ni pagando los honorarios de los árbitros para evitar así “comprar la justicia”, y que un asesor jurídico de una transnacional sea a su vez el tercero que tiene poder de decidir el choque de intereses que afecta a su representado.

El fin último, es crear un mecanismo alternativo de resolución de controversias que sea equitativo, oportuno, eficiente, transparente, con costos razonables y no dependientes de las partes en busca de eliminar aspectos que indican en la no imparcialidad, mediante la creación de un mecanismo regional que elimine las diferencias en materia de inversiones, permitiendo la consolidación de una Soberanía jurídica e institucional de la región, puesto que el CIADI, como se ha pretendido demostrar con el análisis del caso Exxon Mobil versus PDVSA, se caracteriza entre otros, por los siguientes aspectos o elementos: 1. Imparcialidad, que ha

sido a veces cuestionada por que se les paga a los árbitros por las partes y se tiene sospechas que se convierten en abogados y no en árbitros imparciales. 2. Costo, que es muy elevado y quienes no tienen inmensos recursos no tiene la accesibilidad, porque es justicia privatizada y paga por las partes. Qué pasa con quienes no pueden acceder a ella?; se deberían quedar en indefensión. 3. Composición de un sistema auto referencial y hermético, en donde se determina y elige por las partes (cada uno de ellos) al árbitro, quien debe resolver su caso, porque se cree o presiente, que “el que paga”, tiene el derecho de “haber comprado el servicio que se quiere” (el laudo a su favor), cuando la justicia, si bien es un servicio, no puede estar a condición de lo que aspira quien compra o paga por dicho servicio, sino de quien tiene el verdadero derecho y razón para aquello (y esté demostrado procesalmente), así “no pueda pagarlo o comprarlo”. 4. Argumentos débiles de competencia, puesto que el ingreso para ser Árbitro, no es tan democrático, no solo se ingresa por méritos y capacidades, sino por relaciones. 5. sistema de indemnizaciones millonarias, que no responde a la realidad de todas las partes, sino de las élites económicas, con lo que aleja la oportunidad de acceder y de esta forma no se tutela los derechos de accesibilidad. 6. Posibilidad de pronunciamientos contradictorios, ya que por una parte se ha criticado que ciertos árbitros, en ciertos casos, han tenido determinada tendencia al resolver, y cuando, han sido seleccionados en casos similares por la parte del otro criterio divergente al anterior, han conseguido igual un criterio favorable al criterio opuesto al primer caso, lo que demuestra que a veces los Árbitros se convierten en abogados, desnaturalizando el sistema y el objetivo de la justicia; por su condición Ad hoc y no con carácter permanente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLOCH, Roberto D. *Solución de Controversias en el Mercosur*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.
- DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Traducción de la 4a ed. Italiana. Barcelona: Bosch, 1948.
- MORENO LOAYZA, Guadalupe. *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como medio jurídico de solución de controversias: estudio 4*. Quito: Publicaciones del Tribunal, 1987.
- SALGADO, Oswaldo. *Colección Sendero Suramericano del Siglo 21: El ABC del Derecho para la integración*. Quito: EDISLAT, 2010. Tomo 1.
- “Sarmiento Nuñez Consulting” [en línea]. 2007. [consultado 4 de febrero de 2015]. Disponible en: <<http://www.snconsult.com/>>.
- VALENCIA RODRÍGUEZ, Luis. *Principios de las Naciones Unidas*. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1972.
- VEGA, H. *Integración Económica y Globalidad América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Ediciones Tierra Mía. 2001.

Sección III – Seção III

Medio Ambiente y Desarrollo

Meio Ambiente e Desenvolvimento

OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y EL DERECHO AL DESARROLLO

Ana Rachel Freitas da Silva*

Resumo: A história econômica brasileira indica a opção por políticas públicas que atráisssem o capital estrangeiro para o país, sob o argumento de que seria uma fonte alternativa de financiamento para o desenvolvimento. Contudo, a associação entre investimento estrangeiro e desenvolvimento leva em consideração um conceito restrito de desenvolvimento, que pode ser medido pelo crescimento econômico. As questões envolvendo os investimentos estrangeiros devem considerar o desenvolvimento como um direito humano, amparado por documentos internacionais e pela Constituição Federal Brasileira.

Resumen: La historia económica brasileña revela la opción por políticas públicas que atrajeran el capital extranjero, con el argumento de que sería una fuente alternativa de financiamiento del desarrollo. Sin embargo, la asociación entre inversiones extranjeras y desarrollo se basa en un concepto restrictivo de desarrollo, que puede ser medido por el crecimiento económico. Las cuestiones que involucran las inversiones extranjeras deben considerar el desarrollo como un derecho humano, amparado por documentos internacionales y por la Constitución Federal Brasileña.

Palabras clave: Investimentos, Desenvolvimento, Direitos Humanos

Palabras-clave: Inversiones, Desarrollo, Derechos Humanos

1. INTRODUÇÃO

O ingresso do capital estrangeiro sempre foi festejado e sobre ele depositada a esperança do financiamento do desenvolvimento do país. Contudo, é importante investigar a qual tipo de desenvolvimento

* Procuradora da Fazenda Nacional, Ministério da Fazenda do Brasil, Atua na Coordenação-Geral de Operações Financeiras da União no acompanhamento das negociações do Tratado para constituição do Centro de Solução de Controvérsias em Investimentos da UNASUL. Mestre em Direito das Relações Internacionais e Doutoranda em Direito, ambos pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). E-mail: anarachel.freitas@gmail.com

essa expectativa está atrelada. Parece-nos, inicialmente, que o desenvolvimento proporcionado pelo capital estrangeiro poderia ser avaliado em termos econômicos, como sinônimo de crescimento econômico. Na utilização de índices como Produto Interno Bruto, Exportações, Formação Bruta de Capital Fixo, Formação de Capital Humano, conclusões são apontadas nos dois sentidos: favoráveis e contrários à política brasileira de atração ao capital estrangeiro.

Contudo, o que pretendemos questionar nesse trabalho, ainda que seja como um primeiro olhar sobre o tema, é o conceito de desenvolvimento utilizado para avaliar os resultados dos investimentos estrangeiros diretos. O que se propõe é a utilização de um conceito de desenvolvimento como direito humano, como reconhecido pela Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento.

A preocupação com o desenvolvimento não está limitada aos instrumentos internacionais. A Constituição Brasileira, de 1988, trouxe em seu bojo o desenvolvimento como objetivo, elencando vários outros princípios que indicam a preocupação do constituinte com os vários aspectos da vida social. Nesse sentido, a adoção de políticas que incentivem ou dificultem o acesso do capital estrangeiro deve estar em acordo com os objetivos e preocupações constitucionais.

Aos Estados cabe um papel ativo na proteção e promoção desses direitos, seja pela postura mais ativa na relação direta com os indivíduos e coletividade, seja na cooperação com outros Estados. Assim, ao decidir pelo ingresso de recursos estrangeiros no país, a decisão governamental deve considerar se e em que medida tais investimentos promovem o direito ao desenvolvimento.

2. INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO BRASIL

Em primeiro lugar, cabe destacar que se pretende analisar o investimento estrangeiro direto (IED), sob a perspectiva do direito ao desenvolvimento. Sua principal característica é a estabilidade da aplicação, ou seja, o interesse de permanência do capital, como expressado pelo art. 1º da Lei nº 4.132, de 1962¹. Aplicações meramente especulativas, voláteis, ainda que provenientes de pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, não são consideradas investimento estrangeiro nos termos da legislação brasileira.

Orozimbo José de Moraes² identifica quatro ciclos do IED no

1 Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

2 Cf. MORAES, Orozimbo José de. *Investimento Direto Estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

Brasil. O primeiro corresponde à industrialização por substituição de importações adotado no pós II Guerra. Esse investimento estava mais concentrado em bens públicos, ferrovias e exportações de matérias primas, que aproveitavam as vantagens comparativas. Entre 1950 e 1960, o país contou com uma política governamental mais intensa, dirigida para a substituição de importações de bens de consumo duráveis, bens intermediários e bens de capital.

O segundo ciclo abrange os anos entre 1967 e 1973 e se desenvolve no âmbito do chamado “milagre econômico”, com o Programa Estratégico de Desenvolvimento do Ministério do Planejamento, com um aumento do estoque de capital estrangeiro na indústria de mais de 4 vezes e taxas de crescimento expressivas. O terceiro ciclo tem início com a implantação do II Programa Estratégico de Desenvolvimento, em 1974, para ajustamento da economia brasileira aos dois choques do petróleo e se caracterizou pelo “crescimento com endividamento”, no qual o governo contava com financiamento abundante e barato existente no mercado financeiro internacional.

O quarto e último ciclo começa em 1995, com o ingresso expressivo de IED e a internacionalização da economia brasileira. A “reestruturação industrial” e a nova onda de IED transformaram o ambiente empresarial na América Latina. Alguns fatores contribuíram para isso: abertura comercial iniciada em 1991, redução da regulação sobre o investimento privado, estabilização macroeconômica proporcionada pelo Plano Real, iniciada em 1994, o progresso da integração regional com destaque para o MERCOSUL e a adoção de programas extensos de privatização de serviços e infra-estrutura.

Apesar do festejado crescimento do IED a partir da década de 90, Brasil que tinha alcançado o terceiro lugar como destino de IED na década de 80, caiu para o 8º lugar na década de 90³. Os anos 2000 experimentaram uma retomada e em 2011, o Brasil figurou na 5ª posição entre os países receptores de investimentos, mantendo-se atrativo nos anos seguintes⁴.

Apesar do IED ter contribuído para o aumento da eficiência e da competitividade em setores mais defasados da economia nacional, em comparação aos padrões internacionais, o principal instrumento utilizado pelas empresas transnacionais foi a importação massiva de componentes e de tecnologia, sem o aumento proporcional das exportações. A maior parte da produção estava direcionada para o

3 Dados colhidos por BARRETOS FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional dos Investimentos Estrangeiros*. Brasília: Instituto Rio Branco. Fundação Alexandre Gusmão. Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

4 Dados disponíveis no sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas sobre Comércio e desenvolvimento: UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [online]. Genebra: UN Publications, 2011 [acesso em 28 de março de 2014]. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>.

mercado doméstico. No médio e longo prazo, o fluxo do IED contribuiu para o agravamento da restrição de divisas e aumento da vulnerabilidade externa⁵.

Ademais, consoante demonstra o mesmo estudo⁶, uma grande parte do IED que ingressou no mercado brasileiro foi destinado à aquisição de ativos já existentes, pouco contribuindo para a formação bruta do capital fixo⁷. A contribuição desse tipo de investimento estrangeiro para a formação bruta do capital fixo só se materializa quando investimentos adicionais são realizados. Esses investimentos adicionais parecem ter sido relativamente modestos no Brasil em termos macroeconômicos.

A análise das exportações e importações das 500 maiores empresas privadas brasileiras (separadas entre empresas nacionais e filiais estrangeiras), nos anos 1989, 1992, 1997 e 2000 levou Sarti e Laplane⁸ a concluir que, embora as filiais estrangeiras exportassem proporcionalmente mais do que as empresas nacionais, os números das importações realizadas por essas empresas tornaram sua contribuição ao saldo da balança comercial pouco significativa. Além disso, comparando as filiais brasileiras de empresas estrangeiras e as empresas nacionais, não havia grande diferença no volume de exportações, considerando empresas do mesmo porte e do mesmo setor, o que sugere que a capacidade exportadora estava mais relacionada com o setor do que com a pretensa nacionalidade da empresa. Por fim, ainda comparando transnacionais e nacionais, as empresas brasileiras apresentavam um volume menor de importações.

O estudo da formação bruta do capital fixo, dos volumes de importação e exportação e o consequente resultado na balança comercial servem apenas para demonstrar os efeitos do IED no Brasil em relação a alguns indicadores econômicos. Poderíamos elencar outros indicadores, como crescimento do PIB, taxas de desemprego e arrecadação, que indicariam uma contribuição positiva do IED. Contudo, não é o objetivo desse pequeno estudo indicar a evolução das variáveis macroeconômicas

5 Cf. SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

6 Idem.

7 A Formação Bruta de Capital Fixo (FBCF) mede o quanto as empresas aumentaram os seus bens de capital, ou seja, aqueles bens que servem para produzir outros bens. São basicamente máquinas, equipamentos e material de construção. Ele é importante porque indica se a capacidade de produção do país está crescendo e também se os empresários estão confiantes no futuro. A Formação Bruta de Capital Fixo (FBCF) é calculada trimestralmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Ao longo de 10 anos ocorreu um pequeno aumento da FBCF (em % PIB), estava em 16,4 em 2002 e em 2012 em 20,4% do PIB. Em: BACIC, Frederico Matias. “Formação Bruta de Capital Fixo (FBCF ou FBKF) no Brasil em % do PIB” [online]. *Economidiando* [4 de setembro de 2012]. [acesso em: 7 de fevereiro de 2014]. Disponível em: <<http://economidiando.blogspot.com.br/2012/09/formacao-bruta-de-capital-fixo-fbcf-ou.html>>.

8 SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. Op. Cit.

resultantes direta ou indiretamente do capital estrangeiro no Brasil.

O próprio crescimento econômico brasileiro, pela industrialização regionalizada, tem sido implementado de forma compartimentalizada, seja por não considerar o desenvolvimento de forma holística, seja por não considerar o Brasil com suas particularidades sociais e regionais. Nesse processo de industrialização e desenvolvimento econômico (aqui entendido como crescimento), o país se constituiu de inúmeras “células exportadoras”, sem um planejamento que pudesse articular os interesses nacionais e regionais, e ainda, os interesses internacionais⁹.

Nesse cenário, o capital estrangeiro instalado no país esteve direcionado majoritariamente ao mercado doméstico, com atividade exportadora reduzida. Tal comportamento resulta num desestímulo à inovação, uma vez que os produtos não sofrem a concorrência de mercados exigentes como os de países desenvolvidos. Tampouco conseguiu lograr uma maior integração das cadeias produtivas com a participação das empresas brasileiras, dadas as facilidades de importação de componentes e produtos intermediários. Como resultado, a economia brasileira tornou-se ainda mais vulnerável, principalmente se considerarmos a trajetória de liberalização tarifária, que permite que as empresas transnacionais tenham acesso ao mercado brasileiro sem a necessidade de produzir no país.

Como resultado, as medidas econômicas no Brasil, além de serem voltadas para a resolução de problemas de curto prazo, com pouco o quase nenhum planejamento de longo prazo, estão concentradas no que Pochmann chama de FaMa (Fazenda e Maquiladora), pois “combinam a produção em larga escala de bens primários com manufaturados montados a partir do uso difundido de insumos importados”¹⁰. Essas medidas vão reproduzindo a situação histórica de dependência do país, sem quebrar com o ciclo de subdesenvolvimento.

3. O DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO HUMANO

Parece haver pouca resistência sobre a necessidade de buscar o desenvolvimento, principalmente quando as discussões compreendem desafios dos países mais pobres. Contudo, apesar da aparente conversão quanto ao objetivo que deve ser perseguido, principalmente no que tange aos investimentos estrangeiros, objeto do presente estudo, tal convergência se perde quando adentramos o conceito de desenvolvimento.

Por tratar-se de conceito extremamente complexo e

9 Cf. BRANDAO, Carlos Antônio. *Território e desenvolvimento: as múltiplas escalas entre o local e o global*. 2ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

10 POCHMANN, Marcio. *Qual desenvolvimento? Oportunidades e dificuldades do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Publisher, 2009. p. 86.

multidisciplinar, vamos apenas enumerar as definições mais difundidas sobre o que vem a ser desenvolvimento, nos pautando, para tanto, na obra do professor Arndt, com título original “*Economic Development: the History of an Idea*”¹¹ (Desenvolvimento Econômico: a História de uma Ideia).

É importante ressaltar que, apesar de uma ou outra concepção de desenvolvimento terem tido destaque em determinado momento histórico, não há uma sucessão de conceitos de desenvolvimento. Ao contrário, as diferentes identificações do que seria o almejado desenvolvimento coexistem e, em muitos casos, se completam.

A aceção de desenvolvimento que vigora no pós II Guerra Mundial é a de crescimento econômico. Os países mais pobres buscavam, a todo custo, elevar seus indicadores de crescimento e industrialização, como por exemplo, o PIB. Nesse contexto, algumas alternativas se colocaram tanto como meios para determinar o desenvolvimento (crescimento), quanto como estratégias de governo, como por exemplo, o investimento no capital humano e a busca de uma performance mais ativa no comércio internacional.

Contudo, alguns anos mais tarde, apesar de muitos países em desenvolvimento apresentarem melhoras nos números relacionados ao crescimento da riqueza, a situação de suas populações continuava a mesma, quando não piorava. Foi nesse contexto que vários críticos, incluindo aqui organizações internacionais, apontavam as limitações em se considerar desenvolvimento como crescimento econômico, propondo a utilização de critérios sociais para definir desenvolvimento. Essas ideias sofriam grande resistência por parte dos governos dos países em desenvolvimento, que continuavam demonstrando preocupação com o crescimento e estavam receosos de que a inserção de temas sociais na agenda pudesse prejudicar os esforços no sentido de ampliar a riqueza interna.

O conceito de desenvolvimento passou, então, a compreender objetivos sociais como o desenvolvimento social, emprego, igualdade, eliminação da pobreza, o suprimento das necessidades básicas e o bem estar. Tais preocupações foram abraçadas pelo Estado do bem estar social que buscava, de forma mais ou menos eficiente, proporcionar as condições para o gozo desse *status* por todos os indivíduos. É dentro desse contexto que floresce a identificação do desenvolvimento como direito humano.

Em sua conclusão, Arndt¹² distingue o desenvolvimento como objetivo político e que historicamente comportou inúmeras definições e desenvolvimento como processo que tem lugar bem antes de se pensar

11 Cf. ARNDT, H. W. *Economic Development: The History of an Idea*. Chicago and London: University of Chicago Press, 1987.

12 *Ibidem*.

em desenvolvimento como objetivo, até de forma inconsciente. Encarar o desenvolvimento como um processo complexo pode resultar em mudanças nas perspectivas sobre o desenvolvimento como um objetivo, até porque, no conceito de desenvolvimento estão contidos todos os dilemas sobre as condições e as esperanças humanas.

Por fim, é importante citar a compreensão de desenvolvimento como liberdade, defendido por Amartya Sen¹³. A liberdade possui, nessa teoria, tanto uma função instrumental quanto finalística. As três liberdades fundamentais ou grandes liberdades seriam a política, a econômica e a social. As outras liberdades seriam instrumentais, ou seja, meios para alcançar as liberdades fundamentais. É interessante observar como essa concepção cuida do desenvolvimento de forma holística, sem descuidar de cada um dos aspectos que compõem o conceito, e ao mesmo tempo, trabalha individualmente cada liberdade, num movimento recíproco. “É tão importante afirmar a importância individual de diferentes tipos de liberdade, como é reconhecer a interdependência empírica entre estas mesmas liberdades”¹⁴.

O direito ao desenvolvimento insere-se no segmento dos denominados direitos fundamentais de terceira dimensão. São constituídos em torno da titularidade coletiva ou difusa. Estão direcionados para além da garantia à vida e à liberdade (direitos civis e políticos), mas concernem à preocupação com a qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de qualquer raça ou nacionalidade¹⁵. Foi no plano internacional que esses direitos foram se desenvolvendo inicialmente.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, de 1993¹⁶, reafirma o direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento¹⁷, de 1986, enquanto direito universal e inalienável e parte integrante dos Direitos Humanos fundamentais. Reafirma a indivisibilidade dos direitos humanos, não escusando um Estado do sacrifício de um direito em detrimento de outro.

A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento situa o ser humano como sujeito central do processo

13 Cf. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

14 SEN, Amartya. “Prefácio”. Em: BARRAL, Welber (ed). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 28.

15 Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

16 “Conferência de Direitos Humanos - Viena - 1993 [online]”. *DHnet. Direitos humanos na Internet*. [acesso em: 16 de fevereiro de 2014]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>.

17 “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986 [online]”. *DHnet. Direitos humanos na Internet*. [acesso em: 02 de março de 2014]. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>>.

de desenvolvimento. A Declaração de Viena, ao adotar a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, contribuiu para inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse processo, o Estado exerce papel importante para efetivação desse direito, conforme prevê o artigo 2.3 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, *in verbis*

Art. 2.3 Os estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Previsões semelhantes sobre a responsabilidade dos Estados estão contidas nos artigos 3.1, 6.3, 8.1, 8.2 e 10 da Declaração mencionada. Os Estados em desenvolvimento, nesse contexto, além de responsáveis por proporcionar o desenvolvimento aos seus cidadãos, acabam sendo beneficiários do reconhecimento desse direito, uma vez que ele envolve ainda, obrigações de cooperação no plano internacional.

A Declaração de Viena, já mencionada, traz a responsabilidade de toda a comunidade internacional para com o desenvolvimento, responsabilidade essa que, pelas próprias condições econômicas dos países, impõe maior comprometimento aos países desenvolvidos. Em uma das afirmações do artigo 10, extraímos:

Os Estados devem cooperar entre si para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos que lhe sejam colocados. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional efetiva com vista à realização do direito ao desenvolvimento e à eliminação de obstáculos ao desenvolvimento.

Seria importante reconhecer que as assimetrias entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento iriam requerer lentes distintas para olhar as relações entre países desenvolvidos e as relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. O direito dos investimentos também deve ser tratado sob essa perspectiva¹⁸. Modelos e análises que envolvam operações entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento devem levar em conta que a responsabilidade para promover o desenvolvimento do ser humano, independente da origem, cabe a todos os membros da sociedade internacional.

18 Cf. MOISES, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

Nesse caminho, a Constituição Brasileira, de 1988, não somente estabeleceu de forma expressa a promoção do desenvolvimento como um dos objetivos da República, como reconheceu o direito ao desenvolvimento como direito fundamental. Essa afirmação pode ser extraída de uma interpretação sistemática da Constituição, ao se considerar a inserção do desenvolvimento como objetivo da República e de uma interpretação teleológica, na medida em que a promoção do desenvolvimento humano, não apenas no aspecto econômico, possibilita o desenvolvimento das liberdades fundamentais. Sem o desenvolvimento do homem, aqui também amparado pelo valor da dignidade humana constitucionalmente consagrado, o avanço econômico tem pouco significado¹⁹.

A Constituição de 1988, como constituição dirigente, traz uma série de dispositivos voltados à superação da condição de subdesenvolvimento. Ela oferece a base para a atuação do Estado com vistas a alcançar mudanças de cunho econômico e social, além de oferecer embasamento jurídico para a ação política.

Ademais, por tratar-se de direito humano estabelecido em tratado internacional, no caso, a Declaração de Viena, no âmbito da ONU, o direito ao desenvolvimento incorporaria a norma aberta do §2º do artigo 5º da Constituição, por sua natureza materialmente constitucional²⁰. Dispõe o artigo *supra* citado:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesse sentido, o direito ao desenvolvimento adquire uma preponderância, devendo ser visto como orientador das políticas públicas. Ele constitui um fim em si mesmo e um meio para alcançar os demais direitos previstos na Carta Política. Cuida-se de um direito complexo, para o qual convergem ações em várias áreas, a exemplo do desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e desenvolvimento político.

4. INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS SOB A PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO DO BRASIL

A princípio, devemos esclarecer que, ao analisar as políticas de atração do capital estrangeiro sob a perspectiva do desenvolvimento,

19 Cf. TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Método, 2006.

20 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2004.

não estamos aqui advogando pela expulsão desse capital. Ao contrário, defendemos a importância de estabelecer uma clara estratégia de inserção do Brasil na economia globalizada. Nesse contexto, é importante destacar a participação do IED, contudo, é preciso repensar o papel desse capital, que deve estar associado a uma melhora qualitativa da inserção da economia brasileira na economia global. Isso significa uma melhoria na qualidade dos investimentos. Essa melhor qualidade dos investimentos deve atender às necessidades de bem estar da população brasileira, em atenção aos objetivos e às diretrizes trazidas pela Constituição Federal, como o desenvolvimento, o pleno emprego e o combate à pobreza.

Isso não significa desconsiderar a importância do crescimento econômico, até porque uma política de bem estar e distribuição de renda exige uma soma considerável de recursos. Contudo, a preocupação com a distribuição e o desenvolvimento como direito humano não pode ser postergada indefinidamente até que se julgue que o país alcançou riqueza suficiente para realizar essas tarefas. Defendemos apenas que o crescimento econômico não deve ser a única medida do desenvolvimento. Ele é um instrumento para o desenvolvimento.

Mesmo reconhecendo que, nas diretrizes da política externa brasileira, o desenvolvimento quase sempre esteve identificado como crescimento, o Brasil não conseguiu estabelecer uma estratégia clara de associação com o capital estrangeiro, o que foi responsável pelo agravamento da vulnerabilidade externa e problemas no balanço de pagamentos. A visão de que a entrada de investimentos traria riquezas para o país, independente das condições em que ocorresse, fez com que as autoridades envolvidas deixassem de aproveitar o momento para uma negociação com as empresas estrangeiras que buscava aumentar a contrapartida para o Brasil. Essa contrapartida envolveria maior comprometimento dessas empresas com as questões sociais e humanas.

o Brasil entrou no século XXI com um aparelho industrial moderno e diversificado e um setor de agronegócios que lhe confere a liderança mundial em vários outros campos. No entanto, a sua estrutura ocupacional reflete o atraso social do país (...) A economia brasileira é constituída de um arquipélago de empresas modernas e eficientes, algumas entre elas de classe mundial, imerso num oceano de atividades de baixíssima produtividade²¹.

A estratégia de inserção deve abranger não apenas a produção voltada para o mercado interno, mas a expansão das exportações brasileiras, a exemplo da estratégia adotada pela Coreia do Sul e outros tigres asiáticos, com compromisso de exportação e ampliação do valor

21 BRANDAO, Carlos Antônio. *Território e desenvolvimento: as múltiplas escalas entre o local e o global*. 2ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2012. p. 111 e 112.

agregado do que é produzido no país²². Tais medidas contribuiriam para reduzir a vulnerabilidade externa do país e induzir uma cultura empresarial de inovação, permitindo que o país desenvolva produtos com maior valor agregado, diversificando a pauta de exportações.

Para que essa estratégia seja implementada, faz-se necessária uma postura mais ativa das autoridades brasileiras, negociando diretamente com as empresas interessadas no mercado nacional. Contudo, devemos cuidar para que essas negociações reflitam uma posição governamental conjunta, envolvendo as três esferas federativas. Isso porque, ao buscar atrair investimentos a qualquer custo, muitas regiões brasileiras fazem concessões prejudiciais que limitam o que pode ser aplicado em áreas como saúde e educação. Além disso, essa postura tem causado embates entre as diversas regiões brasileiras, com manobras que afetam a livre iniciativa.

A transição para o desenvolvimento sustentável começa com uma mudança imediata de paradigma, que estava baseada no crescimento financiado pelo ingresso de recursos externos e pela acumulação de dívida externa para um paradigma de mobilização dos recursos internos associados aos externos, com políticas que tomem outros valores como objetivos principais. Sachs²³, por exemplo, sugere que o desenvolvimento passe a considerar o trabalho como finalidade principal. Seguindo o raciocínio, o caminho dos países em desenvolvimento não pode ser o mesmo seguido pelos países desenvolvidos. A análise do desenvolvimento não está circunscrita a critérios economicistas, envolve fatores culturais e educação, o que não pode ser mensurado. Assim, o Estado tem um papel fundamental a desempenhar no desenvolvimento²⁴.

A adoção de um conceito de desenvolvimento sustentável, que inclua os vários aspectos do bem estar humano, traz um olhar distinto sobre a atração do capital estrangeiro. As filiais que aqui se instalaram e operam sob a legislação brasileira devem ser compelidas a atuar de conformidade com a ordem jurídica. A responsabilidade de exigir essa conformidade, seja com sanções para os descumprimentos, seja com prêmios para promoção da responsabilidade empresarial, é do Estado. Mais do que uma análise quantitativa do recurso disponível no mercado interno, cabe ao Estado fazer uma análise qualitativa desses recursos, incentivando a atividade produtiva, numa postura bem distinta daquela que vislumbramos atualmente, totalmente favorável à financierização da riqueza.

Por outro, é importante destacar que o compromisso governamental com o bem estar de sua população é perfeitamente compatível com

22 Cf. LACERDA, Antônio Corrêa de. "Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento". *Revista Administração em Diálogo*. 2003, n° 5, p. 11-18.

23 Cf. SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: includente, sustentável e sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

24 *Ibidem*.

a segurança jurídica e a manutenção de um espaço favorável para os negócios. Apesar de não ter ratificado qualquer Acordo Bilateral de Investimentos, o Brasil seguiu recebendo investimentos estrangeiros. Dentre as explicações que se buscam para esse fenômeno, cabe destacar o poder de barganha do mercado interno e o ambiente favorável, que apresenta garantias mínimas de segurança para os investidores estrangeiros.

Tais elementos podem ser mais bem aproveitados na estratégia de inserção brasileira na economia internacional. Reformas institucionais, não apenas que melhorem as condições econômicas do país, mas reformas legais que simplifiquem e facilitem as atividades empresariais no Brasil são bem vindas. A legislação brasileira que cuida sobre investimentos é um exemplo. A normativa encontra-se difusa e com muitos dispositivos desatualizados, o que prejudica a transparência e a segurança jurídica. A Lei nº 4.131, de 1962, é o principal instrumento legal que regulamenta a entrada do capital estrangeiro no país e parece preocupar-se, basicamente, com o registro de capitais, não dispendo sobre outros temas de grande interesse para os investidores²⁵.

Dessa feita, seria interessante rever a legislação nacional sobre o assunto para buscar uma aproximação com a normativa internacional. Isso não significa aceitar a liberalidade e os dispositivos que estabelecem privilégios para os investidores estrangeiros em detrimento do espaço regulatório do Estado. Vários dos direitos concedidos aos investidores internacionais já estão previstos na legislação nacional, como por exemplo, a indenização em caso de desapropriação, mas pela falta de sistematização e tratamento específico do tema, não podem ser facilmente acessados pelos interessados no mercado nacional.

Cabe destacar, ainda, que o constituinte brasileiro demonstrou preocupação com a dependência econômica brasileira, ao elencar como princípio a reger a ordem econômica a soberania nacional²⁶. A utilização do termo soberania nacional no inciso I do art. 170 tem um significado próprio e está relacionado à superação da situação de dependência das nações desenvolvidas, não no sentido de ruptura de relações internacionais, mas no sentido de recolocação do Brasil no mercado global²⁷.

25 SCHLEE, Christine. "Investimento Internacional e desenvolvimento". In: BARRAL, Welber (ed). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

26 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional.

27 GONZALES, Thiago Holanda. "A busca pelo desenvolvimento nacional e os obstáculos à soberania econômica: uma análise da ordem econômica constitucional de 1988 face à globalização" [online]. Em: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, (Fortaleza - CE, 09-12 de junho de 2010). [acesso em 26 de fevereiro de 2014]. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/520?jsessionid=2D5958D25F87BB1C9CBAD41D0BA35C68>>.

Portanto, entendemos que os investimentos estrangeiros presentes no país devem ter o compromisso de contribuir para o bem estar da população, atuando como instrumento para a implementação do direito ao desenvolvimento. A postura das autoridades brasileiras, de exigir esse compromisso, não é, de forma alguma, incompatível com a inserção ativa e responsável do Brasil na economia internacional. A política relacionada aos investimentos estrangeiros deve buscar conciliar a manutenção de um ambiente seguro e atrativo para os investidores, que garanta ainda, bem estar interno e menor dependência externa.

CONCLUSÃO

O discurso de que o investimento estrangeiro contribui para o desenvolvimento do país não pode ser tomado como absoluto. Apesar de resultar na entrada de capital e em alguns casos estar direcionado para as atividades produtivas, esse investimento nem sempre traz benefícios para a economia do país. Essa análise deve considerar, inicialmente, o que se entende por benefício e ao chamar o benefício de desenvolvimento, o que se entende por desenvolvimento.

A aferição dos benefícios do capital estrangeiro no Brasil sempre esteve relacionada ao crescimento econômico. Apesar de ter sofrido algumas interrupções, o ingresso do capital estrangeiro foi crescente. Esse processo trouxe, sem dúvidas, resultados produtivos para a economia brasileira, principalmente no que tange à modernização, tanto dos parques produtivos quanto das estruturas organizacionais, representando uma importante contribuição para a inserção internacional da economia brasileira. Contudo, nesse processo de abertura internacional alguns efeitos colaterais foram sentidos, entre eles aumento da vulnerabilidade externa, quando as filiais das empresas estrangeiras passaram a importar, em maior escala, componentes, bens intermediários e de capital, sem que o incremento dessas importações fosse acompanhado pela contrapartida nas exportações.

Dessa forma, mesmo considerando apenas variáveis econômicas, a forma com que o país se relacionou com o capital estrangeiro resultou em alguns inconvenientes. Entretanto, não são apenas questões de produtividade que devem ser consideradas quando se pensa em desenvolvimento. A aproximação da ideia de desenvolvimento com o bem estar social ultrapassou as preocupações internas e resultou em preocupação internacional. Organizações internacionais, como a ONU, dedicaram encontros para defender o desenvolvimento como direito humano da Conferência sobre Direitos Humanos da ONU, de 1993.

O constituinte brasileiro, atento a essas questões, já havia introduzido no texto constitucional, mesmo antes da Conferência, preocupação com o desenvolvimento. Como constituição dirigente,

dispôs logo nos primeiros artigos, que o desenvolvimento era objetivo a ser buscado pela República Federativa do Brasil. Mesmo não incluído no rol dos direitos fundamentais, o direito ao desenvolvimento, como direito de terceira geração, é amplamente aceito como direito fundamental reconhecido pela Constituição e sua concretização é obrigação do Estado brasileiro.

Portanto, o Brasil pode seguir como um destino atraente para o capital estrangeiro, proporcionando um ambiente seguro para os negócios sem deixar de lado a preocupação com o bem estar da população. Pode oferecer um ambiente seguro e próspero para o capital estrangeiro, mas deve exigir desse a contrapartida, o compromisso com o desenvolvimento do país. O Estado tem papel importante a desempenhar no planejamento e na negociação interna e externa. Considerando a interdependência que caracteriza os direitos humanos, bem como a reciprocidade e inter-relação entre as liberdades substantivas e instrumentais, as decisões políticas relativas ao capital estrangeiro não podem ter em conta apenas aspectos ligados ao crescimento econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Conferência de Direitos Humanos - Viena - 1993 [online]”. *DHnet. Direitos humanos na Internet*. [acesso em: 16 de fevereiro de 2014]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>.

“Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986 [online]”. *DHnet. Direitos humanos na Internet*. [acesso em: 02 de março de 2014]. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>> .

ARNDT, H. W. *Economic Development: The History of an Idea*. Chicago and London: University of Chicago Press, 1987.

BACIC, Frederico Matias. “Formação Bruta de Capital Fixo (FBCF ou FBKF) no Brasil em % do PIB” [online]. *Economidiando*, 4 de setembro de 2012. [acesso em: 7 de fevereiro de 2014] Disponível em: <<http://economidiando.blogspot.com.br/2012/09/formacao-bruta-de-capital-fixo-fbcf-ou.html>>.

BARRETOS FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional dos Investimentos Estrangeiros*. Brasília: Instituto Rio Branco. Fundação Alexandre Gusmão. Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BRANDAO, Carlos Antônio. *Território e desenvolvimento: as múltiplas escalas entre o local e o global*. 2ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

BRANDAO, Carlos Antônio. *Território e desenvolvimento: as múltiplas escalas entre o local e o global*. 2ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2012. p. 111 e 112.

FERRÊIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*.

6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONZALES, Thiago Holanda. “A busca pelo desenvolvimento nacional e os obstáculos à soberania econômica: uma análise da ordem econômica constitucional de 1988 face à globalização” [online]. Em: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, (Fortaleza - CE, 09-12 de junho de 2010). [acesso em 26 de fevereiro de 2014]. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/520;jsessionid=2D5958D25F87BB1C9CBAD41D0BA35C68>> .

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

MOÍSES, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

MORAES, Orozimbo José de. *Investimento Direto Estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2004.

POCHMANN, Marcio. *Qual desenvolvimento? Oportunidades e dificuldades do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Publisher, 2009. p. 86.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: includente, sustentável e sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

SCHLEE, Christine. “Investimento Internacional e desenvolvimento”. In: BARRAL, Welber (ed). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

SEN, Amartya. “Prefácio”. Em: BARRAL, Welber (ed). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 28.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Método, 2006.

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [online]. Genebra: UN Publications, 2011 [acesso em 28 de março de 2014]. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>.

RECURSOS HÍDRICOS TRANSFRONTEIRIÇOS NO MERCOSUL: SUSTENTABILIDADE, GESTÃO COMPARTILHADA E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

RECURSOS HIDRÍCOS TRANSFRONTERIZOS EN EL MERCOSUR: SUSTENTABILIDAD, GESTIÓN COMPARTIDA Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL

*Bruno Rodrigues de Almeida**

*Emília L. de F. Castro***

*Marilda Rosado de Sá Ribeiro****

Resumo: *Cada vez mais ganha força a noção de que a crise hídrica mundial decorre da crise da razão humana, requerendo, para sua solução, mais do que a existência de bons aparatos (legais, burocráticos e/ou formais) para a efetivação da sustentabilidade enquanto valor verdadeiramente institucional. É fundamentalmente necessária a formação de uma nova racionalidade ético-institucional que preconize a garantia da sustentabilidade como valor informativo das diversas atividades sociais fundada na cooperação. Nesse sentido, a governança dos recursos hídricos transfronteiriços no âmbito do MERCOSUL deve ser encarada como um processo que conduz a um saber ambiental materializado nos valores éticos e nas regras políticas de convívio social e de mercado, que implica a questão distributiva entre benefícios e prejuízos da apropriação e do uso da natureza.*

Resumen: *La crisis mundial del agua se debe a la crisis de la razón humana, que requieren para su solución, no sólo la existencia de buenos dispositivos*

* Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Adjunto de Direito Internacional Privado e de Direito Ambiental Internacional da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Campus Nova Iguaçu, Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Multidisciplinar, Membro da ASADIP, advogado. E-mail: bra1278@gmail.com

** Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade da Hamburgo, Membro da ASADIP, advogada. E-mail: emilia.lfcastro@gmail.com

*** Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, Professora Associada de Direito Internacional Privado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, membro da ASADIP, Diretora da AIPN (Association of International Petroleum Negotiators), advogada. E-mail: marildarosado@gmail.com

(legales, burocráticas y/o formales). Es fundamentalmente necesario para la realización de la sostenibilidad como un valor verdaderamente institucional formar una nueva racionalidad ética e institucional que incluya garantizar la sostenibilidad como valor informativo de las diversas actividades sociales. En este sentido, la gobernanza de los recursos hídricos transfronterizos en el MERCOSUR debe ser vista como un proceso educativo que conduce a un conocimiento ambiental incorporado en los valores éticos y las políticas y normas del mercado de la vida social, que implica el examen de la distribución de los beneficios y pérdidas la apropiación y uso de la naturaliza.

Palavras-chave: Águas transfronteiriças, Investimentos internacionais, Cooperação, sustentabilidade, Governança

Palabras clave: Aguas tranfronteirizas, Inversiones internacionales, Cooperación, Sostenibilidad, Governanza

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as notícias sobre a escalada dos problemas referentes ao abastecimento de água em diversas localidades como o Chile¹, o sudeste do Brasil², a região de Mendoza na Argentina³, o norte do Uruguai⁴ e na Venezuela⁵ dão conta dos aspectos sul-americanos da crise hídrica que assola diversas áreas do planeta.

Por outro lado, as controvérsias geradas entre Argentina e Uruguai com a instalação de duas fábricas de papel no território uruguaio do rio Uruguai denotam ainda a potencialidade dos conflitos de interesses na gestão e preservação dos recursos hídricos transfronteiriços⁶.

Nesse sentido, a escassez de água potável e a necessária preservação dos mananciais a nível mundial são problemas presentes e com projeções de um futuro ainda mais agravadas. O Summary for Policymakers (SPM) do II Grupo de Trabalho do 5º Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), divulgado em novembro de 2014, traz dados preocupantes sobre a redução da oferta de água doce no mundo. Segundo estes estudos, os impactos das mudanças

1 Disponível em: <<http://www.redagricola.com/reportajes/agua/crisis-hidrica-en-el-norte-chico-obliga-agricultores-tomar-medidas-extremas>> [acesso em 18/02/2015].

2 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2014/crise-da-agua/>> [acesso em 18/02/2015].

3 Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>> [acesso em 18/02/2015].

4 Disponível em: <<http://www.diariocambio.com.uy/index.php?id=7630>> [acesso em 18/02/2015].

5 Disponível em: <<http://mundoaguaysaneamiento.net/noticias-internacionales/ante-crisis-hidrica-en-venezuela-militares-vigilaran-reparto-de-agua/>> [acesso em 18/02/2015].

6 GEARY, Mirta. “El conflicto de las papeleras”. *Revista Otro Sur*. 2006, vol 5, p. 30-34.

climáticas afetarão sensivelmente a oferta e distribuição da água doce no mundo, tornando imprescindível a cooperação das autoridades públicas, agentes do mercado e lideranças políticas de todos os níveis (locais, nacionais, regionais e mundiais) para adoção de mudanças voltadas para a mitigação (das vulnerabilidades socioambientais) e adaptação (aos padrões de sustentabilidade) significativas, no firme propósito de evitar o agravamento dos conflitos por água⁷.

O mais preocupante é que esta realidade é apenas um dos diversos desdobramentos da crise ambiental mundial, a qual se caracteriza por ser crise da racionalidade humana, na medida em que representa problema epistemológico, desafiando os padrões majoritariamente estabelecidos nas relações homem-natureza⁸.

A complexidade das conjunturas naturais e sociais envolvidas na deterioração da qualidade de vida requerem “*a integração dos diversos campos do saber, bem como a construção de uma visão sistêmica e de um pensamento complexo que abarquem os aspectos culturais, ambientais, sociais e políticos que compõem esse fenômeno*”⁹.

Num cenário global marcado pela crise ambiental e a forte assimetria entre os países ditos desenvolvidos e aqueles considerados em desenvolvimento, a redução das desigualdades socioambientais, especialmente nos Países em Desenvolvimento é de grande relevância para o equilíbrio ambiental¹⁰:

Devido a múltiplas vulnerabilidades associadas a menores níveis de desenvolvimento e a recursos inadequados, os PEDs tendem a sofrer mais com as calamidades climáticas. Esses países não têm integrado a gestão do risco de desastres e a adaptação às mudanças climáticas, e suas iniciativas são, em geral, reativas a eventos específicos. Portanto, é necessário que o investimento e as decisões tecnológicas relacionadas à redução dos riscos de desastres e à adaptação às mudanças climáticas sejam incorporadas às estratégias de desenvolvimento nacionais. Neste contexto, enquanto os esforços de mitigação das mudanças climáticas permanecem importantes, os PEDs precisam priorizar a adaptação às mudanças climáticas de forma a otimizar a erradicação da pobreza. As áreas de maior necessidade são: a transformação fundamental da agricultura; a promoção às energias renováveis, em particular para o desenvolvimento rural sustentável; a construção eficiente em energia e

7 Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/ar5_wgII_spm_en.pdf> [ultimo acesso em 18/02/2015].

8 LEFF, E. *Ecología y Capital: Racionalidad Ambiental, Democracia Participativa y Desarrollo Sustentable*. 7ed. Madrid: Siglo XXI Editores, 2007. p. 42-48.

9 VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 23.

10 HOFFMANN, Ulrich. “Poderá a economia verde mitigar os impactos das mudanças climáticas?”. *Pontes*. 2012, vol 8, nº 3, p. 8.

resiliente ao clima; e a renovação de edifícios – incluindo a urbanização em cidades de baixo carbono e infraestruturas à prova do clima nas zonas costeiras. Dado o nível de urgência e a falta de tempo, é muito importante conseguir financiamento nacional suficiente e obter fundos externos adequados para as medidas de adaptação mencionadas acima. Um financiamento internacional adequado para adaptação deve contemplar (i) todos os custos para evitar o dano; (ii) a destruição real e o dano; e (iii) as oportunidades perdidas para o desenvolvimento em PEDs.

Os governos, ao engendrar as estratégias de aproveitamento dos recursos naturais por via dos Tratados Bilaterais ou Multilaterais de Investimento, ou ainda acordos diretos com investidores estrangeiros, devem respeitar certos corolários como por exemplo: o equilíbrio entre crescimento e a proteção do meio ambiente, a harmonia entre o incremento das finanças públicas (decorrentes das atividades econômicas) e a melhoria proporcional dos direitos sociais, o respeito à cultura e às tradições locais, a inclusão dos indivíduos no processo de tomada de decisões, etc.

Graham Mayeda chama atenção para a atuação de importantes circunstâncias transnacionais afetas aos acordos internacionais de investimento, por meio dos quais pode o investidor estrangeiro dificultar ou impedir que o Estado hospedeiro implemente medidas que exijam que investidores estrangeiros e nacionais administrem seus negócios de maneira socialmente responsável. A responsabilidade social, segundo o autor, estaria em medidas que fossem capazes de promover os direitos humanos, os direitos trabalhistas, os direitos da população nativa e algumas importantes obrigações ambientais¹¹.

É preciso, portanto, que os governos e as demais entidades da sociedade civil se conscientizem da conjuntura mundial de interdependência e da necessidade de coordenação de esforços para tomada de soluções efetivas no combate aos graves problemas, na medida em que os especialistas afirmam que estratégias isoladas tenderão ao fracasso.

Preconiza-se, assim a coordenação de esforços no sentido de minimizar as mazelas que afligem a humanidade como um todo, ou seja, ao mesmo tempo em que se propugna pela construção da Sociedade Internacional pluralista ganha força a necessidade de cooperação que apresenta uma tensão dialética entre soberania e cooperação. Pretende-se evitar, de toda forma, a imposição de uma nova forma de imperialismo de princípios. Trata-se de apoiar, no exercício dos diversos níveis da atividade jurídica

11 MAYEDA, Graham. “Investing in development: the role of democracy and accountability in international investment law”. *Alberta Law Review*. 2009, vol 46, nº 4, p. 1009-1037.

internacional, o ideal de contribuir para uma sociedade internacional mais solidária, em contraponto a um ideal de “sacrifício da soberania no altar do desenvolvimento” ou de “desenvolvimento pelo direito” em substituição ao lema do pós-guerra “paz pelo direito”. Em consonância com tal afirmação o engajamento pela cooperação internacional pode resultar de uma conscientização da própria ordem internacional, no sentido de uma efetiva solidariedade, necessária para superar os gravíssimos problemas já descritos¹².

Esse paradigma interdisciplinar do desenvolvimento sustentável alcançou também o Direito Internacional Investimentos, o que se denota pela tendência contemporânea de incluir a proteção socioambiental como elemento intrínseco de discussões, sobretudo quanto à epistemologia e à metodologia dos projetos de investimento:

É possível construir uma ponte – ainda que muito frágil e estreita – para incorporar considerações do desenvolvimento sustentável ao direito internacional dos investimentos. Contudo, não se deve esperar uma revolução a partir desse movimento. Nesse quadro, são mais importantes as reflexões sobre as interpretações e as metodologias que podem auxiliar a integração dos princípios do direito do meio ambiente, do direito social e dos direitos humanos em um caso de direito dos investimentos. Dessa forma, o desenvolvimento sustentável pode ser incorporado em sua complexidade ao direito internacional dos investimentos¹³.

Destaque-se, desde logo, que o Desenvolvimento Sustentável está intrinsecamente correlacionado à ideia de cooperação, que é forma de resolução de conflitos mediante o qual os atores dividem seus esforços e coordenam suas ações de maneira a alcançar um objetivo comum¹⁴.

O princípio da cooperação encontra-se fundamentado no dever de assistência e no Direito ao Desenvolvimento Sustentado dos povos; tem sua implementação apoiada em três vertentes distintas: a cooperação internacional tecnológica, a cooperação internacional econômica e, finalmente, a cooperação internacional jurídica a qual se destina a garantir a prestação jurisdicional quando os elementos desta transbordam os limites geográficos da jurisdição doméstica do Estado

12 ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; RIBEIRO, M. R. S. “A Relação entre a Globalização e o Direito Internacional Privado”. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix (ed). *Cidadania e Direitos Humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. vol 1, p. 32.

13 MONEBHURRUN, Nitish. “A ponte entre o direito internacional dos investimentos e o desenvolvimento sustentável”. *Pontes*. 2012, vol 8, nº 3, p. 11.

14 KEOHANE, Robert Owen. *After Hegemony: cooperation and discord in the world political economy*. Princeton: Princeton University Press, 1984.

em que foi deflagrada¹⁵.

Foi nesse sentido que, em dezembro de 2002, a 57ª Assembleia Geral das Nações Unidas declarou o período compreendido entre 2005-2014 como a Década das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (DEDS), indicando a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) como órgão encarregado da elaboração do Plano Implementação do referido programa, que apregoa a adoção de novos paradigmas valorativos voltados para a promoção da Cidadania Planetária como forma de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ao desenvolvimento ambiental, cultural, econômica, ecológica, geográfica e politicamente sustentável das comunidades do planeta, preconizando a descentralização de poder em função da governança corporativa, a transdisciplinaridade com ênfase na cooperação e o limite tecnológico definido pela sustentabilidade em todos os sentidos: ambiental, social, cultural, econômico e ecológico.

Assim, o presente trabalho tratará, a partir da interdisciplinaridade na interação entre os diversos agentes econômicos atuantes no MERCOSUL, da importância da cooperação para a governança dos recursos hídricos transnacionais intrabloco de modo a alcançar e manter padrões sustentáveis na utilização dos mesmos, como forma de reduzir as assimetrias regionais e garantir o livre exercício de direitos humanos, especialmente o direito à água como corolário de desenvolvimento (social, cultural, econômica, ecológica, geográfica e ambientalmente) sustentável.

2. O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONVERGÊNCIA E COMPLEMENTARIDADE

O desenvolvimento sustentável está presente no cotidiano da sociedade contemporânea e, por vezes, se observa como uma expressão bastante atual no vocabulário da comunidade internacional. Os conceitos que envolvem a sustentabilidade, contudo, são frequentemente desconhecidos, o que faz com que muitos se utilizem da expressão sem que efetivamente reconheçam a sua importância¹⁶.

Naturalmente, a noção de desenvolvimento sustentável possui

15 ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; RIBEIRO, M. R. S. “A Relação entre a Globalização e o Direito Internacional Privado”. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix (ed). *Cidadania e Direitos Humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. vol 1, p. 33.

16 Na concepção de Katja Gehne, o conteúdo, alcance e as definições acerca do conceito de sustentabilidade não são até hoje bem definidos nem por juristas e tampouco por ambientalistas, cf. GEHNE, Katja. “Das Nachhaltigkeitskonzept als rechtliche Kategorie im Spannungsfeld zwischen staatlichen Regulierungsinteressen und Investorschutz”. In: BUNGENBERG, Marc; GRIEBEL, Jörn; HINDELÄNG, Steffen (ed). *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2010. p. 272.

sua origem no constante debate internacional acerca do conceito puro de desenvolvimento. Em realidade, o conceito de desenvolvimento sustentável partiu da reavaliação da noção de desenvolvimento, predominantemente ligada à ideia de crescimento¹⁷.

Na medida em que o conceito de desenvolvimento surge, porque acompanhado do crescimento econômico, faz-se necessária a visão progressista do desenvolvimento, “incluindo justiça social, distribuição de renda, capacidade tecnológica, pleno emprego, ambiente de trabalho seguro e saudável, cuidado com o meio ambiente e, por fim, bem estar socioeconômico, como um bem maior”¹⁸.

É por essa razão que se afirma que o desenvolvimento sustentável constitui uma noção multifacetada, capaz de compreender diferentes dimensões¹⁹. Fruto de constantes discussões no plano internacional, a expressão “desenvolvimento sustentável” teve sua primeira utilização registrada no Relatório Brundtland, oficialmente intitulado “*Our Common Future*”²⁰. O relatório foi elaborado a partir das discussões e debates travados nas reuniões da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (*World Commission on Environment and Development* - WCED). O relatório Brundtland programou a realização da Rio-92 e estabeleceu o conceito de desenvolvimento sustentável, definindo-o como o desenvolvimento que “satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades”²¹.

Na tentativa de se compreender o desenvolvimento sustentável, é preciso imaginar um modelo econômico que seja capaz de gerar riqueza e bem-estar, promovendo, ao mesmo tempo, a coesão socioeconômica e impedindo a rápida degradação do meio-ambiente. É assim que, satisfazendo as necessidades presentes, não se compromete ou degenera a capacidade que as gerações futuras possuem de suprir suas próprias necessidades “utilizando recursos naturais disponíveis, de forma racional, equalizando sua capacidade produtiva com o não-exaurimento

17 BELLEN, Hans Michael van. *Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 21.

18 COSTA, Ligia Maura. *Direito internacional do desenvolvimento sustentável e os códigos de conduta de responsabilidade social*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23.

19 BEVIGLIA-ZAMPETTI, Américo; FREDRIKSSON, Torbjörn. “A dimensão do desenvolvimento nas negociações sobre investimento”. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (ed). *A regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 44.

20 MOROSINI, Fábio Costa. “The status of sustainable development in the law of the World Trade Organization”. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JUNIOR, Alberto do (ed). *Arbitragem e Comércio Internacional. Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 62.

21 Tradução livre de “*Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*” In: UNITED NATIONS (Suíça). *Report of the World Commission on Environment and Development - Our Common Future* [online]. p. 41 [acesso em: 15/02/2015]. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>.

dessas reservas, e garantindo, assim, a busca por uma melhor qualidade de vida, em um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado”²².

Necessário mencionar, entretanto, que referido conceito traçado pelo Relatório não diz respeito apenas ao impacto da atividade econômica no meio ambiente: trata-se da preocupação que se deve ter em relação aos efeitos das atividades econômicas na qualidade de vida e no bem-estar da sociedade do presente e do futuro²³.

Oswaldo Lucon chama atenção à aparente contradição existente entre os conceitos de sustentabilidade e desenvolvimento. Enquanto o conceito de desenvolvimento por vezes se associa à exploração dos recursos para o seu aproveitamento econômico, a sustentabilidade está atrelada à preservação. Segundo o autor, desenvolvimento e sustentabilidade se harmonizam quando são considerados os limites físicos à exploração, isto é, quando dá-se importância à capacidade de suporte de que o meio-ambiente dispõe quando da exploração de determinado recurso. Para Lucon, “desenvolvimento e sustentabilidade são termos considerados complementares em sua conceituação, apesar de apresentarem conflitos intrínsecos quando de sua aplicação”²⁴.

Definição do conceito de desenvolvimento sustentável fez-se presente, de acordo com Fábio Morosini, em 1972, na Declaração de Estocolmo sobre o Desenvolvimento Humano. Referida declaração enfatizou a necessidade de os Estados adotarem, de forma coordenada e conjunta, um plano para o desenvolvimento, bem como de se estabelecer uma maneira de garantir o desenvolvimento protegendo e recuperando o meio-ambiente²⁵. Principais preocupações da Conferência de Estocolmo foram o crescimento populacional, o processo de urbanização e as tecnologias envolvidas na industrialização²⁶.

Salienta Sidney Guerra que a Conferência de Estocolmo conseguiu

22 VIEIRA, André Luís. “A fundamentação teórica do desenvolvimento sustentável: considerações”. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. 2006, ano 5, nº 27, p. 3305.

23 “The satisfaction of human needs and aspirations in the major objective of development. The essential needs of vast numbers of people in developing countries for food, clothing, shelter, jobs - are not being met, and beyond their basic needs these people have legitimate aspirations for an improved quality of life. A world in which poverty and inequity are endemic will always be prone to ecological and other crises. Sustainable development requires meeting the basic needs of all and extending to all the opportunity to satisfy their aspirations for a better life”. In: UNITED NATIONS (Suíça). *Report of the World Commission on Environment and Development - Our Common Future* [online], p. 41-42 [acesso em: 08 mar. 2014]. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>.

24 LUCON, Oswaldo. “Desenvolvimento sustentável”. In: REI, Fernando; CIBIM, Juliana Cassano; ROSINA, Mônica Guise; NASSER, Salem Hikmat. *Direito e desenvolvimento – uma abordagem sustentável*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

25 MOROSINI, Fábio Costa. “The status of sustainable development in the law of the World Trade Organization”. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JUNIOR, Alberto do (ed). *Arbitragem e Comércio Internacional. Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 63.

26 BELLEN, Hans Michael van. *Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 21

colocar a discussão ambiental no campo internacional. Ademais, a Conferência conseguiu alcançar “objetivos profícuos” por ter logrado definir as prioridades das futuras negociações sobre meio-ambiente, contribuindo também para a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma), o estímulo à criação de órgãos nacionais dedicados à questão do meio ambiente em dezenas de países que ainda não os tinham, o fortalecimento de organizações não governamentais e a maior participação da sociedade civil nas questões ambientais²⁷.

O desenvolvimento sustentável foi foco de análise de outros diplomas internacionais posteriormente elaborados, apresentando um sem-número de formulações e especificações²⁸. A Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro entre 3 e 14 de junho de 1992 (CNUMAD), também conhecida como Cúpula da Terra ou Rio 92, figura como um exemplo. Dentre os vários documentos surgidos a partir dessa conferência, a Declaração do Rio estabeleceu a necessidade de todos os países perseguirem o desenvolvimento econômico, diferentemente daquilo previsto no Relatório Brundtland, onde foi estabelecido que apenas os países em desenvolvimento atuariam com vistas ao desenvolvimento econômico, proporcionando à população o acesso às necessidades básicas²⁹.

Cite-se, ainda, a Declaração de Copenhague sobre Desenvolvimento Social, de 1995, que reforçou o desenvolvimento econômico e social e a proteção ao meio ambiente como pertencentes ao conceito de desenvolvimento sustentável. O mesmo reforço foi feito pela Declaração de Johannesburgo, de 2002, que também visa a conquista do desenvolvimento sustentável por meio da erradicação da pobreza; das mudanças nos hábitos de consumo e dos padrões de produção; e da proteção e uso consciente dos recursos naturais. Os mesmos objetivos e definições também foram citados e almejados mais recentemente, em 2012, na ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), conhecida também como Rio+20.

É nesse contexto que se conclui que o conceito de desenvolvimento

27 GUERRA, Sidney. “Desenvolvimento sustentável nas três grandes conferências internacionais de ambiente da ONU: o grande desafio no plano internacional”. In: GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina. (ed). *Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia*. Ijuí: Editora Ijuí, 2010. p. 78-79.

28 SCHRIJVER, Nico. *The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law / Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

29 MOROSINI, Fábio Costa. “The status of sustainable development in the law of the World Trade Organization”. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JUNIOR, Alberto do (ed). *Arbitragem e Comércio Internacional*. Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 64.

sustentável deve se fundamentar sobre um tripé básico: a atividade econômica, o meio-ambiente e o bem-estar da sociedade³⁰. Assim, identifica-se que a definição de desenvolvimento sustentável se baseia não apenas em aspectos que digam respeito ao meio-ambiente. Apesar de a expressão ter sido cunhada, primeiramente, pelo Relatório de Brundtland e ter sido consagrada por outros diplomas que exaltavam, mormente, a necessidade da proteção do meio-ambiente, percebe-se, por todo o exposto, que o desenvolvimento sustentável ultrapassa o foco da proteção ao meio-ambiente, visando a redução da pobreza, o uso consciente dos recursos naturais e o acesso da população a condições mínimas de bem-estar e de qualidade de vida.

Não é por outro motivo que Hans Michael van Bellen estipula diferentes abordagens conceituais e práticas acerca do desenvolvimento sustentável: (i) a sustentabilidade da perspectiva econômica, que se baseia na correta e equilibrada alocação, distribuição e escala dos fluxos de recursos de um Estado; (ii) a sustentabilidade da perspectiva social, referente ao bem-estar humano, à condição humana e aos meios usados para aumentar a qualidade de vida dos seres humanos; (iii) a sustentabilidade da perspectiva ambiental, que se preocupa com os impactos da atividade humana sobre o meio ambiente, visando a ampliação da capacidade do planeta por meio da utilização racional do potencial encontrado na natureza, deteriorando-a o mínimo possível; (iv) a sustentabilidade da perspectiva geográfica, que é alcançada através de uma melhor distribuição e alocação dos assentamentos humanos e das atividades econômicas, buscando configurar áreas rurais e urbanas da maneira mais adequada; e (v) a sustentabilidade da perspectiva cultural, que se relaciona com a concretização da modernização de determinada sociedade sem que ocorra o rompimento da identidade cultural dentro de determinados contextos espaciais³¹.

A sustentabilidade não se concentra apenas na vertente que confere proteção ao meio ambiente; ela pode ser observada a partir de diversas perspectivas, projetando em determinada comunidade diferentes dimensões acerca da sustentabilidade. A essência da sustentabilidade está no fato de que determinada atitude deve ser tomada considerando as consequências em longo prazo.

Todo e qualquer ato perpetrado por qualquer membro de uma comunidade deve ser no sentido de evitar que se coloque em risco a qualidade de vida das gerações futuras. É por essa razão que o desenvolvimento sustentável inclui também um elemento político: a partir do momento em que toda a sociedade compreende a sua

30 VIEIRA, André Luís. "A fundamentação teórica do desenvolvimento sustentável: considerações". *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. 2006, ano 5, nº 27, p. 3306.

31 BELLEN, Hans Michael van. *Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 34-39.

própria função de mantenedora de um espaço ambiental, social e economicamente equilibrado, é possível que ela se enxergue como componente político indispensável à efetivação daquilo que chamamos de direito ao desenvolvimento.

Assim, em contraponto ao ideal do crescimento (cartesiano), especialmente a partir da CNUMAD, a abordagem contemporânea do desenvolvimento (ambiental, cultural, ecológica, econômica, geográfica, política e socialmente) sustentável assumiu relevância estratégica em diversas áreas do conhecimento, na medida em que este novo paradigma vem sugerir a reavaliação e a reinterpretção de uma série de valores interinstitucionais como a Ética integrada ao cotidiano para o desenvolvimento orgânico, holístico, participativo, onde os seres humanos são vistos como inseparáveis dos ecossistemas, em uma relação de sinergia de conhecimento indivisível, empírico e intuitivo.

Nesse contexto, a natureza deve ser entendida como um conjunto de sistemas inter-relacionados, onde o todo é maior que a soma das partes, e o conceito de bem-estar seja avaliado pela qualidade das inter-relações entre os sistemas ambientais e sociais com ênfase qualidade de vida, preconizando a descentralização de poder em função da governança corporativa, a transdisciplinaridade com ênfase na cooperação e limite tecnológico definido pela sustentabilidade ambiental, cultural, ecológica, econômica, geográfica, política e social.

3. ESTRUTURA E PRINCÍPIOS DA REGULAÇÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL NO MERCOSUL

Por conta da extensão deste Bloco (mais de 56% do território do continente sul-americano) e da grande diversidade de ecossistemas compostos por bacias hidrográficas, florestas equatoriais, tropicais e subtropicais, zonas costeiras, cerrados, pampa, o chaco, o pantanal, regiões semidesérticas, e as montanhas andinas, dentre outros, a regulação em matéria ambiental no MERCOSUL é de importância estratégica para os objetivos da integração econômica almejada pelos Estados-Partes, conforme estabelecido já no Preâmbulo do Tratado de Assunção³².

32 De 26 de março de 1991, promulgado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 350 de 21 de novembro de 1991.

PREÂMBULO

Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social;

Entendendo que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;

Tendo em conta a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de

Observa-se que, embora o referido diploma não seja um acordo específico na matéria ambiental, o seu Preâmbulo estabelece três princípios que devem informar a coordenação das políticas macroeconômicas dos Estados-Partes com relação à utilização dos recursos ambientais nos diversos setores da economia de maneira: a gradualidade, a flexibilidade e o equilíbrio.

O princípio da gradualidade informa que o processo de integração deve buscar a convergência harmoniosa entre os aspectos econômicos e sociais com vistas à proteção ambiental, enquanto o princípio da flexibilidade, por conta de situações excepcionais, admite eventuais discrepâncias no avanço da integração. Por fim, o princípio do equilíbrio estabelece a impossibilidade de que uma parte recaia em benefício excessivo em detrimento de prejuízo demasiadamente da outra parte³³.

De uma maneira geral, pode-se dizer que os artigos 1^o³⁴ e 5^o³⁵ do

grandes espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países;

Expressando que este processo de integração constitui uma resposta adequada a tais acontecimentos;

Conscientes de que o presente Tratado deve ser considerado como um novo avanço no esforço tendente ao desenvolvimento progressivo da integração da América Latina, conforme o objetivo do Tratado de Montevidéu de 1980;

Convencidos da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens de serviço disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes;

Reafirmando sua vontade política de deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos, com a finalidade de alcançar os objetivos supramencionados;

33 CUNHA, Eldis Camargo Neves da. “O desenvolvimento sustentável como subsídio para pautas jurídicas ambientais comuns no MERCOSUL”. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (ed). *MERCOSUL no cenário internacional: direito e sociedade*. Curitiba: Juruá Editora, 1999. vol 1.

34 Art 1º “Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL).

Este Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;

O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;

A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegárias, de transporte e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes, e

O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.”

35 Art. 5º “Durante o período de transição, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum são:

a) Um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I);

b) A coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma

Tratado de Assunção já serviriam como bases jurídicas para elaboração de um marco regulatório ambiental específico para o MERCOSUL. Paralelamente, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD/RIO 92) também é importante referência na formação dos instrumentos ambientais no Mercado Comum do Sul. Corroborando tal entendimento dê-se destaque à Declaração de Canela dos Presidentes dos Países do Cone-Sul Prévia à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorreu nos dias 21 e 22 de fevereiro de 1992³⁶. A partir deste documento, o Brasil firmou tratados bilaterais de cooperação em matéria ambiental específicos com o Uruguai³⁷ e a Argentina³⁸.

A abordagem institucional ambiental no MERCOSUL começou de forma sectária (em que cada Subgrupo de Trabalho tratava da matéria exclusivamente nos temas afetos ao seu âmbito), o que durou até 1992, com a instituição da Reunião Especializada em Meio Ambiente (REMA)³⁹, cujo objetivo era analisar a legislação ambiental dos Estados-Membros com vistas à adoção de medidas de proteção ambiental intrabloco por meio de recomendações ao Grupo Mercado Comum. A REMA elaborou as Diretrizes Básicas em Matéria de Política Ambiental do MERCOSUL, aprovadas pela Resolução nº 10/1994 do Grupo Mercado Comum⁴⁰.

convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias, indicados na letra anterior;

c) Uma tarifa externa comum, que incentive a competitividade externa dos Estados Partes;

d) A adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.”

36 SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR. *Medio Ambiente en el MERCOSUR*. Montevideo: 2002. p. 86. (Serie Temática, Documento nº 3). p. 86.

37 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 2.441, de 2 de junho de 1997.

38 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 2.586 de 12 de maio de 1998.

39 Resolução GMC nº 22/92.

40 1 - Assegurar a harmonização da legislação ambiental entre os Estados Partes do Tratado de Assunção, entendendo - se que harmonizar não implica o estabelecimento de uma legislação única. Para fins de análise comparativa de legislações serão consideradas tanto as normas vigentes como sua real aplicação. Em caso de lacunas nas legislações ambientais, será promovida a adoção de normas que considerem adequadamente os aspectos ambientais implicados e assegurem condições equânimes de competitividade no MERCOSUL.

2 - Assegurar condições equânimes de competitividade entre os Estados Partes pela inclusão do custo ambiental na análise da estrutura de custo total qualquer processo produtivo.

3 - Garantir a adoção de práticas não degradantes do meio ambiente nos processos que utilizam os recursos naturais.

4 - Assegurar a adoção do manejo sustentável no aproveitamento dos recursos naturais renováveis a fim de garantir sua utilização futura.

5 - Assegurar a obrigatoriedade de adoção de prática de licenciamento/habilitação ambiental para todas as atividades potencialmente degradante ao meio ambiente nos Estados Partes, tendo como um dos instrumentos a avaliação de impacto ambiental.

6 - Assegurar a minimização e/ou eliminação do lançamento de poluentes a partir do desenvolvimento e adoção de tecnologias apropriadas, tecnologias limpas e de reciclagem, e do tratamento adequado dos resíduos sólidos, líquidos e gasosos.

7 - Assegurar o menor grau de deterioração ambiental nos processos produtivos e nos produtos de intercâmbio, tendo em vista a integração regional no âmbito do MERCOSUL.

A terceira fase se estabeleceu com o redesenho institucional do MERCOSUL conferido pelo Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994⁴¹, cuja eficácia pôs fim ao período transitório e conferiu personalidade jurídica de Direito Internacional Público ao referido bloco. Por conta dessas alterações, a Resolução GMC nº 20/1995 (posteriormente confirmada pela Decisão do Conselho Mercado Comum nº 59/2000) criou o Subgrupo de Trabalho em matéria ambiental (SGT nº 6), e extinguiu a REMA⁴².

Pode-se considerar como quarta fase o período inaugurado pela eficácia simultânea (em todo o bloco de integração) do marco jurídico em matéria ambiental do MERCOSUL⁴³: o Acordo-Quadro do Meio Ambiente (Decisão CMC nº 2 de 22 de junho de 2001)⁴⁴ e seu Protocolo Adicional em Matéria de Cooperação em Emergências Ambientais (Decisão CMC nº 04, de 08 de julho de 2004)⁴⁵.

Por meio deste arcabouço jurídico-institucional, os Estados-Partes

8 - Assegurar a concertação das ações objetivando a harmonização de procedimentos legais e/ou institucionais para o licenciamento/habilitação ambiental, e a realização dos respectivos monitoramentos das atividades que possam gerar impactos ambientais em ecossistemas compartilhados.

9 - Estimular a coordenação de critérios ambientais comuns para a negociação implementação de atos internacionais de incidência prioritária no processo integração.

10 - Promover o fortalecimento das instituições para a gestão ambientalmente sustentável mediante o aumento da informação substantiva para a tomada decisões; o melhoramento da capacidade da avaliação; e o aperfeiçoamento das instituições de ensino, capacitação e pesquisa.

11 - Garantir que as atividades relacionadas ao desenvolvimento do turismo entre os Estados Partes considerem os princípios e normas que assegure equilíbrio ambiental.

41 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1.901, de 09 de maio de 1996.

42 De acordo com a Resolução GMC nº 38/1995 as áreas prioritárias de discussão do SGT nº 6 são:

1. Restrições não-tarifárias: análise das medidas não tarifárias relacionadas a meio ambiente e determinação de seu tratamento;

2. Competitividade e Meio Ambiente: avaliação e estudos do processo produtivo para assegurar condições equânimes de proteção ambiental e de competitividade entre os Estados Partes, terceiros países e/ou agrupamentos regionais;

3. Normas internacionais - ISO 14.000 - Gestão Ambiental: acompanhamento do processo de elaboração, discussão, definição e implementação da série e análise dos impactos de sua aplicação na competitividade internacional de produtos do MERCOSUL;

4. Temas setoriais: a temática ambiental e sua abordagem pelos demais Subgrupos e Reuniões Especializadas;

5. Instrumento jurídico sobre meio ambiente para o MERCOSUL: elaboração de um documento com o objetivo de otimizar a gestão e os níveis de qualidade ambiental nos Estados Partes;

6. Sistema de Informação Ambiental: concepção técnica, desenvolvimento e implementação de um sistema de informações ambientais substantivas entre os Estados Partes;

7. Selo Verde MERCOSUL: desenvolvimento e formalização de um sistema de certificação ambiental comum.

43 A eficácia simultânea das normativas mercosulinas tem início depois de decorridos 30 dias após o depósito do 4º instrumento junto a autoridade depositante, que é o Paraguai. Disponível para consulta no endereço: <http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx> [acesso em 19/02/2015].

44 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.208 de 17 de dezembro de 2004.

45 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 7.940 de 20 de fevereiro de 2013.

do MERCOSUL reafirmam o compromisso comum de preocupação intergeracional assumido na CNUMAD/RIO 92, estabelecendo como objetivo alcançar a integração econômica por meio da adoção de padrões de desenvolvimento ambiental, cultural, econômica, ecológica, geográfica e politicamente sustentáveis, conforme disposto nos artigos 1º, 2º e 4º do referido instrumento⁴⁶.

Ressalte-se que dentre as obrigações programáticas do Acordo-Quadro sobre o Meio Ambiente no MERCOSUL, o artigo 3º estabelece os princípios informadores com remissão àqueles já constantes do Tratado de Assunção (gradualidade, flexibilidade e equilíbrio) além de orientar para adoção da epistemologia ambiental na formulação de políticas setoriais de integração, a cooperação institucional para a implementação do desenvolvimento ambiental, cultural, econômica, ecológica, geográfica e politicamente sustentável no bloco, prioridade no tratamento das causas de problemas ambientais, fomento à efetiva participação social e o exercício da política ambiental por meio de instrumentos econômicos e regulatórios⁴⁷.

Pelo disposto no artigo 6º, incumbe aos Estados-Partes enfrentar os problemas socioambientais das diversas sub-regiões, mas não de maneira isolada, devendo incluir todas as entidades da sociedade civil no engendramento das políticas públicas:

Art. 6º Os Estados partes aprofundarão a análise dos problemas ambientais da subregião, com a participação dos organismos nacionais competentes e das organizações da sociedade civil, devendo

46 “Art. 1º Os Estados Partes reafirmam os princípios enunciados na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, e se comprometem a atuar em concordância com os mesmos no marco do Tratado de Assunção.

Art. 2º Os Estados Partes analisarão a possibilidade de instrumentalizar a aplicação dos princípios da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que não tenham sido objeto de tratados internacionais.

Art. 4º. O presente Acordo tem como objetivo a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável mediante a articulação entre as dimensões econômica, social e ambiental, contribuindo para uma melhor qualidade do meio ambiente e de vida das populações”.

47 Art. 3º Em suas ações para alcançar o objetivo deste Acordo e implementar suas disposições, os Estados Partes deverão orientar-se, *inter alia*, pelo seguinte:

a) promoção da proteção do meio ambiente e aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis mediante a coordenação de políticas setoriais, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;

b) incorporação da componente ambiental nas demais políticas setoriais e inclusão das considerações ambientais na tomada de decisões que se adotem no âmbito do MERCOSUL para fortalecimento da integração;

c) promoção do desenvolvimento sustentável por meio do apoio recíproco entre os setores ambientais e econômicos, evitando a adoção de medidas que restrinjam ou distorçam de maneira arbitrária ou injustificável a livre circulação de bens e serviços no âmbito do MERCOSUL;

d) tratamento prioritário e integral às causas e fontes dos problemas ambientais;

e) promoção da efetiva participação da sociedade civil no tratamento das questões ambientais; e

f) fomento à internalização dos custos ambientais por meio do uso de instrumentos econômicos e regulatórios de gestão.

implementar, entre outras, as seguintes ações:

- a. incrementar o intercâmbio de informação sobre leis, regulamentos, procedimentos, políticas e práticas ambientais, assim como seus aspectos sociais, culturais, econômicos e de saúde, em particular aqueles que possam afetar o comércio ou as condições de competitividade no âmbito do MERCOSUL;
- b. incentivar políticas e instrumentos nacionais em matéria ambiental, buscando otimizar a gestão do meio ambiente;
- c. buscar a harmonização das legislações ambientais, levando em consideração as diferentes realidades ambientais, sociais e econômicas dos países do MERCOSUL;
- d. identificar fontes de financiamento para o desenvolvimento das capacidades dos Estados partes, visando a contribuir com a implementação do presente Acordo;
- e. contribuir para a promoção de condições de trabalho ambientalmente saudáveis e seguras para, no marco de um desenvolvimento sustentável, possibilitar a melhoria da qualidade de vida, o bem-estar social e a geração de emprego;
- f. contribuir para que os demais foros e instâncias do MERCOSUL considerem adequada e oportunamente os aspectos ambientais pertinentes;
- g. promover a adoção de políticas, processos produtivos e serviços não degradantes do meio ambiente;
- h. incentivar a pesquisa científica e o desenvolvimento de tecnologias limpas;
- i. promover o uso de instrumentos econômicos de apoio à execução das políticas para a promoção do desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente;
- j. estimular a harmonização das diretrizes legais e institucionais com o objetivo de prevenir, controlar e mitigar os impactos ambientais nos Estados Partes, com especial atenção às áreas fronteiriças
- k. prestar, de forma oportuna, informações sobre desastres e emergências ambientais que possam afetar os demais Estados Partes e, quando possível, apoio técnico e operacional;
- l. promover a educação ambiental formal e não formal e fomentar conhecimentos, hábitos de conduta e a integração de valores orientados às transformações necessárias ao alcance do desenvolvimento sustentável no âmbito do MERCOSUL;
- m. considerar os aspectos culturais, quando pertinente, nos processos de tomada de decisão em matéria ambiental; e
- n. desenvolver acordos setoriais, em temas específicos, conforme seja necessário para a consecução do objetivo deste Acordo.

Como se vê acima, a opção política expressa pelo Acordo-Quadro

reiterando a Resolução GMC nº 10/1994 busca a harmonização das legislações nacionais em detrimento da adoção de regulação ambiental única. De maneira a melhor delimitar o espectro dessa harmonização pretendida, o seu Anexo elenca as Áreas Temáticas que em que a cooperação ambiental dos Estados do MERCOSUL dar-se-á por meio da coordenação setorial das respectivas políticas macroeconômicas:

- 1). Gestão sustentável dos recursos naturais
 - 1.a. fauna e flora silvestres
 - 1.b. florestas
 - 1.c. áreas protegidas
 - 1.d. diversidade biológica
 - 1.e. biossegurança
 - 1.f. recursos hídricos
 - 1.g. recursos ictícolas e aquícolas
 - 1.h. conservação do solo
- 2). Qualidade de vida e planejamento ambiental
 - 2.a. saneamento básico e água potável
 - 2.b. resíduos urbanos e industriais
 - 2.c. resíduos perigosos
 - 2.d. substâncias e produtos perigosos
 - 2.e. proteção da atmosfera/qualidade do ar
 - 2.f. planejamento do uso do solo
 - 2.g. transporte urbano
 - 2.h. fontes renováveis e/ou alternativas de energia
- 3). Instrumentos de política ambiental
 - 3.a. legislação ambiental
 - 3.b. instrumentos econômicos
 - 3.c. educação, informação e comunicação ambiental
 - 3.d. instrumentos de controle ambiental
 - 3.e. avaliação de impacto ambiental
 - 3.f. contabilidade ambiental
 - 3.g. gerenciamento ambiental de empresas
 - 3.h. tecnologias ambientais (pesquisa, processos e produtos)
 - 3.i. sistemas de informação
 - 3.j. emergências ambientais
 - 3.k. valoração de produtos e serviços ambientais
- 4). Atividades produtivas ambientalmente sustentáveis
 - 4.a. ecoturismo
 - 4.b. agropecuária sustentável
 - 4.c. gestão ambiental empresarial
 - 4.d. manejo florestal sustentável
 - 4.e. pesca sustentável

Dessa forma, cada Estado-Parte deverá estabelecer suas próprias estratégias para alcançar as metas institucionais referentes aos temas elencados. Tais ações devem buscar: a formação de consciência voltada para o desenvolvimento (ambiental, cultural ecológica econômica, geográfica política e socialmente) sustentável de cada sub-região; incentivar a maior participação dos indivíduos e de todas as entidades da sociedade civil na tomada de decisões relativos ao meio ambiente, além de facilitar cooperação internacional para o desenvolvimento e a transferência de novas tecnologias ambientalmente idôneas.

A integração econômica, conforme pretendida pelo Tratado de Assunção, resulta num primeiro momento, na cooperação por meio do exercício compartilhado de soberania pelos Estados-Partes em várias áreas afetas ao desenvolvimento e aperfeiçoamento do Mercado Comum (espaço supranacional). Neste sentido, pode-se defender a evolução institucional MERCOSUL como verdadeiro organismo internacional de integração, dotado de personalidade jurídica internacional autônoma e instituições representativas que se distinguem daquelas ligadas aos seus Estados-partes⁴⁸.

Tal circunstância não afasta, nem tampouco se contrapõe à necessidade da cooperação internacional por meio da intergovernabilidade, que é marcada pelo exercício individual e concatenado da jurisdição doméstica por cada Estado-parte, tendo em vista os atributos da autonomia, independência e liberdade (jurisdição doméstica ou domínio reservado) de cada integrante do MERCOSUL:

Os processos apontados sinalizaram para uma revisão do conceito de soberania e para extremos de questionamento em torno do papel do Estado, chegando alguns autores a vaticinar o fim do Estado. João Eduardo Alves Pereira entende que, considerando a forte relação das empresas transnacionais com seus países de origem, os fluxos econômicos do mundo globalizado precisam de pontos nodais e eixos das redes, e o Estado continua como agente econômico impulsionador e promotor de grande importância para a economia mundial. Assim, o ente estatal abre mão de parte da soberania para garantir o fluxo de investimentos, mas ao mesmo tempo deve garantir a preservação de determinados valores estratégicos de sua preservação. Diego Arroyo também aponta este processo de limitação da soberania. É preciso reconhecer, ainda, que a crise financeira dos mercados, eclodida em meados de 2008, provocou muitas medidas de socorro a instituições financeiras e comerciais antes consideradas inexpugnáveis e blindadas em relação a crises. A retomada da defesa de um Estado interventor

48 VASCONCELOS, Raphael Carvalho; SUÑÉ, Natasha. "O Direito dos Investimentos no MERCOSUL: Realidade e Possibilidades". In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (ed). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 163.

na economia, como uma possível solução ao problema, mais uma vez ilustra um efeito pendular em matéria de regulação de investimentos⁴⁹.

A vigência formal do Acordo-Quadro em Matéria Ambiental do MERCOSUL sinaliza o compromisso em prol do desenvolvimento (ambiental, cultural, ecológica, econômica, geográfica política e socialmente) sustentável do bloco, mas sua efetiva realização requer o concerto macroeconômico de programas e políticas públicas socioambientais internas estabelecidos no âmbito interno de cada Estado-parte MERCOSUL no sentido da superação das assimetrias intrabloco como também daquelas verificadas internamente:

As grandes disparidades existentes entre os integrantes do MERCOSUL agravadas pelas sucessivas crises que o abalaram nos últimos anos, bem como a ausência de instituições efetivas e supranacionais - contribuem para que as iniciativas em torno da questão ambiental e sua relação com as políticas comerciais intra e extra bloco não avancem e fiquem relegadas a segundo plano. (...) No entanto, observa-se que problemas como intensa concentração de renda, adoção de modelos de desenvolvimento excludentes e elevados índices de pobreza, uma realidade presente em toda a área do MERCOSUL, inclusive em suas grandes metrópoles, têm contribuído para impactar negativamente o meio ambiente. Em face dos preocupantes indicadores sociais do MERCOSUL, espera-se que as pressões políticas e econômicas de grupos de interesse contribuam para a inserção do tema ambiental, bem como a sua integração com as políticas comerciais e sociais, como assuntos prioritários nas futuras negociações do bloco⁵⁰.

Por tais motivos, concomitantemente ao compromisso da integração econômica firmado no Tratado de Assunção, cada Estado-parte integrante do MERCOSUL desenvolve e implementa as próprias estratégias para superar os problemas de infraestrutura e promover maior desenvolvimento interno, valendo-se, muitas vezes, dos investimentos internacionais para alcançar tais objetivos.

No entanto, conforme afirma Calixto Salomão Filho, mesmo um intenso fluxo de investimentos pode acabar causando efeitos prejudiciais à economia e à população do Estado hospedeiro. Isso porque, quanto maior for o grau de concentração de poder econômico nos Estados hospedeiros, mais ainda os fluxos de capital permanecerão fechados

49 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. "Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros". In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (ed). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 129.

50 QUEIROZ, Fábio Albergaria de. "Meio ambiente e comércio na agenda internacional: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais. *Ambiente & Sociedade*. 2005, vol VII, nº 2, p. 12.

dentro de determinado setor econômico, não se espalhando pela economia e, conseqüentemente, não permitindo o desenvolvimento⁵¹.

A globalização da economia que caracteriza a nossa era implicou, além do mais, um aumento muito significativo das operações de investimento estrangeiro. Para as economias emergentes, esse investimento é um instrumento fundamental a fim de viabilizar a exploração dos recursos naturais de que são titulares e a construção das infraestruturas de que carecem. Para os países desenvolvidos, é uma forma não menos relevante de suprir as necessidades de capital do Estado e das empresas. O investimento estrangeiro é, porém, fortemente vulnerável a interferências do Estado que o acolhe, quer por via de medidas de nacionalização ou expropriação, quer através de restrições ao repatriamento dos lucros do investidor, do aumento de impostos ou de alterações legislativas de outra natureza⁵².

Com efeito, a superposição das circunstâncias internas e regionais dificulta consideravelmente coordenação das políticas macroeconômicas em matéria socioambiental assumidos no âmbito do bloco de integração. A implementação da cooperação em projetos relativos aos recursos hídricos transfronteiriços no MERCOSUL depende da interação constante entre os Estados-partes, o que, por sua vez, fica prejudicado, especialmente por conta da indefinição relativa às regras institucionais em outras áreas como, por exemplo, as normativas sobre investimentos do MERCOSUL:

O panorama normativo do MERCOSUL relacionado a investimentos foi completamente alterado em 2010 pela Decisão CMC 30. A norma referida revogou, em síntese, as Decisões CMC 11/93 - Protocolo de Colônia - e CMC 11/94 - Protocolo de Buenos Aires - e aprovou as diretrizes para a negociação de um acordo de investimentos para a região. Instruiu-se, para tanto, o Sub-grupo de Trabalho nº 12 - de Investimentos - que elaborasse uma proposta de acordo a ser apresentada na última reunião ordinária do GMC daquele mesmo ano. Entre as diretrizes para os entendimentos, foram fixados o âmbito de aplicação que corresponderia ao protocolo, as obrigações principais das partes, as regras de tratamento nacional e transparência e, ainda, os limites da regulamentação nacional. Cumpre destacar que as negociações deveriam se concentrar, principalmente, nos investimentos externos diretos relacionados a bens, isto é, em esfera muito menos

51 SALOMÃO FILHO, Calixto. "Regulação, desenvolvimento e meio ambiente". In: SALOMÃO FILHO, Calixto (ed). *Regulação e desenvolvimento - novos temas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 24.

52 VICENTE, Dário Moura. "Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais". *Revista da Ordem dos Advogados*, 2011, vol 71, nº 3, p. 752.

ambiciosa que a prevista nos dois protocolos revogados. Além disso, os limites estabelecidos sugeriam que o conceito de investimentos seria também menos abrangente que aquele previsto nos protocolos do início dos anos 90. Destaca-se como ponto positivo das diretrizes fixadas, a escolha do sistema previsto no Protocolo de Olivos como base à solução de eventuais controvérsias, mas, conforme mencionado, a proposta era muito menos ambiciosa que aquela dos Protocolos de Colônia e de Buenos Aires e deixava maior margem de atuação e aplicação do direito nacional dos estados⁵³.

Neste diapasão, é preciso compreender a interação entre dois feixes de competência distintos, porém convergentes e complementares dos Estados-partes do MERCOSUL partir do seu marco jurídico em matéria ambiental: a soberania permanente e a gestão compartilhada sobre os recursos hídricos transfronteiriços intrabloco.

4. SOBERANIA PERMANENTE/COMPARTILHADA SOBRE OS RECURSOS HÍDRICOS TRANSFRONTEIRIÇOS NO MERCOSUL

Costuma-se dividir os recursos hídricos entre bacias hidrográficas (águas superficiais) e sistemas aquíferos (subterrâneos). O número destes na América do Sul é impressionante. De acordo com dados levantados pela Organização das Nações Unidas no programa *UN Water*, das 79 (setenta e nove) bacias hidrográficas transfronteiriças de todo o continente Americano, 38 (trinta e oito) delas se localizam na porção meridional do continente – dentre as quais se encontram a Bacia Amazônica, a Bacia do Prata e a do Orinoco. Já com relação aquíferos, cabe ressaltar que dos 79 (setenta e nove) Sistemas Aquíferos Internacionais verificados no continente americano, 29 (vinte e nove) deles se encontram na América do Sul, incluindo aí o Aquífero Guarani e o Aquífero Amazonas⁵⁴.

Historicamente, a região do Rio da Prata - região está em que está uma considerável parte do Aquífero Guarani e que abrange quatro países - sempre foi uma região de litígios fronteiriços e de conflitos pela disputa da hegemonia regional. Brasil, Uruguai, Argentina e Paraguai, se envolveram em inúmeras disputas que passam por conflitos bélicos, como a Guerra do Paraguai, a conflitos políticos para demarcação de suas fronteiras, além de conflitos internos em cada um dos países que atrapalharam a estabilidade econômica e política da região, por conta da posição político-econômica onde está situada está a Bacia da Prata. A importância da Bacia do Prata provém da posição político-

53 VASCONCELOS, Raphael Carvalho; SUÑÉ, Natasha. Op. Cit. p.175-176.

54 Disponível em: <<http://www.unwater.org/statistics/statistics-detail/en/c/211763>> [acesso em 04/02/2015].

econômica central que ela ocupa na América do Sul e da riqueza de seus ecossistemas⁵⁵.

Na medida em que as economias dos Estados ribeirinhos se desenvolveram ao redor da Bacia Platina, o uso de suas águas desencadeou, por um lado, conflitos regionais e, por outro, novas formas de cooperação. O Direito Internacional de Águas foi desenvolvido na região especialmente a partir do final da década de 60, com a criação do Comitê Internacional Coordenador dos Países da Bacia do Prata (Declaração Conjunta de Brasília de 23 de abril de 1969), incorporando o princípio de unidade de bacia. Junto com este, outros princípios de Direito Internacional de Águas foram incluídos no regime jurídico da Bacia naquele período. O Tratado da Bacia do Prata de 1969⁵⁶ e a Declaração de Assunção de 1971⁵⁷ reconheceram os princípios de cooperação, uso equitativo e razoável, proibição de dano sensível e desenvolvimento sustentável.

Considerando a recente entrada da Venezuela no MERCOSUL, as perspectivas de expansão ainda maior deste bloco de integração e o próprio Tratado Constitutivo da União das Nações Sul-americanas (23 de maio de 2008)⁵⁸, pode-se considerar que as três principais bacias hidrográficas (Prata, Amazônica e Orinoco) e os dois maiores aquíferos da América do Sul (Guarani e Amazonas) estão potencialmente inseridos no contexto da cooperação intergovernamental mercosulina.

Veja-se que a soberania reconhecida aos Estados admite duas conotações: o aspecto interno e o externo. O primeiro embasa o direito dos Estados de estabelecer sua organização política, legislativa, jurisdicional e territorial; já o segundo aspecto deste atributo representa “a competência conferida aos estados pelo direito internacional e se manifesta na afirmação de liberdade do estado em suas relações com os demais membros da comunidade internacional”. Isto significa que no plano interno, a soberania “se confunde com o conceito de autonomia”, e no externo “com o de independência”⁵⁹.

Na sua 13ª sessão, a ONU resolveu, entre outras medidas, criar uma comissão sobre o assunto, que convergiu, após intensos estudos, para a Declaração sobre a Soberania Permanente em Relação aos Recursos Naturais, que foi adotada na Assembleia Geral como a Resolução 1.803, de 14 de dezembro de 1962. Essa resolução representou uma

55 QUEIROZ, Fabio Albergaria de. *Hidropolítica e segurança: as bacias platina e amazônica em perspectiva comparada*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012. p. 260-272.

56 Promulgado no Brasil pelo Decreto 67.084, de 19 de agosto de 1970

57 Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/> [acesso 07/02/2015].

58 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 7.667 de 11 de janeiro de 2012.

59 ACCIOLY, H; SILVA, G. E. N.; CASELLA, P. B. *Manual de Direito Internacional Público*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.280.

posição conciliatória, tendo sido adotada por 87 votos a favor, 2 contra e 12 abstenções. A questão da soberania sobre os recursos naturais passou a ser considerada também um “direito ao desenvolvimento”, demonstrando uma natureza político-jurídica. Não se trata de achar que o direito dos Estados de apropriar-se de propriedade de estrangeiros em seu território fosse novidade, já que até nos escritos de Grócio e outros clássicos o *dominium eminens* foi reconhecido. Trata-se de reconhecer que, embora o respeito do Estado aos direitos adquiridos de estrangeiros seja um princípio básico do Direito Internacional, isso não significa que não possa haver violação aos direitos dele decorrentes, desde que tal fato se coadune com as necessidades e com o interesse geral que o Estado soberano precisa garantir⁶⁰.

Assim, a desenvolveu-se a soberania permanente sobre os recursos naturais, que reconhece aos Estados, sob o fundamento do direito à autodeterminação, a prerrogativa do Estado de exercer, a qualquer tempo, o controle jurídico, político e institucional sobre os recursos naturais encontrados em seu território, ainda que estes estejam, temporariamente, sob a posse ou mesmo propriedade de particulares.

Isto não significa dizer que o exercício da soberania permanente seja ilimitado, pois a independência dos Estados é regulamentada pelos princípios do Direito Internacional:

No tocante às águas transfronteiriças, as duas manifestações são igualmente importantes e acarretam direitos e deveres distintos. O recurso hídrico transfronteiriço possui uma natureza dupla: se por um lado é visto como um bem partilhado por dois ou mais Estados, por outro é percebido como uma importante fonte hídrica nacional, que abastece a inúmeros usuários. No plano interno, cabe ao Estado estabelecer as políticas de água, o seu domínio, as competências para o seu gerenciamento e a jurisdição para resolução dos conflitos, bem como, garantir o acesso às populações e a proteção ambiental. No plano externo, possui a responsabilidade de manter um nível aceitável de qualidade e quantidade das águas para os demais países com os quais a compartilha e a de não praticar ações ou atividades que causem danos significativos aos seus vizinhos. Essa soberania externa é que permite aos Estados estabelecerem pactos de direitos e obrigações referentes à água e ao ambiente com outros sujeitos de direito internacional⁶¹.

Note-se ainda que, especificamente com relação aos recursos

60 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (ed). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, p. 140.

61 VILLAR, Pillar Carolina. Op. Cit. p. 74-75.

hídricos transfronteiriços, dois ou mais Estados que compartilham recursos naturais são suscitados, por força da Resolução n° 3.129, (de 13 de dezembro de 1973) da Assembleia Geral das Nações Unidas, a implementarem medidas de cooperação ambiental baseadas em padrões harmoniosos de exploração e preservação do recurso por eles partilhado⁶². Já o artigo 3° da resolução n° 3.281 (de 12 dezembro de 1974), também conhecida como a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados estabelece que na exploração dos recursos naturais compartilhados por dois ou mais países, cada Estado deve cooperar com base em um sistema de informações e consultas prévias, a fim de conseguir a melhor utilização desses recursos sem causar danos ao interesse legítimo dos demais.⁶³

Dessa forma, pelo menos no plano normativo, a soberania não justifica uma barreira ideológica ou logística à cooperação regional ou internacional. No âmbito das relações Internacionais a situação pode ser distinta, porém, no atual contexto contemporâneo ou os Estados cooperam ou não conseguirão solucionar o impasse ambiental generalizado que os ameaça. O conceito de soberania representa a base das relações internacionais e do direito internacional, portanto é um requisito para estreitar a cooperação e estabelecer os acordos internacionais. Os recursos hídricos não respeitam fronteiras, a água é uma substância fluida e em constante movimento, o que obriga o seu reconhecimento como recurso natural compartilhado entre diversos Estados. Nesse caso, os Estados enfrentam um problema de ação coletiva, que exige a construção de pactos cooperativos para proteger e compartilhar o recurso hídrico. Em um cenário de abundância, a soberania dos Estados pode ser exercida com maior liberdade, porém com o advento de uma crise hídrica, os Estados terão que reinterpretar sua forma de exercê-la de forma compatível com essa natureza compartilhada, incluindo cada vez mais deveres e não apenas direitos⁶⁴.

Pode-se perceber que no Direito Internacional contemporâneo, quando dois ou mais Estados compartilham um mesmo recurso hídrico, a prerrogativa da soberania permanente sobre os recursos naturais cede espaço à noção da soberania compartilhada, motivo pelo qual os Estados

62 UNGA. "Resolution 3129 (XXVIII) - Cooperation in the field of the Environment concerning Natural Resources Shared by Two or More States" [online]. UNGA. 13 dec 1973 [acesso em 27/02/2015]. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>>.

63 "Article 3. In the exploitation of natural resources shared by two or more countries, each State must co-operate on the basis of a system of information and prior consultations in order to achieve optimum use of such resources without causing damage to the legitimate interest of others." Disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2778>. [acesso em 08/02/2015].

64 VILLAR, Pillar Carolina. Op. Cit. p. 77.

devem empreender estratégias de cooperação de maneira a gerir os referidos recursos de maneira integrada para alcançar os compromissos assumidos pelos gestores perante a sociedade internacional.

Com efeito, a perspectiva da cooperação transfronteiriça em matéria de recursos hídricos na América do Sul é uma das mais importantes ferramentas para promoção do desenvolvimento (ambiental, cultural, ecológica, econômica, geográfica, política e socialmente) sustentável da região. Dessa forma, o aperfeiçoamento da governança regional das bacias hidrográficas e dos sistemas aquíferos transfronteiriços revela-se estratégico para o futuro em meio às ameaças provocadas pelas mudanças climáticas, tais como a diminuição da oferta de água potável e a contaminação dos mananciais sul-americanos.

5. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA GOVERNANÇA DOS RECURSOS HÍDRICOS EM ESCALA MUNDIAL

Tendo em vista que as questões relativas à água nas escalas locais, nacionais, e de bacia, estão interligadas com um sistema global da água, o que requer instituições multilaterais e políticas internacionais para a gestão da água, a governança dos recursos hídricos, inicialmente entendida apenas como questão de soberania interna, vem sendo tratada contemporaneamente como governança global da água⁶⁵.

Muito embora não haja unanimidade acerca do conceito, há grande aceitação da noção de que governança das águas não é apenas um instrumento de políticas, mas sim processo político de gestão dos recursos hídricos:

Este é um processo político em que diversos atores debatem e tentam acordar os objetivos a serem perseguidos, os valores e princípios, e os instrumentos utilizados para a gestão dos recursos hídricos. O modo como estas questões são tratadas e discutidas, e a forma de tomada de decisões, é que configuram o processo de governança da água. Assim, quem participa, como participa e como são tomadas as decisões é o que realmente configura a governança (...) A questão principal da governança é definir quem participa do processo de tomada de decisão e quem realmente decide. Porque o problema do acesso e distribuição dos recursos hídricos está relacionado com esta questão do processo de tomada de decisão, isto é, o grupo de atores que decide de acordo com os seus interesses, valores e princípios sobre os direitos sobre os recursos hídricos, seu acesso, distribuição e, portanto, gestão. Boelens aponta para o fato de que muitas vezes os sistemas hídricos de grupos marginalizados não são levados em consideração nas políticas nacionais e internacionais sobre recursos hídricos, pois estes atores em geral não participam efetivamente

65 PAHL-WOSTL, Claudia et. al. "Governance and the global water system: a theoretical exploration". *Global Governance*, 2008, vol 14, 2008, p. 419-435.

das decisões⁶⁶.

É nesse contexto que, a partir da CNUMAD/RIO 92 o tema da governança das águas (*water governance*), apesar de não ser verdadeiramente novo, assumiu lugar de destaque nos fóruns internacionais. A busca pela governança dos recursos hídricos transfronteiriços e sua a gestão integrada por meio da cooperação internacional tem sido a tônica das discussões nos fóruns mundiais sobre água e meio ambiente:

No caso dos recursos hídricos transfronteiriços, a governança vai se fundamentar em três pilares elementares. O primeiro é representado pelas organizações internacionais intergovernamentais, como, por exemplo, a UNESCO, UNEP e UNDP, que têm desempenhado um papel de destaque na coordenação das políticas internacionais de meio ambiente e águas e na definição dos temas da agenda ambiental global. O segundo se baseia no direito internacional do meio ambiente e das águas doces e seu calidoscópico de instrumentos de graus normativos distintos provenientes dos vários atores internacionais. A terceira base é representada pelos mecanismos de financiamento que fornecem os recursos econômicos necessários para avançar com as políticas ambientais internacionais, como é o caso das contribuições que financiam as diversas agências internacionais, ou os fundos captados pelo Banco Mundial ou outros bancos multilaterais. Essas três dimensões da governança internacional têm como principal objetivo estimular a cooperação entre os Estados e promover a aplicação de mecanismos previstos na gestão integrada dos recursos hídricos (GIRH)⁶⁷.

Cabe aqui a diferenciação técnica entre a governança da água e gestão integrada dos recursos hídricos. A governança se refere ao arcabouço institucional (processos e estruturas) por meio da qual são definidas e identificadas as metas de gestão a serem perseguidas. Já o termo gestão dos recursos hídricos trata dos mecanismos e medidas práticas utilizadas para atingirem aquelas metas traçadas e, portanto, atingir melhores resultados. Em outras palavras, a governança da água é responsável por estabelecer a estrutura para decidir quais serão as atividades de gestão dos recursos hídricos que serão implementadas⁶⁸.

66 SANT'ANNA, Fernanda Mello. "Governança global dos recursos hídricos transfronteiriços: o papel da cooperação internacional e da cooperação transfronteiriça". In: 3° Encontro Nacional ABRI (3°, 2011, São Paulo) Proceedings of the 3rd ENABRI 2011 [online]. São Paulo, 2011 [acesso em 08/02/2015]. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000122011000200009&lng=en&nrm=iso>.

67 VILLAR, Pillar Carolina. Op. Cit. p. 179.

68 LAUTZE, J. et al. Putting the cart before the horse: water governance and IWRM. *Natural Resources Forum*. United Nations, v. 35, 2011, p. 1-8.

Em nível mundial cooperação internacional contribuiu para o incremento do conhecimento acerca dos recursos hídricos transfronteiriços. Dê-se destaque para o Programa Hidrológico Internacional da UNESCO. O Programa ISARM (*Internationally Shared Aquifer Resources Management*)⁶⁹ apresentou um inventário com os aquíferos transfronteiriços no mundo e promoveu diversos projetos regionais e catalogou mais de 276 aquíferos transfronteiriços. Essa identificação tornou seus limites visíveis e permitiu seu reconhecimento como recursos compartilhados que exigem a cooperação entre os Estados. Outro projeto de destaque foi a Avaliação de Recursos Hídricos Subterrâneos sob os Efeitos da Atividade Humana e as Mudanças Climáticas (GRAPHIC), instituído em 2004, que busca investigar a interação das águas subterrâneas com o ciclo hidrológico e com os ecossistemas diante da pressão das atividades humanas e das mudanças climáticas.

Há, ainda, o Fundo Mundial para o Meio Ambiente (GEF), mecanismo internacional de financiamento de projetos ambientais. Em 1994, o GEF foi reestruturado e separado do sistema do Banco Mundial, constituindo uma instituição independente. O GEF estabeleceu uma área focal dedicada às águas internacionais, cujo objetivo é incentivar transformações políticas, jurídicas e institucionais que promovam o aproveitamento sustentável dos recursos hídricos. O GEF em cooperação com outras agências, como por exemplo, a UNESCO, PNUMA, PNUD e FAO, ou agências internacionais regionais como a OEA, UNECE, OSS, promoveu diversos projetos destinados aos aquíferos transfronteiriços.

6. A GOVERNANÇA DOS RECURSOS HÍDRICOS NO CONE-SUL DO CONTINENTE SUL-AMERICANO

Antes mesmo do Tratado de Assunção, já havia acordos internacionais em matéria de cooperação hídrica entre os países que compõem o MERCOSUL (tanto bilaterais como multilaterais) tais como o Tratado da Bacia do Prata, ou os tratados relativos à utilização das bacias hidrográficas compartilhadas por eles.

Ressalte-se que a cooperação regional para utilização sustentável dos recursos hídricos transfronteiriços no MERCOSUL pode servir a objetivos estratégicos para atrair financiamento externo, ou dividir o peso dos custos de descontaminação dos mananciais.

Diante desse quadro, as organizações internacionais têm buscado incentivar a governança dos aquíferos por meio da realização de programas ou projetos internacionais que visem à construção de uma base técnica de dados. As articulações construídas nesse processo

⁶⁹ Disponível em: <<http://www.isarm.org/>> [acesso em 08/02/2015].

contribuiriam para o desenho de acordos internacionais voltados à gestão conjunta dos aquíferos. Esse foi o caso do Aquífero Guarani alvo do Projeto Proteção Ambiental e Gerenciamento Sustentável Integrado do Sistema Aquífero Guarani, que contou com a participação da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai e foi financiado pelo Fundo Mundial para o Meio Ambiente e coordenado pela Organização dos Estados Americanos. A base técnica e as alianças instituídas durante a execução do projeto colaboraram para a assinatura de um acordo internacional para a gestão do Aquífero Guarani⁷⁰.

Entretanto, tal cooperação requer para seu sucesso, além das regras institucionalmente estabelecidas, o bom arranjo organizacional entre os diversos atores, de modo a evitar assimetria de informações, o que por sua vez acentua a desconfiança mútua e dificulta a verdadeira conjugação de esforços⁷¹.

Em função dos avanços do Projeto do Sistema Aquífero Guarani, houve o primeiro marco buscando estabelecer governança regional dos recursos hídricos transfronteiriços no MERCOSUL, a Decisão CMC n° 25 de 07 de agosto de 2004, estabelecendo um Grupo Ad Hoc de Alto Nível para o Aquífero Guarani com objetivo de formular um projeto de Acordo entre os Estados Partes para o Aquífero Guarani.

Entretanto, em vista dos sucessivos fracassos das tentativas de solução da disputa entre Argentina e Uruguai no caso das papeleiras instaladas no Rio Uruguai, o clima político desfavorável levou ao término das atividades deste grupo já no ano de 2005. Já entre os anos de 2007 e 2009, o Parlamento do MERCOSUL buscou implementar iniciativas como a criação do Instituto regional de pesquisa e desenvolvimento da água subterrânea e da proteção ambiental dos aquíferos do MERCOSUL/INRA MERCOSUL⁷².

Em 02 de agosto de 2010, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram o Acordo sobre o Aquífero Guarani, cujo traço diferenciador é ser justamente um tratado sobre um Sistema Aquífero Transfronteiriço elaborado no intuito de evitar conflitos entre os Estados-partes. No

70 VILLAR, Pillar Carolina. Op. Cit. p. 183.

71 ZEITOUN, M. MIRUMACHI, N. Transboundary water interaction: reconsidering conflict and co-operation. In: WARNER, Jeroen; WEGERICH, Kai (ed). *The politics of water: a survey*. London/New York: Routledge, 2010. p.113.

72 “A criação da INRA MERCOSUL tinha como objetivo melhorar a estrutura institucional regional buscando harmonizar as políticas de uso dos recursos hídricos comuns. Esse organismo teria como eixos prioritários: sistemas de informação e base de dados; redes de monitoramento de qualidade e quantidade da água; prospecção geológica geofísica; preparação e utilização de metodologias hidrológicas, hidrogeológicas e hidrogeoquímicas; proteção ambiental e uso sustentável dos aquíferos; capacitação e difusão da temática das águas subterrâneas. Esse instituto de pesquisa beneficiaria não apenas ao Aquífero Guarani, mas todos os aquíferos compartilhados da região, como é o caso: do Aquidauana-Aquidabán; Litorâneo-Chuy; Serra Geral; Pantanal; Permo Carbonífero; Litoral Cretácico; Salto-Salto Chico, entre outros”. Conferir VILLAR, Pillar Carolina. Op. Cit. p. 210.

entanto, a eficácia jurídica de suas regras ainda depende da ratificação⁷³.

Contudo, não se pode ignorar as severas críticas quanto à referência à soberania permanente sobre os recursos naturais e o fato de que os mecanismos de solução de controvérsias presentes no Acordo não passam pelo MERCOSUL, o que representaria excelente oportunidade dotá-lo de regras e aparatos institucionais capazes de torná-lo fórum hábil para resolver conflitos também em matéria ambiental.

Portanto, apesar dos marcos institucionais importantes, a governança e a gestão compartilhada das bacias hidrográficas e dos sistemas aquíferos transnacionais ainda não foi efetivamente implementada no âmbito do Tratado de Assunção.

CONCLUSÕES: O MERCOSUL E A (NECESSÁRIA) COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL PARA GOVERNANÇA DOS RECURSOS HÍDRICOS TRANSFRONTEIRIÇOS

É em meio a tal cenário que a utilização dos recursos hídricos transfronteiriços no MERCOSUL assume relevância estratégica. Se o aproveitamento do potencial econômico destes recursos – e a respectiva preocupação da continuidade intergeracional de seus valores socioambientais – dizem respeito a mais de um Estado-parte do Tratado de Assunção, o desafio de implementar projetos capazes de promover o desenvolvimento (ambiental, cultural, ecológica, econômica, geográfica, política e socialmente) sustentável das diversas sub-regiões mercosulinas deve ser realizado por meio de cooperação inter-regional, preferindo-se ao conflito, tendo em vista que, “embora os benefícios da cooperação sejam evidentes, o seu desenvolvimento no meio social não é espontâneo e depende da criação de um ambiente propício para tanto”⁷⁴.

Conforme estabelecido anteriormente, a cooperação é forma de solução de conflitos caracterizada pela coordenação de esforços das partes envolvidas no sentido de alcançar objetivo comum. Entretanto, é preciso destacar que toda forma de cooperação requer a prévia racionalização, tendo em vista que a parte só decidirá cooperar se o resultado alcançado pela cooperação for mais benéfico do que aquele obtido sem aquela⁷⁵.

Analisando a estratégia da cooperação segundo os princípios da teoria dos jogos de Axelrod, é possível estabelecer que o seu sucesso dessa dependerá da satisfação das seguintes circunstâncias: i) zelar para que as interações futuras sejam relevantes para os agentes (“*enlarge the*

73 VILLAR, P. C.; RIBEIRO, W. C. “A percepção do Direito Humano à água na ordem internacional. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*”. 2012, vol 11, nº11, p. 358-380.

74 GOMES, Tiago Franco da Silva. “Cooperação como princípio geral de regulação”. *RIDB*, 2013, vol 2, nº 4, p. 2972.

75 KEOHANE, Robert Owen. “International Institutions: two approaches”. *International Studies Quarterly*. 1988, vol 32, nº 4, p. 380.

shadow of the future"); ii) alterar os resultados básicos de uma iteração típica do dilema dos prisioneiros (*change the payoffs*"); iii) ensinar as pessoas a se importar com o bem estar do próximo (*teach people to care about each other*"); iv) ensinar noções de reciprocidade (*teach reciprocity*"); e, v) aumentar as habilidades sociais de reconhecimento das estratégias (*improve recognition abilities*)⁷⁶.

Trazendo essas circunstâncias para o cenário da governança dos recursos hídricos transfronteiriços no MERCOSUL, tem-se que a cooperação verdadeiramente produz resultado mais favorável do aquele obtido isoladamente, pois i) a governança e a gestão integrada dos recursos hídricos transfronteiriços são de grande importância para os Estados-partes; ii) a sustentabilidade e a continuidade intergeracional dos recursos hídricos será mais facilmente obtida por meio da cooperação do que pelo desforço isolado de cada Estado-parte; iii) os compromissos assumidos pelos Estados-partes vinculam-nos ao respeito pelos direitos humanos; iv) a transnacionalidade intrínseca aos recursos naturais implica no desenvolvimento de consciência ambiental global e v) a governança dos recursos hídricos transfronteiriços pode ser estratégia de desenvolvimento sustentável que atende os interesses locais, nacionais e regionais.

É claro que cooperação e conflito são duas formas de interação presentes na questão do compartilhamento de recursos naturais. A opção pela cooperação é inversamente proporcional ao nível de assimetria de informações entre as partes envolvidas.

Nesse aspecto, os organismos internacionais (como o MERCOSUL) desempenham papel preponderante como facilitadores da cooperação internacional, pois quanto mais conhecidas forem as regras e os arranjos institucionais de produção da decisão nestes órgãos, maiores serão as chances de se obter cooperação entre seus membros, e mais estes vão confiar naquele organismo enquanto fórum de solução de controvérsias⁷⁷.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Ante crisis hídrica en Venezuela, militares vigilarán reparto de agua” [online]. 8 ago 2014. Disponível em: <<http://mundoaguaysaneamiento.net/noticias-internacionales/ante-crisis-hidrica-en-venezuela-militares-vigilaran-reparto-de-agua/>> [acesso em 18/02/2015].

“Crisis hídrica en el norte chico obliga a agricultores a tomar medidas extremas” [online]. *Red Agrícola*. s.d. Disponível em: <<http://www.redagricola.com/reportajes/agua/crisis-hidrica-en-el-norte-chico->

76 AXELROD, R. *apud* GOMES, Tiago Franco da Silva. “Cooperação como princípio geral de regulação”. *RIDB*. 2013, vol 2, nº 4, p. 2978.

77 CHAYES, Abraham; HANLDER, Antonia. *The new sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Boston: Harvard University Press, 1998. p. 4.

obliga-agricultores-tomar-medidas-extremas> [acesso em 18/02/2015]. “Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [online]. *Diario UNO*. 31 oct 2014 [acesso em 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>.

“Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [online]. *Brasil. Ministério das Relações Exteriores*. s.d. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>.

“I SARM - Internationally Shared Aquifer Resources Management” [online]. *Internationally Shared Aquifer Resources Management*. s.d. [acesso em 08/02/2015]. Disponível em: <<http://www.isarm.org/>>.

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte” [online]. *Diario Cambio*. 30 dez 2014 [acesso em 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariocambio.com.uy/index.php?id=7630>>.

“Rodízio de água não está descartado, mas é pouco provável, diz Alckmin” [online]. *Folha de S.Paulo*. s.d. [acesso em 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2014/crise-da-agua/>>.

“There are 276 transboundary river basins in the world” [online]. UN-Water. 7 oct 2014 [acesso em 04/02/2015]. Disponível em: <<http://www.unwater.org/statistics/statistics-detail/en/c/211763>>.

ACCIOLY, H; SILVA, G. E. N.; CASELLA, P. B. *Manual de Direito Internacional Público*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. “Transboundary environmental litigation and International cooperation: reflections upon Global Public Policy principle”. In: TIBURCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael Carvalho de (ed). *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e Outros Temas Contemporâneos – Festschrift ao Professor Jacob Dolinger*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015. p. 288-307.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; RIBEIRO, M. R. S. “A Relação entre a Globalização e o Direito Internacional Privado”. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix (ed). *Cidadania e Direitos Humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. vol 1, p. 32-33.

BELLEN, Hans Michael van. *Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BENVENISTI, E. “Collective Action in the utilization of shared freshwater: the challenge of International Water Resources Law”. *The American Journal of International Law*. 1996, vol 90, n. 3, p. 384-415.

BEVIGLIA-ZAMPETTI, Américo; FREDRIKSSON, Torbjörn. A dimensão do desenvolvimento nas negociações sobre investimento. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (ed). *A regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 37- 123.

- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. “Dispute settlement procedures and fresh water: multiplicity and diversity at stake”. In: BOSCHIERO, Nerina [et al]. *International courts and the development of international law: essays in honor of Tullio Treves*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2013. p. 109 – 120.
- CANOTILHO, J. J. G. *O Regime Jurídico Internacional dos Rios Transfronteiriços*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- CASTRO, Emília Lana de Freitas. “O direito internacional dos investimentos e a promoção do direito ao desenvolvimento: reflexos na indústria do petróleo”. [Dissertação Mestrado em Direito Internacional]. Orientadora: Marilda Rosado de Sá Ribeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2014.
- CHAYES, Abraham; HANLDER, Antonia. *The new sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Boston: Harvard University Press, 1998.
- COSTA, Ligia Maura. *Direito internacional do desenvolvimento sustentável e os códigos de conduta de responsabilidade social*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CUNHA, Eldis Camargo Neves da. “O desenvolvimento sustentável como subsídio para pautas jurídicas ambientais comuns no MERCOSUL”. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (ed). *MERCOSUL no cenário internacional: direito e sociedade*. Curitiba: Juruá Editora, 1999. vol 1.
- GEARY, Mirta. “El conflicto de las papeleras”. *Revista Otro Sur*. 2006, vol 5, p. 30-34.
- GEHNE, Katja. “Das Nachhaltigkeitskonzept als rechtliche Kategorie im Spannungsfeld zwischen staatlichen Regulierungsinteressen und Investorschutz”. In: BUNGENBERG, Marc; GRIEBEL, Jörn; HINDELANG, Steffen (ed). *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2010. p. 271-292.
- GOMES, Tiago Franco da Silva. “Cooperação como princípio geral de regulação”. *RIDB*, 2013, vol 2, n° 4, p. 2972.
- GUERRA, Sidney. “Desenvolvimento sustentável nas três grandes conferências internacionais de ambiente da ONU: o grande desafio no plano internacional”. In: GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina. (ed). *Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia*. Ijuí: Editora Ijuí, 2010. p. 71-98.
- HOCHSTETLER, K. “Race to the middle: environmental politics in the MERCOSUR Free Trade Agreement”. In: DAUVERGNE, P. *Handbook of global environmental politics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. p. 348–361.
- HOFFMANN, Ulrich. “Poderá a economia verde mitigar os impactos das mudanças climáticas?” *Pontes*. 2012, vol 8, n° 3.
- IPCC. “Summary for policymakers”. In: *Climate Change 2014: Impacts,*

- Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change.* Cambridge and New York: Cambridge University Press, p. 1-32.
- JACOBI, P. R. “Governança da Água no Brasil”. In: RIBEIRO W. C. *Governança da Água no Brasil: uma visão interdisciplinar.* São Paulo: Annablume, Fapesp; CNPq, 2009. p. 35 a 60.
- KEOHANE, Robert Owen. “International Institutions: two approaches”. *International Studies Quarterly.* 1988, vol 32, nº 4.
- KEOHANE, Robert Owen. *After Hegemony: cooperation and discord in the world political economy.* Princeton: Princeton University Press, 1984.
- LAUTZE, J. et al. Putting the cart before the horse: water governance and IWRM. *Natural Resources Forum.* United Nations, 2011, v. 35, p. 1-8.
- LEFF, E. *Ecología y Capital: Racionalidad Ambiental, Democracia Participativa y Desarrollo Sustentable.* 7ed. Madrid: Siglo XXI Editores, 2007. p. 42-48.
- LEFF, E. Pensar a complexidade ambiental. In: LEFF, E. (ed). *A Complexidade Ambiental.* São Paulo: Cortez, 2003, p.15-64.
- LEFF, E. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder.* 3ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.
- LUCON, Oswaldo. “Desenvolvimento sustentável”. In: REI, Fernando; CIBIM, Juliana Cassano; ROSINA, Mônica Guise; NASSER, Salem Hikmat. *Direito e desenvolvimento – uma abordagem sustentável.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24-54.
- MAYEDA, Graham. “Investing in development: the role of democracy and accountability in international investment law”. *Alberta Law Review.* 2009, vol 46, nº 4, p. 1009-1037.
- MONTEBHURUN, Nitish. “A ponte entre o direito internacional dos investimentos e o desenvolvimento sustentável”. *Pontes.* 2012, vol 8, nº 3, p. 11.
- MOROSINI, Fábio Costa. “The status of sustainable development in the law of the World Trade Organization”. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (ed). *Arbitragem e Comércio Internacional. Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista.* São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 59-91.
- PAHL-WOSTL, Claudia et. al. “Governance and the global water system: a theoretical exploration”. *Global Governance,* 2008, vol 14, 2008, p. 419-435.
- PARLAMENTO DEL MERCOSUR. *Propuesta de Proyecto de Norma que establece un Acuerdo-Marco sobre la cooperación para la conservación y uso sostenible de los recursos hídricos del Acuífero Guaraní en el MERCOSUR.* MEP/216/2009. Disponível em: <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/3165/1/33_2009pn.pdf>

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. “Meio ambiente e comércio na agenda internacional: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais. *Ambiente & Sociedade*. 2005, vol VII, nº 2, p. 12.

QUEIROZ, Fabio Albergaria de. *Hidropolítica e segurança: as bacias platina e amazônica em perspectiva comparada*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (ed). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. “Regulação, desenvolvimento e meio ambiente”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (ed). *Regulação e desenvolvimento – novos temas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 15-59.

SANT’ANNA, Fernanda Mello. “Governança global dos recursos hídricos transfronteiriços: o papel da cooperação internacional e da cooperação transfronteiriça”. In: 3º Encontro Nacional ABRI (3º, 2011, São Paulo) Proceedings of the 3rd ENABRI 2011 [online]. São Paulo, 2011 [acesso em 08/02/2015]. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000012201100020009&lng=en&nrm=iso>.

SCHRIJVER, Nico. *The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status. Collected Courses of the Hague Academy of International Law / Recueil des cours de l’Académie de Droit International de la Haye*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR. *Medio Ambiente en el Mercosur*. Montevideo: 2002. p. 86. (Serie Temática, Documento nº 3).

UNGA. “Resolution 3129 (XXVIII) - Cooperation in the field of the Environment concerning Natural Resources Shared by Two or More States” [online]. UNGA. 13 dec 1973 [acesso em 27/02/2015]. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>>.

UNITED NATIONS (Suíça). *Report of the World Commission on Environment and Development - Our Common Future* [online] p. 41 [acesso em: 15/02/2015]. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho; SUÑÉ, Natasha. “O Direito dos Investimentos no MERCOSUL: Realidade e Possibilidades”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (ed). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VICENTE, Dário Moura. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*, 2011,

vol 71, nº 3, p. 751-770.

VIEIRA, André Luís. “A fundamentação teórica do desenvolvimento sustentável: considerações”. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. 2006, ano 5, nº 27, p. 3305-3308.

VILLAR, P. C; RIBEIRO, W. C. “A percepção do Direito Humano à água na ordem internacional. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*”. 2012, vol 11, nº11, p. 358-380.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

ZEITOUN, M. MIRUMACHI, N. Transboundary water interaction: reconsidering conflict and co-operation. In: WARNER, Jeroen; WEGERICH, Kai (ed). *The politics of water: a survey*. London/New York: Routledge, 2010. p. 113.

ARBITRAJE, EXPROPIACIONES Y AMBIENTE. LA EXPERIENCIA DEL CAPÍTULO 11 DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

ARBITRAGEM, EXPROPRIAÇÕES E AMBIENTE. A EXPERIÊNCIA DO CAPÍTULO 11 DO TRATADO DE LIVRE COMÉRCIO NA AMÉRICA DO NORTE

*Luis Fernando Castillo Argañarás**

Resumen: *El objetivo del presente artículo es analizar el régimen de expropiaciones en el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras y su vinculación con el ambiente. Serán objeto de análisis los casos “Metalclad”, “S.D.Myers”, “Tecmed”, surgidos en virtud del Capítulo 11 del TLCAN como paradigmáticos.*

Resumo: *O objetivo deste artigo é analisar o sistema de expropriação em Direito Internacional de Investimento Estrangeiro e sua relação com o ambiente. Serán casos analisados “Metalclad”, “S.D.Myers”, “Tecmed”, decorrentes do Capítulo 11 TLCAN como paradigmáticos.*

Palabras clave: Inversiones, Arbitraje, Ambiente, Expropiaciones

Palavras-chave: Investimentos, Arbitragem, Ambiente, Expropriações

1. INTRODUCCIÓN

Existe un consenso global de que el desarrollo sustentable es un objetivo de toda la comunidad internacional y que la inversión extranjera directa es un componente clave para cualquier agenda de desarrollo¹.

* Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina y Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Doctor en Derecho (UBA) y Doctor en Ciencia Política (UB). Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina y de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), Profesor Titular Regular de Derecho Internacional Público en UADE y Profesor Titular Interino en la misma materia en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Miembro del Comité Académico de la Maestría en Derecho Empresarial de UADE. Buenos Aires – Argentina. E-mail: lcastillo@uade.edu.ar

¹ GEHRING, Markus and NEWCOMBE, Andrew. “An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law”. En: CORDONIER, Segger et al, *Sustainable Development in World Investment Law*. Kluwer Law International: The Netherlands, 2011. p. 3.

No obstante, Sornarajah señala que “los grupos ambientalistas han considerado a las corporaciones multinacionales como las responsables de la contaminación causada sobre todo en los países en desarrollo, donde las normas ambientales son laxas”². En ese sentido, la gestión de las cuestiones ambientales que realizan las empresas multinacionales es materia de controversia en numerosas ocasiones. Así, Petra Christmann sostiene que las corporaciones transnacionales explotan las diferentes regulaciones en ambiente que tienen los países y ubican sus operaciones en distintos Estados con normas ambientales flojas y adaptan las actividades de sus subsidiarias a las políticas ambientales, tecnológicas y estándares del país receptor de la inversión³.

Muchas veces, los gobiernos adoptan medidas para proteger el ambiente, la salud, etc.; y de manera no discriminatoria pero tiene como consecuencia que causan un perjuicio a un inversionista extranjero. En ese sentido, Gehring y Newcombe consideran que “existe mucho por realizar para afianzar que el marco regulatorio actual para las inversiones extranjeras promueva el desarrollo sustentable”⁴.

Distintos Estados han comenzado a incorporar cláusulas o disposiciones sobre inversiones en convenios comerciales bilaterales o regionales. El más conocido es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA) entre Canadá, EE.UU., y México de 1994 que en su Capítulo XI regula la protección de inversiones extranjeras.

Nicolas Schrijver señala que “en sus orígenes, el arbitraje en controversias sobre protección de inversiones extranjeras fue visto como un camino para promover el flujo de capitales a los países en desarrollo y así contribuir al desarrollo sustentable”⁵.

Desde los primeros casos planteados en el marco del TLCAN que involucraban medidas de protección ambiental han transcurrido muchos años. El incremento de los arbitrajes en materia de inversión contribuyó a clarificar en gran medida la regulación en este ámbito. En éste proceso de integración encontramos laudos que resolvieron sobre cuestiones ambientales relacionadas con inversiones. Ejemplo de ellos son: “Metalclad”, “S.D.Myers”, “Tecmed”, entre otros. Se sigue en estas controversias el modelo “inversor – Estado” ante un tribunal arbitral para resolverla. El Artículo 1114 (I) del capítulo 11 de NAFTA establece: “Nada en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga, o haga cumplir cualquier medida, por lo demás

2 SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Third Edition, Cambridge University Press, 2010. p. 225.

3 CHRISTMANN, Petra. “Multinational Companies and the Natural Environment: Determinants of Global Environmental Policy Standardization” en *Academy of Management Journal*. 2004, vol 47, n° 5, p. 747.

4 GEHRING, Markus et al. *Op. Cit.* p. 9.

5 SCHRIJVER, Nicolas. “Report of the International Law on Sustainable Development Committee”. En: CHINKIN, Christine et al, (ed). *Report of The Seventy Third Conference International Law Association*, (Rio de Janeiro, 2008). London: s.n. 2008. p. 918.

compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se realiza de una manera sensible a las preocupaciones ambientales”⁶.

En ese sentido, surge el interrogante si esas medidas que adoptan los gobiernos para proteger el ambiente pueden considerarse como expropiatoria. Así, el objetivo del presente artículo será analizar el régimen de expropiaciones en el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras y su vinculación con el ambiente. Fundamentalmente nos detendremos en la expropiación regulatoria de acuerdo a lo planteado y tomaremos como objeto de análisis los casos “Metalclad”, “S.D.Myers”, “Tecmed”, surgidos en virtud del Capítulo 11 de NAFTA como más paradigmáticos. Metodológicamente iremos de lo general a lo particular. De la normativa general al caso particular como ser laudos arbitrales. De esa manera, llegaremos a las conclusiones.

2. LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y LA EXPROPIACIÓN

August Reinisch considera que la expropiación en el sentido de una toma directa de la propiedad privada por el Estado, usualmente involucra una transferencia de los derechos de propiedad al Estado o a una tercera persona fue una de las cuestiones más importantes del Derecho Internacional Público durante el siglo XX⁷. En ese orden de ideas, las medidas de nacionalización de los comunistas y en México en la década de 1920, seguidas de la socialización de la propiedad privada en los países de Europa del Este después de la II Guerra Mundial y las expropiaciones en los países en desarrollo en el curso del proceso de descolonización, así como las controversias sobre las concesiones de petróleo de 1960 y 1970, marcaron las más importantes olas de expropiaciones de la propiedad privada⁸. A ellas, le debemos sumar las nacionalizaciones que se realizaron en Irán a partir de 1979 que dieron lugar al establecimiento del Tribunal de Reclamos entre EE.UU e Irán. A partir de mediados de 1990 podemos ubicar una nueva ola de expropiaciones de las inversiones extranjeras que se tramitaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Relativas a Inversiones (CIADI), en el marco del Banco Mundial.

Sohn y Baxter, en oportunidad de redactar la Convención sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños a los

⁶ “Nothing in this chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure, otherwise consistent with this chapter, that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns”.

⁷ REINISCH, August. “Expropriation”. En: MULCHLINSKI, Peter et al. (ed). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008. p. 408.

⁸ *Ibidem*.

Extranjeros definieron la expropiación como “no es sólo una toma directa de propiedad, sino también cualquier interferencia irrazonable con el uso, goce o disposición de los bienes como para justificar una injerencia que el propietario del mismo no será capaz de usar, gozar o disponer de la propiedad”⁹.

Peter Malanczuk¹⁰ señala que los estándares internacionales mínimos de protección contienen dos reglas de derecho consuetudinario relativas a expropiación. La primera, la expropiación debe ser por interés público. Segundo, aún cuando la expropiación sea conforme a la regla antes mencionada, debe ir acompañada por el pago de una indemnización que debe ser por el valor total de la propiedad o como se expresa comúnmente, la compensación debe ser “pronta, adecuada y efectiva”. En ese sentido, Lowe¹¹ estima que en el Derecho Internacional hay un considerable grado de consenso sobre el criterio acerca de los requisitos que debe reunir una expropiación legal. Así, la expropiación debe ser realizada: mediante ley, por causa de utilidad pública, no debe ser discriminatoria y se debe realizar el pago de una indemnización conforme el Derecho Internacional. Magdalena Ignacio, citada por Marisol Páez estima que “un concepto estricto de expropiación se refiere a la transferencia directa del título de propiedad, que comprende la nacionalización de toda la propiedad privada respecto de una producción; la nacionalización de una industria determinada para crear un monopolio del Estado; la expropiación en gran escala cuando hay toma de terrenos y su distribución en la población no propietaria; y las expropiaciones particulares de un terreno determinado”¹².

El documento de la Comisión de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ‘titulado “Expropriation” puntualiza que “la crisis financiera internacional se ha hecho especialmente visible en la regulación de determinadas áreas que los Estados consideran de interés público. En ese sentido, se observa a los Estados interviniendo para rescatar algunos sectores de su economía y han tomado participaciones en empresas transnacionales”¹³. Así, surge la noción de expropiación indirecta.

9 SOHN, Louis and BAXTER, R. “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interest of Aliens II”. *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, citados en EL ATTAR, Bassant et al. *Expropriation Clauses in International Investment Agreements and the Appropriate Room for Host States to Enact Regulations: A Practical Guide for States and Investors*. Geneve: The Graduate Institute of Geneva, Centre for Trade and Economic Integration, 2009. p. 5

10 MALANCZUK, Peter. *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*. Seven Revised Edition. London: Routledge, 2002. p. 235.

11 LOWE, Vaughan. “Changing Dimensions of International Investment Law”. *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*. 2007, n° 4, p. 53.

12 PÁEZ, Marisol. “La Expropiación Indirecta frente al CIADI: Consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados”. *Revista de Estudios Internacionales*. 2006, vol 39, n° 153.

13 UNCTAD. *Expropriation*. New York- Geneve: United Nations, 2011. p. 15.

Andrew Newcombe señala que “existen distintos tipos de expropiaciones y que ha sido denominada de distintas maneras, entre ellas expropiación directa, indirecta, medidas equivalentes a expropiación, expropiación encubierta u oculta, constructiva, de facto, regulatoria, virtual”¹⁴.

Además de la expropiación directa señalada anteriormente, en el Derecho Internacional se distingue la denominada *expropiación indirecta*. Conforme UNCTAD, este tipo de expropiación puede surgir cuando determinadas medidas gubernamentales pueden no involucrar una deprivación física de una propiedad pero tienen como resultado producir la pérdida efectiva de la gestión, uso o control, o una depreciación del valor del bien del inversionista extranjero¹⁵.

En el Tribunal formado entre Irán y Estados Unidos para entender las controversias surgidas entre ellos a partir de 1979 encontramos el caso *Starret Housing*. En esta oportunidad se señaló que “está reconocido en Derecho Internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad, hasta el punto de que estos derechos se vuelven tan vagos que debe considerarse que han sido expropiados, a pesar de que el Estado no tuvo la intención y el título legal de la propiedad sigue siendo formalmente del propietario original”¹⁶.

En el Informe denominado “Inversiones y Desarrollo Sustentable”¹⁷ del Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable (con sede en Ginebra) se señala que “la expropiación indirecta es mucho más difícil”; y puntualiza que hasta la fecha se han observado varias formas o casos. En ese sentido encontramos¹⁸:

- *Una medida equivalente a la expropiación*, es una medida que, aunque no se confisque directamente la propiedad, tiene las mismas repercusiones de privar en efecto al dueño de todos los beneficios de la propiedad (por ejemplo, el reemplazo de la Junta Directiva o el bloqueo del perímetro de un establecimiento para impedir la entrada o salida de productos,
- *La expropiación progresiva*, consistente en utilizar una serie de medidas para lograr una expropiación directa o indirecta. En este caso, ninguna medida por sí sola equivaldría a una expropiación; pero la suma de las medidas podría considerarse como tal; y
- *La expropiación reglamentaria*, en cuyo caso, una medida se

14 NEWCOMBE, Andrew. “The Boundaries of Regulatory Expropriation under International Law”. 20 *ICSID Review*. 2005, n° 1, p. 20.

15 UNCTAD. Op. Cit. p. 2

16 HEISKANEN, Veijo. “The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to The Development of the Doctrine of Indirect Expropriation”. En: *International Law Forum*. 2003, vol 5, n° 3, p. 181.

17 COSBEY, Aaron, et al. *Inversiones y Desarrollo Sustentable*. Canadá: International Institute for Sustainable Development, 2004. p. 14.

18 *Ibidem*.

adopta con finalidades reglamentarias tradicionales pero tiene tales repercusiones sobre un inversionista extranjero que se considera una expropiación (un subconjunto de medidas equivalentes a la expropiación).

3. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y EL AMBIENTE

El “Tratado de Libre Comercio de América del Norte” conocido también como TLCAN o por su sigla en inglés NAFTA es el primer acuerdo de integración regional de alcance general que involucra a países con niveles de desarrollo dispares¹⁹. Fue firmado por los Presidentes de Estados Unidos y México y por el Primer Ministro de Canadá, el 17 de diciembre de 1992.

El TLCAN significó el establecimiento de una zona de libre comercio “en el territorio de lo que se conoce geográficamente como América del Norte que en aquel momento poseía el mayor número de habitantes en el mundo”²⁰, y el Capítulo 11 de NAFTA “logró por primera vez que un tratado de libre comercio introdujera un capítulo específico que regulara y legislara de manera supranacional la inversión extranjera”²¹.

La particularidad de este acuerdo es que incluye tres mecanismos distintos de solución de controversias. El primero relativo a la interpretación, aplicación y violación al Acuerdo (Capítulo 20). El segundo sobre cuotas anti dumping y compensatorias. El tercero establece el mecanismo de solución de controversias entre inversores extranjeros y el Estado receptor de la inversión (Capítulo 11).

David R. Haig, citado por Jones²², considera que el Capítulo 11 del NAFTA es, en esencia, un acuerdo trilateral de inversiones injertado en un acuerdo que está relacionado directamente con la liberalización y equidad en el comercio de bienes y servicios. Al igual que todo tratado moderno en su naturaleza contiene disposiciones para la solución de controversias y como tratado de inversiones sigue simplemente el ya establecido modelo para la solución de controversias entre un inversor y un Estado²³. El mismo autor agrega que el objetivo fundamental del

19 MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [consulta 9/12/2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>.

20 GUTIERREZ – HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN”. *Economía unam* [en línea]. 2004, vol 1, n° 3 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>.

21 *Ibidem*.

22 JONES, Ray C. “NAFTA Chapter 11 Investor – to State Dispute Resolution: A Shield to be Embraced or a Sword to be Feared?”. *Brigham Young University Law Review*. 2002, p. 531.

23 *Ibidem*

Capítulo 11 de solución de controversias fue crear negocios entre los inversores y los Estados receptores. En ese sentido, los inversores aceptan realizar inversiones en otro Estado convencidos que se les asegura el disfrute de los estándares básicos de justicia y equidad establecidos en la Sección A del Capítulo 11. Esta protección es esencial para los inversores extranjeros que están sometidos a la autoridad legislativa del Estado receptor quedando vulnerables a sus facultades regulatorias de este Estado²⁴.

Oscar Cruz Barney señala que la sección B del Capítulo 11 de NAFTA “responde a la búsqueda por parte de los inversionistas de las mejores condiciones de seguridad, certeza jurídica y rendimientos (...) de ahí la creación de un mecanismo arbitral especial para prevenir y resolver las controversias que pudieren surgir cuando un inversionista considere que se le está vulnerando algún derecho”²⁵. El sistema implementado para solucionar las controversias es el Arbitraje; pero primero debe recurrirse a las consultas y negociación.

El Capítulo 11 establece una serie de obligaciones sustantivas a los Estados hacia los inversores extranjeros. Ellas se encuentran desde el Art. 1102 al 1114, y serán considerados a continuación.

La primera obligación se refiere al *principio de trato nacional*. En ese sentido, “cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones” y “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones” (Art. 1102 Ap. 1 y 2).

La segunda obligación está relacionada con el principio *de la nación más favorecida*. Así, “cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones. (Art. 1103, Ap. 1) y “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión,

24 *Ibidem*

25 CRUZ BARNEY, Oscar. “Protección al Medio Ambiente y Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el TLCAN”. *Revista de Derecho Privado*. 2004, vol 3, n° 7, p. 49.

administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”. (Art. 1103 Ap. 2).

En el Art. 1105 se establece *la obligación de un mínimo nivel de trato*. Así, “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena.”

El Art. 1106 prohíbe a las Partes del Tratado imponer ciertos *requisitos de desempeño* a los inversores extranjeros. No se les podrá imponer que deben exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios; o alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional, etc.

El Art. 1109 establece la obligación que el Estado receptor de la inversión “permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora”. Estas *transferencias* incluyen ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión; hasta productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión e incluidos los pagos por préstamos y las compensaciones por violaciones al Tratado.

El Art. 1110 establece una serie de disposiciones relativas a *expropiaciones*. En ese orden de ideas, ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: *a)* por causa de utilidad pública; *b)* sobre base no discriminatoria; *c)* siguiendo el debido proceso legal; *d)* mediante el pago de una indemnización. Esta compensación debe ser pronta, adecuada y efectiva. Debe ser realizada al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago. Aunque, si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los

países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago (Art. 1110).

El Capítulo también establece una regulación sobre las *medidas ambientales*. En ese sentido establece que las Partes del Tratado tienen el derecho de adoptar y aplicar medidas ambientales conforme a este capítulo. Las Partes también reconocen que es inadecuado alentar la inversión mediante la flexibilización de cuestiones relacionadas con la salud (relaxing domestic health), seguridad o medio ambiente. En consecuencia, las Partes no deben renunciar o derogar dichas medidas ambientales para atraer inversiones (Art. 1114).

4. ARBITRAJES SOBRE AMBIENTE EN EL MARCO DEL CAPÍTULO 11 DE NAFTA

Cosbey, refiriéndose a la modalidad de la expropiación reglamentaria, señala que “se aplica la denominada doctrina de los EE.UU. que según algunos, una reglamentación puede equivaler a una forma de expropiación indirecta si tiene repercusiones negativas significativas en el valor económico de una inversión”²⁶. Este autor considera que con el avenimiento del Capítulo 11 del TLCAN, el debate sobre este concepto ampliado de expropiación paso de los sistemas judiciales y políticos de los EE.UU a la palestra de los arbitrajes internacionales, impulsado por los inversionistas extranjeros que ponen a prueba las cláusulas”²⁷. En ese sentido, analizaremos los casos relacionados con la expropiación reglamentaria. Focalizaremos en los arbitrajes de Metalclad, S.D.Myers, Inc. y Tecmed porque son paradigmáticos en este ámbito.

4.1. Caso METALCLAD vs. México²⁸

Fue uno de los primeros casos en que se planteó la expropiación reglamentaria. Está relacionado con la empresa Metalclad Corp. de EE. UU. a la que se le había negado la posibilidad de instalar una planta para procesamiento de desechos peligrosos en La Pedrera, valle localizado en Guadalcázar, San Luis de Potosí (México).

El 26 de octubre de 1994 se terminó abruptamente la construcción de la planta, cuando el Municipio ordenó el cese de toda actividad debido a la falta de permiso municipal de construcción. De mayo de

²⁶ COSBEY, Aaron, et al. Op. Cit. p. 14

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Seguimos el relato conforme el laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Mecanismo Complementario, Caso N° ARB (AF)/97/1: *Metalclad Corporation y Estados Unidos Mexicanos*. Fecha de envío a las Partes: 30 de agosto de 2000.

1996 a diciembre de 1996, Metalclad y el Estado de San Luis de Potosí (SLP) intentaron resolver los asuntos relativos a la operación del confinamiento. Estos esfuerzos fracasaron y, el 2 de enero de 1997, Metalclad inició el procedimiento de arbitraje en contra del Gobierno de México al amparo del Capítulo 11 del NAFTA.

El 23 de septiembre de 1997, el Gobernador de SLP, tres días antes de que terminara su período de gobierno, emitió un Decreto Ecológico declarando un Área Natural para la protección de un cactus único. El Área Natural abarcaba el área del confinamiento. Metalclad se basa en parte en este Decreto Ecológico como un elemento adicional a su reclamación, sosteniendo que el Decreto efectiva y permanentemente precluye la operación del confinamiento.

El Tribunal determinó que la expropiación en NAFTA “incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado”²⁹ y que “Tribunal arbitral en este caso laudo que “no necesitaba determinar ni considerar la motivación ni las intenciones de la adopción del Decreto Ecológico”³⁰.

Justin Marlles señala que este laudo es el más pro-inversor que cualquier otra interpretación del Art. 1110 en el marco del Capítulo 11 de NAFTA³¹.

4.2. Caso S.D.Myers, Inc. vs. Canadá³²

S.D. Myers Inc. es una empresa de nacionalidad de EE.UU. cuyo objeto es el tratamiento de desechos tóxicos. Así, importaba hacia Ohio desde Canadá un desecho llamado Polychlorinated Biphenyls (en inglés) ó Bifenilos Policlorados (en castellano) - PCB. Los PCB se utilizan principalmente en equipos eléctricos y en menor medida en otros productos. Estos se biodegradan lentamente, permanecen en el ambiente por un largo tiempo; y deben ser eliminados a través de cualquiera de los procesos de destrucción térmica a altas temperaturas

29 *Ibidem.* para. 103

30 *Ibidem.* para. 111

31 MARLLES, Justin. “Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulations In International Investment Law”. *Journal of Transnational Law & Policy*. 2007, vol 16, n° 2, p. 280.

32 Seguimos el relato conforme el laudo en el marco de NAFTA dictado conforme las Reglas de UNCITRAL de Arbitraje en *S.D. Myers (Claimant) and Government of Canada (Respondent). Partial Award*, November 13, 2000.

o por procesamiento químico. Los vertederos se utilizan también como un medio de eliminación, pero este método sólo contiene el material de una manera relativamente segura y no resultará en la eliminación de la sustancia desde el medio ambiente. La técnica más utilizada para destruir a esta sustancia es la incineración a alta temperatura, típicamente a temperaturas de aproximadamente 1200 grados Centígrados³³.

En marzo de 1989, varios Estados, entre ellos Canadá firmaron el Convenio de Basilea. Esta Convención trata sobre el tráfico internacional de PCB y otros desechos peligrosos. Ha sido adoptada bajo los auspicios del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Aunque los EE.UU. firmaron el Convenio de Basilea no lo había ratificado en el momento de los hechos que se examinan en el arbitraje³⁴.

Los Estados Partes en el Convenio de Basilea aceptan la obligación de garantizar que los residuos peligrosos sean manejados de manera ambientalmente racional. El Convenio de Basilea establece normas y procedimientos que rigen el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación. Entre otras cosas, se prohíbe la exportación e importación de desechos peligrosos desde y hacia los Estados que no son parte en el Convenio de Basilea (artículo 4 (5)), a menos que tal movimiento está sujeto a los acuerdos bilaterales, multilaterales o regionales cuyas disposiciones son no menos estrictas que las del Convenio de Basilea (artículo 11)³⁵.

En 1993, Myers se constituyó bajo la Business Corporations Act de Canada³⁶. En noviembre de 1995, Canadá prohíbe la exportación de manera temporal de PCB. En ese lapso revisaba los tratados internacionales sobre manejo de sustancias tóxicas³⁷.

En octubre de 1998, S.D. Myers inició un procedimiento arbitral contra Canadá por U\$S 20 millones, argumentando expropiación, violación de cláusula de nación más favorecida, de trato no discriminatorio, de trato justo y equitativo, además de mala fe y denegación de justicia”.

En este caso, el tribunal laudó que “la conducta reglamentaria de las autoridades públicas tiene pocas probabilidades de ser objeto de una demanda legítima al amparo del Art. 1110 del TLCAN, aunque el tribunal no descarta esa posibilidad. Las expropiaciones tienden a llevar aparejada la privación de los derechos de propiedad; las reglamentaciones son una interferencia menor”³⁸.

Sintetizando, en este caso, el Tribunal distinguió las regulaciones de la expropiación, fundamentalmente sobre la base del grado de

33 *Ibidem.* paras. 88 a 96

34 *Ibidem.* para. 105

35 *Ibidem.* para. 106

36 *Ibidem.* para. 111

37 *Ibidem.* para. 123 a 128

38 *Ibidem.* para. 282

interferencia con los derechos de propiedad.

4.3. Caso TECMED vs. México³⁹

La controversia se relaciona con una inversión en terrenos, construcciones y otros activos a raíz de una subasta en licitación pública convocada por Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo («Promotora»), un Organismo Público Descentralizado Municipal de dicho ayuntamiento ubicado en el Estado de Sonora, México. El objeto de la subasta fue la venta de un inmueble, construcciones e instalaciones y otros bienes relativos al confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos «Cytrar». Como consecuencia de tal subasta, Tecmed resultó adjudicataria de dichos bienes, según decisión adoptada por el Consejo de Administración de Promotora del 16 de febrero de 1996. Ulteriormente, la titularidad de los derechos y obligaciones de Tecmed bajo la subasta y en relación con los bienes del confinamiento quedó en cabeza de Cytrar, sociedad esta última constituida por Tecmed a tales efectos y para que operara dicho confinamiento.

El confinamiento fue construido en 1988 sobre un terreno adquirido por el Gobierno del Estado de Sonora que se encuentra ubicado en la localidad de Las Víboras, dentro de la jurisdicción del Ayuntamiento de Hermosillo, Estado de Sonora, México. A partir del 7 de diciembre de 1988, el confinamiento contó con una licencia para funcionar de una duración de cinco años prorrogable.

El 25 de noviembre de 1998, fue negada la solicitud de renovación de la autorización de funcionamiento del confinamiento que vencía el 19 de noviembre de 1998. En consecuencia, se planteó el reclamo arbitral⁴⁰.

El Tribunal laudó que “las medidas adoptadas por un Estado, sean reglamentarias o no, constituyen una expropiación de facto indirecta si son irreversibles y permanentes y si los activos o derechos a los que se aplica la medida han sido afectados de tal manera que ha desaparecido toda forma de explotación. La intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas para el dueño de los activos o los beneficios de los activos afectados por las medidas y la forma de la medida de privación es menos importante que sus efectos reales”⁴¹.

Coincidimos con la opinión de Cosby que “lo más importante aquí es que el tribunal, en realidad, estableció una jerarquía de intereses por proteger; si la intención del gobierno es menos importante que los efectos sobre el inversionista, luego el razonamiento debe extenderse a una determinación de que el interés público es un factor menos

³⁹ Seguimos el relato conforme el laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso N° ARB (AF)/00/2: *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Fecha de envío a las Partes: 29 de mayo de 2003.

⁴⁰ *Ibidem*. paras 35 a 38.

⁴¹ *Ibidem*. para 116.

importante que los intereses de los inversionistas extranjeros privados”⁴².

A MODO DE CONCLUSIÓN

En numerosos tratados bilaterales de inversiones, o disposiciones sobre inversiones en acuerdos comerciales multilaterales, regionales o bilaterales, no encontramos disposiciones sobre la cuestión ambiental. No obstante, existe una nueva tendencia a incorporar normas especiales sobre ambiente en los acuerdos que regulan las inversiones extranjeras como en el Capítulo 11 de NAFTA. Este último acuerdo, contiene obligaciones sustantivas como ser: principio de trato nacional, cláusula de la nación más favorecida y mínimo nivel de trato, entre otras.

No puede estar ausente la regulación de la expropiación en un acuerdo sobre inversiones extranjeras. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión. Solo procede mediando: *a)* declaración de utilidad pública, *b)* base no discriminatoria, *c)* se haya seguido el debido proceso legal y *d)* se pague una indemnización que debe ser pronta, adecuada y efectiva.

Existen distintos tipos de expropiaciones y han recibido distintas denominaciones, entre ellas expropiación directa, indirecta, medidas equivalentes a expropiación, expropiación encubierta u oculta, constructiva, de facto, regulatoria, virtual.

El TLCAN establece que las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión mediante las normas que permitan flexibilizar las cuestiones relativas a la salud (*relaxing domestic health*), seguridad o medio ambiente. En consecuencia, las Partes no deben renunciar o derogar dichas medidas ambientales para atraer inversiones (Art. 1114). En ese sentido, tuvo importancia la expropiación regulatoria. Entendemos a esta última como una medida que se adopta con finalidades reglamentarias tradicionales pero con ciertas repercusiones sobre un inversionista extranjero que se considera una expropiación.

El Arbitraje es el mecanismo implementado para solucionar las controversias. En ese orden de ideas, consideramos tres casos paradigmáticos de expropiación reglamentaria vinculados al ambiente. En el caso METALCLAD, el laudo fue pro inversor. Brindó una amplia protección al inversionista; ya que consideró que “no necesita determinar ni considerar la motivación ni las intenciones de la adopción del Decreto Ecológico”. Para el Tribunal fue suficiente la existencia de la interferencia sustancial. La perspectiva varió en el caso S.D. MYERS; ya que el Tribunal estimó que “la conducta reglamentaria de las autoridades públicas tiene pocas probabilidades de ser objeto de una demanda legítima al amparo

42 COSBEY, Aaron, et al. Op. Cit. p. 16.

del Art. 1110 del TLCAN” y finalmente en el caso TECMED, el tribunal estableció una jerarquía de intereses por proteger; si la intención del gobierno es menos importante que los efectos sobre el inversionista.

A lo largo de estas líneas, llegamos a la conclusión que es necesario garantizar una adecuada protección al ambiente y establecer de manera clara los límites de un gobierno para regular la inversión extranjera y que no sea considerada expropiatoria.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- CHRISTMANN, Petra. “Multinational Companies and the Natural Environment: Determinants of Global Environmental Policy Standardization” en *Academy of Management Journal*. 2004, vol 47, n° 5.
- CORDONIER SEGGER, Marie-Claire et al. *Sustainable Development in World Investment Law*. The Netherlands. Wolters Kluwer, 2011.
- COSBEY, Aaron, et al. *Inversiones y Desarrollo Sustentable*. Canadá: International Institute for Sustainable Development, 2004.
- CRUZ BARNEY, Oscar. “Protección al Medio Ambiente y Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el TLCAN”. *Revista de Derecho Privado*. 2004, vol 3, n° 7, p. 49.
- EL ATTAR, Bassant et al. *Expropriation Clauses in International Investment Agreements and the Appropriate Room for Host States to Enact Regulations: A Practical Guide for States and Investors*. Geneve: The Graduate Institute of Geneva, Centre for Trade and Economic Integration, 2009.
- GEHRING, Markus and NEWCOMBE, Andrew. “An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law”. En: CORDONIER Segger et al, *Sustainable Development in World Investment Law*. KluwerLaw International: TheNetherlands, 2011.
- GUTIERREZ-HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN”. *Economíaunam* [en línea]. 2004, vol 1, n° 3 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>
- HEISKANEN, Veijo. “The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to The Development of the Doctrine of Indirect Expropriation”. *International Law Forum*. 2003, vol 5, n° 3. p. 181.
- JONES, Ray C. “NAFTA Chapter 11 Investor – to State Dispute Resolution: A Shield to be Embraced or a Sword to be Feared?”. *Brigham Young University Law Review*. 2002, p. 531.
- LOWE, Vaughan. “Changing Dimensions of International Investment Law”. *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*. 2007, n° 4, p. 53.
- MALANCZUK, Peter. *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*. Seven Revised Edition. London: Routledge, 2002. p. 235.
- MARLLES, Justin. “Public Purpose, Private Losses: Regulatory

Expropriation and Environmental Regulations In International Investment Law”. *Journal of Transnational Law & Policy*. 2007, vol 16, n° 2, p. 280.

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [consulta 9/12/2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>.

MULCHLINSKI, Peter et al. (ed). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008.

NEWCOMBE, Andrew. “The Boundaries of Regulatory Expropriation under International Law”. 20 *ICSID Review*. 2005, n° 1, p. 20.

OCDE. “Indirect Expropriation and the right to Regulate in International Law”. En: OCDE, *Working Papers on International Investment N° 4*. OECD Publishing, 2004.

PÁEZ, Marisol. “La Expropiación Indirecta frente al CIADI: Consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados”. *Revista de Estudios Internacionales*. 2006, vol 39, n° 153.

REY VALLEJO, Pablo. “El Arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización”. *Revista de Derecho Privado*. 2007, n° 38.

SCHRIJVER, Nicolas. “Report of the International Law on Sustainable Development Committee”. En: CHINKIN, Christine et al, (ed). *Report of The Seventy Third Conference International Law Association*, (Río de Janeiro, 2008). London: s.n. 2008.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Third Edition, Cambridge University Press, 2010.

UNCTAD. *Expropriation*. New York- Geneve: United Nations, 2011. p. 15.

UNCTAD. *Taking of Property*. New York – Geneve: United Nations, 2000.

Sección IV– Seção IV

Otros Temas Contemporáneos

Outros Temas Contemporâneos

BREVE MANIFIESTO SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL*

*Raúl Gustavo Ferreyra***

1. APERTURA

Antes de ahora, he emprendido una investigación y una reflexión sobre el Estado constitucional en América del Sur. Quizás exista una “matemática del espíritu, cuyas leyes terribles no son tan inviolables como las que rigen las combinaciones de los números y de las líneas”¹. Aunque el Derecho que emerge de las constituciones, ciertamente, no habita en la precisión de ninguna de las matemáticas ni en las espirituales ni en las no espirituales.

La tarea, por tanto, ha sido terminada, con madurez creciente e imperfecciones fruto genuino de la ambigüedad, policromía y vaguedad del Derecho, que se transmite al Derecho constitucional. El texto se encuentra en prensa y será publicado en 2015 y llevará por título *Manifiesto sobre el Estado constitucional. Raíces y razones de la mancomunidad estatal*. Una pieza extensa, de más de 150 páginas.

Dado el homenaje que me brinda el *Centro de Ensino Superior de São Gotardo, Estado de Minas Gerais, República Federativa del Brasil*, he decidido adelantar estas letras que componen la *Lectio*, en señal de fraterna colaboración científica. Juzgo interesante adelantar las ideas de la contribución indicada en el párrafo anterior; especialmente “ajustadas” para esta eminente ocasión, aun a sabiendas de que se corra algún riesgo, quizá por no estar en el marco del texto completo. Entonces llamo a esta contribución “Breve...”, que incluye, naturalmente, las ideaciones principales recogidas en la versión *in extenso*. No pretendo su “soberanía”; me contentaré con una adecuada “autonomía”. Por razones de espacio y para empalmar con la orientación sugerida para la edición de este homenaje, prescindiré de la mención y descripción de normas en

* *Lectio doctoralis* pronunciada el 21 de noviembre de 2014 con motivo de la recepción del doctorado Honoris Causa por el Centro de Ensino Superior de São Gotardo, Minas Gerais, Brasil. La laudatio fue compuesta por el Prof. Dr. Paulo Bonavides; no pudo concurrir por razones de salud y fue leída en su representación por el Prof. Dr. Paulo Lupo Saraiva. El Centro de Ensino Superior de São Gotardo fue representado por su rector, João Eduardo Lopes Queiroz.

** Catedrático de Derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. E-mail: rgferreyra@hotmail.com.ar

¹ ARLT, Roberto. *Los siete locos*. Buenos Aires: Planeta, 2013. p. 73.

la argumentación. En el mismo sentido, también se despeja el camino de citas doctrinarias y jurisprudenciales, en todo cuanto fuese posible.

2. AFIRMACIÓN CAPITAL

La tesis pura de este “Breve manifiesto” es la siguiente: llámase “Estado constitucional” a todo ente que congrega en su composición dos elementos constituyentes naturales (territorio y población) y dos elementos constituyentes no naturales (poder y constitución); uno de estos últimos es el “artificio fundamental”, la suma regla suprema del orden estatal, cuya estabilidad y perdurabilidad se intenta establecer con hegemonía suficiente. En el Estado constitucional todo el Derecho del Estado debe ser Derecho genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo.

El ámbito de reflexión y de escritura se encuentra en la Argentina y dentro del marco de ordenación prescrito por el sistema de su “Constitución federal”, pero con vocación para desarrollar, genuinamente, inferencias que, más temprano que tarde, sean susceptibles de tipificar aspectos sobre la “identidad” del constitucionalismo en América del Sur. La concepción de la constitución como cuarto elemento del Estado significa un “programa”², aunque su comprensión teórica y su consecuente concreción empírica, en este momento, no se orienten de modo directo hacia una laboriosa edificación de una “identidad constitucional sudamericana”, cuyo peso relevante o criterio rector residiese, eventualmente, en el discurso público originado por el Derecho de la constitución.

3. LA CONSTITUCIÓN, CUARTO ELEMENTO DEL ESTADO

La constitución no es un ente mundano aislado. Puede aislarse para su estudio dogmático; es decir, comprender, desde una perspectiva interna, su entidad y describir sus propiedades. Sin embargo, ella desempeña su tarea, con mayor o menor eficacia, con mayores o menos logros, dentro del ente estatal. Por consiguiente, también existe un enfoque externo: el propio modo en que la constitución se da, se presenta, se relaciona, en fin, reglamenta y fundamenta al mundo de los elementos del Estado; o el Estado a secas. Porque construir constitucionalmente al Estado no es tarea sencilla. Por eso, las orientaciones conceptuales sobre “organizarlo u ordenarlo” –siempre con rol fundamental– no son una

2 Peter Häberle, en 1982, anunció su tesis, pieza a pieza, en *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (“la Constitución como cultura”), Berlín. La tesis se reitera en “La constitución en el contexto”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIJC), CEPC, Madrid, n° 7, 2003, pp. 223-225). Adviértase: en este escrito se resuelve deslizar a la constitución como un “cuarto elemento”; simplemente, sin ahondar en la inherente proyección “cultural” de la tesis del profesor alemán para nuestro “contexto” sudamericano.

mera cuestión de fe o de vocabulario: siempre se encuentran abiertas a delimitación y discusión crítica.

Los elementos del Estado siguen siendo el territorio, la población y el poder; sin embargo, tratándose de la arquitectura del poder y el deslinde entre autoridad y ciudadanía, con semejante sustantividad, la constitución se incorpora como cuarto y nuevo elemento al sistema. La concepción de la constitución como cuarto elemento significa un programa que se presenta –en la Argentina y, eventualmente, para América del Sur en pos de un nuevo modelo de integración real– y se intenta desarrollar paso a paso, porque no pretende privar de “fuerza expresiva” a la elemental trilogía de constituyentes del Estado³.

En particular, el Estado argentino se encuentra fundamentado constitucionalmente por la suma regla más antigua de las sudamericanas que gozan de vigencia. Al igual que todos los Estados de América del Sur, la Argentina “ordena” su vida “estatal” por intermedio de una constitución. En el caso de la Argentina, el artificio fue inventado en 1853 e impuesto desde entonces. La Constitución nació a mediados del siglo XIX en el marco de un débil, fragmentado y casi inexistente contractualismo comunitario; sin embargo, transcurridos más de 160 años, sus determinaciones abstractas, abiertas y concisas, amén de sus reformas, la han convertido en un bien comunitario indispensable (mejor dicho: “un bien jurídico de naturaleza colectiva”⁴) para que cada individuo puede diseñar el plan de vida que le plazca y desarrollarlo, reformarlo, con total libertad, sin interferencias. En principio, no existe otro “Estado” que no se encuentre “constituido” por la respectiva “constitución”. ¡No debería existir vida estatal fuera de la “constitución”, pero existe! Aunque también se yergue un derecho estatal fuera de la constitución, aquí no hay espacio para su detallado tratamiento⁵.

4. LAS REGLAS CONSTITUCIONALES

Elegir al artificio constitucional como fundamento del Estado constituye una determinación política. Se adopta con antelación a la arquitectura estatal y se funde con sus fines. Por dicha razón, al desenvolverse la elección señalada se “opera” entre la decisión política y la propia arquitectura del sistema “una relación circular” que rige “toda la construcción” futura⁶.

3 HÄBERLE, Peter. La constitución en el contexto. Madrid: AIJC, CEPC, 2003. N° 7, p. 225.

4 BIDART CAMPOS, Germán J. *La constitución que dura (1853-2003 - 1994-2004)*. Buenos Aires: Ediar, 2004. p. 22.

5 Para la evaluación de esta cuestión, se remite a FERREYRA, Raúl Gustavo. *La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. y también al ensayo “¿Tiempo constitucional? La constitución vulnerable”. Disponible en: <www.infojus.gov.ar>

6 ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 104-105.

“Fundamento” se utiliza en varios sentidos y en múltiples contextos. Por amor a la claridad conceptual, entre la variopinta gama de significados, indico, a continuación, los elegidos. Así, “fundamento” en tanto “raíz” y “fundamento” en tanto “razón” son los senderos escogidos, en coincidencia con algunas de las alternativas lexicográficas. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su raíz, porque toda la construcción jurídica de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar sustentada, soportada, en fin, “fundamentada” por el propio Derecho que emana de la constitución, o cuya validación ésta autoriza. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su razón, porque la validez jurídica de todo el Derecho de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar explicada, justificada, en fin, “fundamentada” por el propio Derecho que emana de la constitución, o cuya validación ésta autoriza.

La fundamentación constitucional del Estado se cumple o puede cumplirse por intermedio de cuatro principios o reglas: subordinación, variación, distinción y acción. Ninguna de estas reglas o principios posee una realización absoluta; por eso son reglas “inacabadas” o reglas de realización progresiva, o reglas de realización relativa. Además, se asume en este texto que no existen diferencias ontológicas o estructurales entre los principios y las reglas que emanan de las normas constitucionales; las desemejanzas entre las unas y los otros son más bien de estilo, pese a que desde el punto de vista de la literatura jurídica, en general, se prefiere “regla”. Bien entendido: que en toda obra literaria son esenciales el estilo y las ideas⁷.

Entonces, estos cuatro principios o reglas que emanan de la constitución pueden ser descritos como de terminación inacabada, porque por su intermedio se pretende fundamentar la regulación del Estado o la limitación de su inherente poder. En su etapa de fundamentación estatal cada uno de estos principios o reglas constitucionales se desenvuelve activamente, ya sea para configurar una raíz, o ya sea para justificar una razón. Son “materiales estructurales”, “pilares”, o mejor, “elementos de la arquitectura del interior del Estado” emplazados positivamente, puestos en la constitución. Sin embargo, para mantener incólume el rigor analítico, se prefiere agruparlos en dos órdenes, exactamente parejos a los “fundamentos constitucionales”. Más específicamente, pues, la regla sobre la variación o cambio y la regla

⁷ No asumo la distinción fuerte y débil, respectivamente, entre principios y reglas. Nótese: no significa que la distinción no posea entero fundamento; simplemente, es preciso señalar que tiene un alcance y contenido explicativo bastante más reducido del que comúnmente se le asocia, dado que la mayor parte de los principios, tendencialmente, se comportan como las reglas, porque también son “Derecho sobre Derecho”, portadores de sana normatividad. Se sigue, en general, la consistente tesis de Luigi Ferrajoli, expuesta en “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 11-50, 2012.

sobre la subordinación caen dentro del marco de los fundamentos constitucionales, observados como raíz. En cambio, la regla sobre la distinción y la regla sobre la acción se corresponden, o mejor dicho, son la manifestación de los fundamentos constitucionales, apreciados, en este caso, como razón o justificación para el ejercicio de la fuerza estatal. Estos principios o reglas que surgen constitucionalmente observan el siguiente contenido.

4.1. Primera regla: sobre la subordinación

Una de las definiciones fijadas por el Diccionario de la Real Academia Española sobre “subordinación” – “Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien” – deja constancia semántica precisa de cuanto se discute. En efecto, en el “Estado constitucional”, la subordinación del ente a la ordenación fundamental determinada por la constitución liga con decisión intransigente el propio concepto de Estado.

La regla sobre la subordinación jurídica del Estado por intermedio de cada uno de los despliegues que la constitución dispone (supremacía normativa; relación con el Derecho internacional de los Derechos Humanos –DIDH–; control de constitucionalidad y rigurosa juridicidad) persigue establecer la certeza, es decir, el “conocimiento seguro” por parte de la ciudadanía y los servidores públicos sobre la determinación del campo dominado por el Derecho y del otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas.

Los ciudadanos y los servidores públicos deben realizar el Derecho de la constitución.

La normatividad de los desarrollos de cada uno de los despliegues de la regla sobre la subordinación del Estado al Derecho constitucional debería hallarse, en general, fuera de discusión. No corresponde juzgar a la regla ni a sus despliegues específicos como mera exhortación ni baños de moralidad. Con los alcances de sus prescripciones jurídicas, inevitablemente, hacen presuponer o representar que la certeza en el mundo estatal –pasado, presente y sobre todo porvenir– queda afianzada, se encuentra ligada, en fin, subordinada a una regla artificial: la constitución, que no tiene nada de orden metafísico. La certeza siempre es “...certeza de alguien respecto de algo”⁸; en nuestro caso, nada más y nada menos que del hombre sobre el orden jurídico que fundamenta al Estado.

4.2. Segunda regla: sobre la variación

La constitución contiene una certidumbre: que su escritura

⁸ BUNGE, Mario A. *Diccionario de Filosofía*, “Certeza”, México: Siglo Veintiuno, 2001. p. 213-214.

metódica sólo podrá ser expandida, contraída o revisada, por el propio proceso detallado en su texto. Autoriza un solo lenguaje posible, por intermedio de un modelo autorreferente. El propio proceso de su cambio formaliza, sin temores, que la constitución puede ser reformada, con el debido respeto de sus determinaciones precisas, que nunca pueden ser entendidas como epístolas inútiles. De este modo, el artificio constitucional arraiga y afianza la estructura del Estado, al permitir el cambio de la regla suprema, que no es la copia ni imitación de ningún ente u objeto perfecto e ideal. Por eso corresponde habilitar la propia metamorfosis de la constitución. Me refiero al proceso real que cada orden jurídico regula y establece con sus propios matices, pero que en todos ellos participan los ciudadanos al elegir sus representantes y, en modo eventual, aprobar las normas elaboradas por el órgano constituyente, como así también la determinación de los órganos constitucionales y constituyentes determinados, de manera respectiva, para proceder a la variación normativa. Justificadamente, pues, la reforma configura un fundamento notable que sustenta la certeza en la edificación continua del orden jurídico del Estado.

La constitución es una entidad mundana; no debe ser ídolo de ilustración ni ser juzgada como el producto inalcanzable de personas sabias o no sabias, que en su mayoría han muerto. No obstante, cualquier variación debe seguir, detalladamente, el protocolo establecido en la propia letra constitucional. Fuera de la canalización dispuesta en la constitución, no hay cambio autorizado. La autoridad creada por la constitución no debe disponer cambios fuera del proceso político y jurídico prescrito en la suma regla. El cambio es una posibilidad enorme en la vida de los hombres. Arraigar, entonces, el cambio constitucional a un proceso clave e indisponible consagrado, en modo autorreferente, también confiere certeza en las relaciones humanas.

4.3. Tercera regla: sobre la distinción de funciones

Para construir un edificio es necesario que un arquitecto diseñe los planos; luego, que los obreros y los técnicos se ocupen materialmente de la edificación. Para escribir una novela o un mero relato resulta menester conocer la gramática o tener presente, acaso, que quienes lean el texto deben compartir el código escrito por el autor. Para construir y mantener jurídicamente a esa personalidad colectiva que se apoda "Estado", inevitablemente, unos hombres tendrán que dar órdenes, encontrarse facultados para mandar con atribuciones suficientes, y otros deberán obedecerlas, ya sea por leal convicción, o por otro motivo que influya y determine el estado de dominación. El poder es el primer elemento no natural del Estado. Poder entendido como competencia atribuida a órganos del Estado en los que reside la capacidad para

mandar o la facultad para dar órdenes, generar permisos o instalar prohibiciones. El poder es una cuestión fundamental en el Derecho de la constitución que ordena al Estado, con otra orientación, desde luego, pero con igual importancia que la libertad, que es la otra cuestión o materia fundamental.

La división de los poderes estatales tiene por inocultable finalidad contribuir a la consecución de lo que cotidianamente parece imposible, o digno de una de las más fantásticas de las utopías: someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídicas preestablecidas. Se trata de impedir la concentración de los poderes. El fraccionamiento del poder del Estado constituye un formidable escudo de protección para la libertad de los habitantes.

En términos constitucionales, el poder se distingue en “constituyente” y “constituidos”: Derecho constituyente y Derecho constituido. La constitución es producida y concretada en los “momentos constituyentes”; el resto de las reglas jurídicas de alcance general son creadas por el Congreso federal o el departamento ejecutivo; excepcionalmente, por el poder judicial.

La división horizontal del poder tiene lugar en la casa republicana: departamentos precisos que se encargan de la producción o realización del Derecho. La atribución de competencias comporta la existencia de zonas de reserva o, mejor dicho, potestades específicamente descritas, que no deben ni pueden ser invadidas por otro órgano, so pena de sanción. Ciertamente: existen ámbitos de competencias concurrentes, por ejemplo la formación de la ley, que es un acto entre el órgano Congreso y el órgano ejecutivo; pero, aun en dicho caso, cada órgano tiene una competencia propiamente asignada e indelegable. Todos los Estados de América del Sur adoptan el modelo republicano, sin equivocaciones. En el caso de la Argentina, se trata de un modelo tripartito, con un órgano extrapoder –el ministerio público– desde 1994.

La división vertical del poder tiene lugar ya sea por la vía del federalismo o del unitarismo; Brasil y la Argentina, por ejemplo, son modelos auténticamente federales, si acaso nos guiamos por la letra constitucional. En la Argentina, el grado de descentralización alcanza al Estado federal, también a 24 entes federados y, luego, a los municipios.

La división del poder, en el Estado constitucional, constituye la regla organizativa fundamental. Al mismo tiempo, se ha observado que si la premisa antropológica es la “dignidad humana”⁹, su consecuencia organizativa debe ser la democracia. Desde que no existe democracia sin división del poder, entonces, la vinculación es evidente. En los términos postulados, la regla sobre la división del poder justifica la existencia del Estado constitucional.

9 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p. 193.

4.4. Cuarta regla: sobre la acción. Derechos fundamentales

Hay constituciones que, en tanto fundamento de “soporte” y de “validez” de los sistemas jurídicos, no se limitan a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos. Además, y aceptando que ellas no son fines sino medios, reputan que los derechos fundamentales en ellas insertados realizan una reglamentación que se considera el ámbito básico de la vida comunitaria en libertad, donde se les concibe no sólo como derechos subjetivos, sino también como reglas objetivas del sistema y, como tales, formal y no materialmente, líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal. Esta proposición implica la comprensión global de las complejidades que muestran las realidades configuradas por esos órdenes. No apareja el abandono de la proposición que señala que la actividad dogmática jurídica consiste en describir el estado de cosas que el Derecho configura y determina. Naturalmente, esta demarcación o determinación jamás puede ser completa. Resulta casi imposible que la constitución pueda determinar todas las orientaciones de su realización. En el Estado constitucional, la eliminación radical del ámbito de la discrecionalidad es insuperable; la discrecionalidad es un rasgo dominante de la especie humana.

La Constitución federal de la Argentina, por caso (básicamente: Primera Parte, Capítulo Primero: “Declaraciones, derechos y garantías”; Capítulo Segundo: “Nuevos Derechos y Garantías”; y en la Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera, Capítulo Cuarto: “Atribuciones del Congreso”, art. 75, inc. 22¹⁰), contiene una descripción del estado

10 Por intermedio de la reforma constitucional de 1994 se dispuso en el art. 75, inc. 22: “... Corresponde al Congreso (...) inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

A su vez, la ley 24.820 –publicada en el Boletín Oficial del 29/5/1997– otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del art. 75, inc. 22, de

de cosas mencionado en los apartados anteriores, es decir, un estado de cosas deseado por el legislador constituyente sobre los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, pues, constituyen reglas o líneas significativas para la acción estatal y ciudadana. En el cuerpo de la Constitución federal encuentran reglamentación los siguientes: derecho a la vida, derecho de libertad, derecho de igualdad, derechos políticos, derecho de propiedad y función social, derechos sociales, derechos de incidencia colectiva y el contrato generacional ambiental; a esta composición de ocho voces se unen los “derechos no enumerados”; con igual jerarquía constitucional, al “noneto” de derechos descrito se vinculan, desde luego, los derechos cuya nomenclatura yace en los trece instrumentos que gozan de la mayor estatura jurídica en la Argentina. Unos (el “noneto” descrito en la Constitución federal) y los otros (descritos en los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia) congloban un nuevo sistema, el sistema de la Constitución federal de la Argentina. En su conjunto, intentan justificar el accionar del Estado y el de los ciudadanos entre sí.

5. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO

Uno. Los animales se encuentran en el mundo; probablemente sean “felices mientras tengan salud y suficiente comida”¹¹. El hombre, en forma bien diferenciada y distinguida de aquéllos, pretende la comprensión y segura observación mundana. El hombre, con la guía de su razón siempre imperfecta y el respaldo en su experiencia siempre susceptible de verificación, intenta ejercer y desarrollar cierto tipo de dominio sobre el mundo para que éste sea, quizá, más acogedor y también objeto de transformación. La naturaleza, en suma, configura un mundo dado o presentado al hombre; éste, con sus invenciones científicas o tecnológicas trata, en general, de mejorar las condiciones iniciales al construir otros “mundos artificiales”¹². El Estado, el Derecho y la constitución son entes artificiales; también, naturalmente, la asociación que da lugar a la mancomunidad: “Estado constitucional”.

El orden natural, si acaso fuese tal, no requiere procesos de control, pero puede producir, ciertamente, situaciones de “encantamiento” al espectador o a quien realice o intente su comprensión. Por el contrario,

la Constitución federal. Por su parte, la ley 25778, publicada en el BO el 3/9/2003, otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por ley 24.584.

En consecuencia, hoy trece instrumentos del DIDH gozan de jerarquía constitucional.

11 RUSSELL, Bertrand. *La conquista de la felicidad*. Barcelona: De Bolsillo, 2003. p. 21.

12 BUNGE, Mario. *La ciencia. Su método y su filosofía*. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1977. p. 9.

el orden social, inventado por el hombre, sí requiere procesos de control. Sin embargo, las ordenaciones fundamentales desarrolladas por los artificios para el control social creados por él no deberían producir encantamiento acrítico, porque al no ser objetos naturales siempre reflejan una serie de relaciones de fuerza, en constante cambio. Identificar la desigualdad de los hombres reviste tarea prioritaria en el examen del origen y desarrollo del Estado constitucional.

Dos. La naturaleza de la determinación fundamental sobre la construcción y arquitectura de un Estado constitucional responde a la política y a las relaciones de fuerza engendradas y que se ejercen, por eso, con suficiente hegemonía. La definición sobre la arquitectura estatal tiene carácter preliminar; dicha determinación fundamental consiste en una resolución que la comunidad de ciudadanos adopta entre la pluralidad de alternativas que en la realidad se ofrecen. La aludida determinación fundamental, construida por los ciudadanos, en la inteligencia de que el pluralismo es la propiedad indisputable y señalada de esa asociación ciudadana, plantea los objetivos, traza el programa, genera el plan y los procesos; empero, la edificación jurídica del Estado constitucional mantiene con la determinación política iniciadora una relación que rige toda la construcción, y luego de su finalización aguarda, con firmes expectativas, su dominio.

Tres. Cada Estado tiene una historia detrás y cada historia estadual es única. Para la vida de los hombres una forma de ordenación es absolutamente necesaria para el control responsable de la paz, aunque esa forma no imponga necesariamente un Estado. Aunque se ha asumido que el término “Estado” fue introducido en la literatura por Maquiavelo en el siglo XVI y que Cicerón en el siglo I antes de Cristo ya había anunciado que “la cosa pública es lo que pertenece al pueblo”¹³, en las líneas que anteceden la mancomunidad de individuos, cuya descripción es objeto de estudio, se corresponde con la reunión contemporánea constituida y expresada en pleno desarrollo del siglo XXI y su correspondiente gestión o realización pública.

Cuatro. Con respecto a la posición del Estado y sus elementos naturales, corresponde plantear claramente la función “escénica” que cumple el territorio. Al mismo tiempo, se adquiere un compromiso seguro con la ciudadanía real, antes que la meramente formal. Por fin, en relación con el poder, se describen sus dos presentaciones en el Estado constitucional, ora como poderes constituyentes, ora como poderes constituidos.

El artificio constitucional constituye el cuarto elemento del Estado. Se ilustra un enfoque original: la conexión de la constitución con el ente que fundamenta: el Estado. Las construcciones dogmáticas, en general, se detienen en la evaluación interna del objeto. Aquí, sin

13 CICERÓN. *Obras Políticas*. “Sobre la República”. Madrid: Gredos, 2009, p. 47.

desdeñar dicha perspectiva de la constitución, se la vincula en sus tareas de fundamentación, ya sea como raíz del orden jurídico estatal, ya sea como justificación del mismo orden.

Cinco. Significativamente, el Derecho que emana de la constitución, o cuya validación ella con la más alta jerarquía promueve y protege, comprende el cuarto elemento, definido o caracterizado como fundamental del Derecho del Estado. Porque el poder, la energía para mandar y ordenar debe ser canalizada. El poder, canalizado con participación de los individuos que quedan sometidos al orden, arroja, como resultado, la constitución. La dogmática sobre el Derecho constitucional resultante no puede configurar otro estado de cosas que una teoría del Estado constitucional.

Todo el Estado se encuentra constituido por la constitución, porque ella canaliza, mejor dicho, envasa y contiene las determinaciones políticas fundamentales establecidas por los individuos que integran la comunidad estatal. Todo el Derecho del Estado debe ser Derecho autorizado por la constitución. Existe una notable excepción: ciertos aspectos de la emergencia política, económica y financiera tienden a no calzar en la constitución.

Pese a todas las ilusiones sobre la igualdad y la solidaridad, en el Estado constitucional, fundamentalmente, se comprende y experimenta la libertad. El mundo del Estado constitucional resulta el mundo de individuos que son o persiguen ser igualmente libres, porque, al fin y al cabo, la “historia del mundo es la historia de la libertad”¹⁴.

Seis. Que el Estado posea una constitución para ordenarse o darse una constitución para organizarse condensa la afirmación básica de esta lección, es decir: determinar la relación entre el ente comunitario y uno de sus constituyentes que traza y desarrolla sus “fundamentos”; dicho de otro modo: la constitución o los fundamentos constitucionales del Estado.

Siete. La constitución, al fijar determinados procedimientos singulares, cumpliría la función responsable de la más alta alcurnia, atribuible a los procesos jurídicos: alentar la paz. Precisamente, en principio en el Estado constitucional, la constitución cumple un rol eminentemente procesal, porque la tensión entre individuo y Estado, el conflicto entre ciudadano y autoridad, imposible de resolver con rasgos definitivos, se disuelve a favor de determinados procedimientos que subordinan la actuación estatal al Derecho de la constitución. También, en menor medida, cumple un rol sustantivo por intermedio de las líneas de acción contenidas en los derechos fundamentales, porque en este caso el desarrollo queda a cargo de la autoridad pública, inclinada muchas veces a invadir las zonas protegidas, en las que se encuentra obligada a abstenerse, o a mostrar inmovilidad u omisión en las zonas

¹⁴ CAMUS, Albert. *Cuadernos. 1942-1951*. Buenos Aires: Losada, 1966. p. 111.

en las que se encuentra obligada a concretar prestaciones.

Una constitución que “ordena” no compromete la idea de su realización completa y perfecta. Su falta de completitud o reducción es un defecto del proceso de la realización del Derecho constitucional en el Estado. Al mismo tiempo, su progreso resulta proporcional al real desempeño de la diada “libertad ciudadana” y “poder público”, siempre tensionados, por lo general, en desmedro patético de la primera.

Ocho. En el Estado ordenado u organizado con fundamentos en una constitución, su constitucionalización nunca es cabal ni totalizadora. Las reglas constitucionales que fundamentan al mencionado Estado prescriben con bastante suficiencia: la subordinación certera de su orden jurídico, la autorización detallada para su cambio formalizado, la distinción de las funciones controladas de sus poderes gubernativos y notable literatura sobre la acción de sus derechos fundamentales; baste señalar, por ahora, que la descripción constituye el resultado de una previa comprensión analítica, que guarda para cada regla un rasgo básico o manifestación preferencial de su entidad propia.

Nueve. En las secciones anteriores no se persigue un tipo ideal de estado constitucional. Se guarda la expectativa que la descripción del “modelo normativo determinado” pueda ser objeto ulterior de una ampliación y tipificación, por ejemplo en América del Sur. En este idioma: si los principios y reglas en cuestión analizados críticamente para el Estado argentino y desde el sistema de su Constitución federal son verdaderamente objetos que dan lugar a ejemplos de un tipo y todos ellos poseen, en una comprensión a realizar, en otro sitio y lugar, un cierto “aire de familia”.

Diez. El poder del Estado es un poder sobre los hombres. El papel del Estado es el de proteger (y fomentar) la “riqueza total”¹⁵ (bienes más servicios) de los individuos que integran una comunidad. Desde otro ángulo, se puede proveer otra idea muy simplificada del Estado constitucional; en efecto, quizá podría ser comprendido como un enorme, un gigantesco rompecabezas, cuyos objetivos pueden ser resumidos en proteger o alentar las siguientes cuestiones: (i) la educación y la cultura, (ii) la salud, (iii) la economía y las finanzas, y (iv) la política, con apego al ambiente en que sus miembros desarrollan su vida, y también lo harán las generaciones futuras. Muchos de los arquitectos o constructores del rompecabezas han muerto. El diseño original contiene algunas líneas que hoy provocan rechazo, desdén o anomia, o emplean “un lenguaje asaz diferente del que hablamos ahora”¹⁶; otras, la mayoría, ejercen atracción porque su cotización asegura determinado espacio de libertad, cierta igualdad y una frágil e inasible solidaridad. Al mismo tiempo, el

15 BUNGE, Mario. *Filosofía política*. Barcelona: Gedisa, 2009. p. 333.

16 BORGES, Jorge Luis. “La Biblioteca de Babel”, *Ficciones*. En: *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé, 1974. p. 467.

rompecabezas quiebra, daña, rompe o altera el propio concepto original de rompecabezas, porque no tiene una única ordenación de los millones de sus piezas genuinas, valiosas y originales; no hace falta decir que éstas no se encuentran numeradas, aunque, por lo general, los arquitectos que las diseñaron les atribuyeron “una desigualdad originaria”. Nótese que es justicia fundamental predicar que dicha desigualdad originaria siempre careció de fundamentación racional o evidencias en su apoyo. Desigualdad entre los individuos, por lo general, atribuible al desarrollo y disfrute de todos los bienes, excepto los derechos eminentemente políticos, que gozan de cierta equidad.

Todas las piezas, por definición original, son iguales políticamente entre sí y todas desean, persiguen con presencia persistente, un sitio en el mundo o territorio del rompecabezas, porque existen otras desigualdades –apuntadas arriba– en el disfrute de otros bienes: cultura, economía y biología. En este marco territorial, el poder constitucionalmente fijado en la ley suprema debe armonizar las piezas, cada día, cada hora, cada año, luchando para conservar el ambiente, profundizar la equidad política y fomentar la eliminación de la desigualdad o alcanzar la socialización efectiva de los bienes colectivos. Escrito de este modo, sinceramente, pensar o idear que las reglas examinadas en esta pieza –cuya metáfora, parcial o totalmente, acaso pudiese ser dirigida al Estado constitucional– solucionen el asunto requeriría no sólo de servidores públicos eficaces, sino también de “descifradores ambulantes”¹⁷ a tiempo completo, que solamente existen en la prosa de la ficción. Con más modestia, por tanto, queda para la prosa del Derecho constitucional determinar marcos para colaborar con las ilusiones sobre la esperanza de una convivencia pacífica, en la que todos los ciudadanos disfruten o puedan disfrutar del casi inalcanzable “bienestar general”, en una sociedad de ciudadanos iguales no solamente en libertad. Porque, si fuese cierta la anticipación del poeta –“para todos pan [y] para todos rosas”¹⁸ (de la libertad)–, ello significa que, si unos no tienen el pan, usarán la libertad para reclamarlo y que, si en cambio sólo tienen el pan, reclamarán por su inherente libertad para controlar a quienes lo producen y lo reparten, y con seguridad se queden con la mayor parte; acaso, todo¹⁹.

El Estado constitucional, quizá, signifique una ideación infinitamente más potente que su apropiada concreción en la realidad política comunitaria. Hace años se ha dicho que una “constitución no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional”²⁰. En ninguna de las líneas anteriores

17 BORGES, Jorge Luis. Op. cit.

18 ÉLUARD, Paul. *Obras escogidas*. Buenos Aires: Editorial Platina, 1962. p. 80.

19 ZAFFARONI, E. Raúl. “Ciudadanía y jurisdicción en América Latina”. *Contextos, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*. 2012, n° 4, p. 27.

20 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1979. p. 161.

apelé al juego de palabras, porque juzgo relevante la cruda descripción, sin la complaciente veneración en que incurren ciertos intérpretes que creen posible un inexistente culto oficial a la constitución, olvidando la más genuina posibilidad entregada por la “sociedad abierta²¹”: o todos realizamos el Derecho constitucional, o el Derecho constitucional es simplemente una nueva forma arbitraria e irracional de dominación. Tampoco ahora jugaré con las palabras. Bastará, por eso y para finalizar, una afirmación, con igual pureza teórica que la perseguida en la sección I: sin constitución, no hay Estado constitucional, porque las cuatro reglas aquí reportadas fomentan la ilusión de que los ciudadanos sean efectivamente iguales en libertad y el poder constituido constituya una zona de competencias limitadas sometidas al control racional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARLT, Roberto. *Los siete locos*. Buenos Aires: Planeta, 2013.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *La constitución que dura (1853-2003 – 1994-2004)*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- BORGES, Jorge Luis. “*La Biblioteca de Babel*”, Ficciones. En: *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé, 1974.
- BUNGE, Mario A. *Diccionario de Filosofía*, “Certeza”, México: Siglo Veintiuno, 2001.
- BUNGE, Mario. *Filosofía política*. Barcelona: Gedisa, 2009.
- BUNGE, Mario. *La ciencia. Su método y su filosofía*. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1977.
- CAMUS, Albert. *Cuadernos. 1942-1951*. Buenos Aires: Losada, 1966.
- CICERÓN. *Obras Políticas*. “*Sobre la República*”. Madrid: Gredos, 2009.
- ÉLUARD, Paul. *Obras escogidas*. Buenos Aires: Editorial Platina, 1962.
- FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En: *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. *La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *La constitución en el contexto*. Madrid: AIJC, CEPC, 2003.
- HÄBERLE, Peter. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”. En *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. 2008, año 6, n° 11, p. 29-61.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.

21 HÄBERLE, Peter. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”. En *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. 2008, año 6, n° 11, p. 29-61.

RUSSELL, Bertrand. *La conquista de la felicidad*. Barcelona: De Bolsillo, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl. “Ciudadanía y jurisdicción en América Latina”. *Contextos, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*, 2012, n° 4.

ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A CONSAGRAÇÃO DO CONFLITUALISMO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA CONSAGRACIÓN DEL MODELO CONFLICTUAL

*André de Carvalho Ramos**

Resumo: *O estudo do direito internacional privado exige a crítica do modelo conflitual e o uso de critérios rígidos de conexão. O artigo visa analisar a evolução da disciplina, desde a Antiguidade até o século XIX, com foco na contribuição de determinados autores para a consolidação dos valores, objeto e método do Direito Internacional Privado da sua fase clássica*

Resumen: *El estudio del derecho internacional privado exige la crítica del modelo conflictual y el uso de criterios rígidos de conexión. El artículo analiza la evolución de la disciplina, desde la Antigüedad hasta el siglo XIX, focalizando en la contribución de determinados autores para la consolidación de los valores, objeto y método del Derecho Internacional Privado de su fase clásica.*

Palavras-chave: Direito internacional privado, Evolução histórica, Objeto, Método

Palabras clave: Derecho internacional privado, Evolución histórica, Objeto, Método

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a evolução histórica do Direito Internacional Privado no mundo, associando suas fases de desenvolvimento a concepções existentes do papel do Direito Internacional na regulação de fenômenos transfronteiriços, com foco no período que nasce da chamada fase precursora até sua estabilização

* Professor Associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Internacional e em Direitos Humanos da mesma instituição (CAPES 6). Livre-Docente e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: andredecavalhoramos@gmail.com

como um *direito dos conflitos*.

O resgate da memória do desenvolvimento histórico da matéria é indispensável, pois favorece a reflexão crítica, esmiuça o contexto da afirmação histórica e evolução de determinado ramo do Direito, associando-o a determinadas características, princípios, objetivos e desejos de uma época, desnudando, assim, os interesses por detrás de um determinado ponto da matéria. Além disso, estimula-se a reflexão prospectiva, pois a disciplina é vista como um trabalho em evolução, transformando-se ao longo de períodos históricos, evitando a acomodação e permitindo o desenho de novos rumos.

2. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: AS SOCIEDADES QUE SE MOVEM

As comunidades humanas nunca foram estáticas: os fluxos de pessoas e seus bens entre comunidades diversas são usuais na história, marcada por migrações e relações entre povos. Na atualidade, esses fluxos são intensos, em uma era de globalização na qual a comunicação – inclusive virtual – é uma constante entre os diversos Estados, que, por sua vez, também são numerosos.

As normas jurídicas que regem tais fatos sociais, contudo, são – em geral – nacionais, limitadas pelo território de cada Estado. Além disso, as opções regulatórias variam de Estado para Estado, pois as regras nacionais não são iguais e apresentam diferenças evidentes. A diversidade também pode ocorrer ao longo do tempo: o direito de cada Estado não é imutável e pode variar na regulação desses fluxos além fronteiras, denominados aqui de fluxos transnacionais, interjurisdicionais ou transfronteiriços¹.

As relações jurídicas que revestem esses fluxos transnacionais podem pertencer a qualquer um dos ordenamentos jurídicos nacionais que possuem pontos a elas vinculados, o que gera um concurso de normas diferentes com potencial para regulação e uma dúvida básica: qual das normas deve ser escolhida para reger tais situações? Nasce, então, a necessidade de *coordenação* da regência sobre esses fatos transnacionais, o que explica a consolidação de um novo ramo do Direito.

No nosso caso, o Direito Internacional Privado (DIPr) debruça-se sobre a regência – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos sociais que se relacionam com mais de uma comunidade humana.

1 Outras denominações são encontradas na doutrina. Amílcar de Castro utiliza o termo “fato anormal”, para diferenciar dos fatos vinculados a uma única jurisdição. Conferir em CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed., rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Consequentemente, esses fatos sociais são *multiconectados* ou *plurilocalizados*, podendo ser regulados por mais de um ordenamento jurídico. Cabe ao Direito Internacional Privado (DIPr) regradar justamente essa *potencialidade de aplicação espacial* de mais de um ordenamento jurídico, evitando sobreposição ou omissão (ausência de normas).

De início, na fase precursora, o DIPr ficou restrito a regras sobre o tratamento dado a estrangeiros e seus direitos, bem como a algumas regras para determinar a lei aplicável no caso de concorrência de leis no espaço, temas desenvolvidos nas Escolas Estatutárias (ver abaixo).

Nas fases iniciadora e clássica, do século XII com o apogeu no século XIX, o Direito Internacional Privado ganha os contornos de um ramo do Direito baseado no reconhecimento da existência de outras ordens jurídicas, que concorrem na regência de um mesmo fato e podem – ou não – ser utilizadas pelo direito do foro.

Esse concurso de normas de incidência sobre um fato é denominado de *conflito de normas no espaço*. Consequentemente, fica delineado um DIPr *confitual*, com forte direcionamento ao estudo da escolha da lei diante de fatos de direito privado vinculados a dois ou mais ordenamentos jurídicos, os chamados fatos transnacionais privados. O Direito Internacional Privado é amparado em normas internas – em geral leis – que apontam para uma visão interna de cada Estado, esvaziando-se uma possível vertente cosmopolita ensaiada na doutrina. Posteriormente, após a crise de 1929, essa visão clássica sofre revisão, a começar pelos Estados Unidos (a chamada “revolução americana” do Direito Internacional Privado), o que não é objeto do presente artigo.

3. AS FASES DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Não há um ponto exato que delimite o nascimento de uma disciplina jurídica. Pelo contrário, há um *processo* que desemboca na consagração de diplomas normativos, com princípios e regras que dimensionam o novo ramo do Direito. No caso do Direito Internacional Privado, o seu cerne é o estudo da aplicação de normas jurídicas diante de fatos sociais que possuem pontos de contato com mais de um ordenamento jurídico nacional.

Consequentemente, suas “ideias-âncoras” são referentes aos movimentos de pessoas, bens e atos jurídicos para além das fronteiras de uma determinada comunidade, o que ocorre desde o surgimento das primeiras comunidades humanas. Nesse sentido amplo, de *impregnação de valores*, podemos dizer que a evolução histórica do Direito Internacional Privado passou por fases que, ao longo dos séculos, auxiliaram a sedimentar seu conceito e o regime jurídico dessa disciplina.

Assim, para melhor compreender a atualidade do Direito Internacional Privado, incursionamos pelo passado, mostrando a contribuição, desde o Direito Romano aos sofisticados tratados internacionais dos dias de hoje, à formação do atual quadro normativo referente ao Direito Internacional Privado.

Porém, não se pode medir épocas distantes da história da humanidade com a régua do presente. Na realidade, não é possível transpor para eras passadas o entendimento atual sobre o conteúdo do Direito Internacional Privado e seu regime jurídico. Contudo, o estudo do passado – mesmo as raízes mais longínquas – é indispensável para detectar as regras que já existiram em diversos sistemas jurídicos e que expressaram o modo pelo qual foi tratada a aplicação de regras e execução de decisões de outras comunidades.

Por sua vez, o desenvolvimento histórico do Direito Internacional Privado está intimamente relacionado com as respostas possíveis a dois questionamentos fundantes da disciplina: (i) a delimitação de seu objeto e (ii) a origem - nacional ou internacional - de suas fontes.

Quanto ao objeto, é corrente na doutrina um amplo debate sobre o alcance da matéria. Inicialmente, o DIPr foi impulsionado pelo estudo dos fatos transfronteiriços de *natureza privada*. As necessidades do renascimento *comercial* entre cidades europeias a partir do século XI explicam o nascimento da disciplina vinculada ao Direito Privado.

Ao longo dos séculos, entretanto, deixou de ser clara a própria distinção entre fatos transfronteiriços jusprivatistas daqueles vinculados a ramos do Direito Público, graças ao crescimento da intervenção do Estado em diversos áreas do direito. Novas temáticas, como consumidor, arbitragem, investimento estrangeiro, meio ambiente, cooperação jurídica internacional, entre outras, exigem o estudo da aplicação e execução da norma a casos transfronteiriços não exatamente abrangidos pela definição tradicional de “Direito Privado”. A dimensão social do direito internacional privado exige que essa disciplina abra-se ao estudo de novas facetas, o que a revitaliza especialmente na acelerada globalização do século XXI.

No tocante à origem de suas normas, o DIPr possuiu, ao longo de sua história, maior predomínio das regras nacionais, sofrendo, no final do século XIX em diante, processo de internacionalização de suas fontes. No século XXI, há inclusive forte influência dos processos de integração econômica sobre o DIPr², implicando em novas fontes internacionais para a matéria.

Para sistematizar o estudo das fases históricas do Direito

2 Ver JAEGER Jr., Augusto. *A europeização do Direito Internacional Privado*. Curitiba: Juruá, 2012. STRUYCKEN, A.V.M., “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”. In: 232 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1992, p. 257-383.

Internacional Privado, utilizou-se a divisão em quatro fases: (i) a fase precursora (Antiguidade à Idade Média europeia); (ii) a fase iniciadora (final da Idade Média europeia até o início do século XIX); (iii) a fase clássica (século XIX até meados do século XX) e a (iv) fase contemporânea (meados do século XX ao atual momento).

O presente artigo foca sua análise da fase precursora até a fase clássica, que consolidou o chamado Direito Internacional Privado conflitual, cujo método de análise (norma indiretas ou de remissão) até hoje influencia a disciplina.

4. A FASE PRECURSORA: DA ANTIGUIDADE ATÉ A IDADE MÉDIA EUROPEIA

A necessidade de coordenação da aplicação de normas jurídicas de origens territoriais distintas é tida, por parte da doutrina, como inexistente na Antiguidade, uma vez que não havia reconhecimento de direitos de outras comunidades³. O estrangeiro, inclusive, poderia ser reduzido à condição de escravo. Por outro lado, há autores, que sustentam que há, mesmo na Antiguidade, fragmentos que apontam respeito ao direito dos estrangeiros, o que seria demonstrativo de origem primária do DIPr⁴.

Tema também controvertido é o reconhecimento do *jus gentium* romano como antecedente do DIPr. O *jus gentium* consiste no conjunto de regras aplicáveis, inicialmente, aos peregrinos (aqueles que, livres, não eram cidadãos romanos) e aos peregrinos em relação com romanos. Justamente por se tratar de normas *materiais* e não normas indicativas (indiretas) do direito aplicável, o *jus gentium* não seria um antecedente histórico do DIPr. Contudo, o método do DIPr não é exclusivamente conflitual: há hoje o uso do *direito uniforme*, como uma possível fórmula de coordenação dos diferentes sistemas jurídicos incidentes nas relações plurilocalizadas. Nesse sentido, o *jus gentium* contribui para a ciência do DIPr, pois mostra determinada atenção a relações de uma comunidade com outra distinta.

Após as invasões bárbaras, há desintegração do regime jurídico romano, o que faz nascer diversas ordens jurídicas vinculadas aos povos ocupantes, com forte predomínio do territorialismo do Direito. O regime feudal consagra o apelo às regras e costumes de cada

³ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. São Paulo: RT, 1986. p. 150-151.

⁴ MEIJERS, E. M. “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen age. Spécialement dans l’Europe occidentale”. In: 49 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1934, p. 547-686 e ainda GUTZWILLER, Max. “Le développement historique du Droit International Privé”. In: 29 *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1929, p. 291- 400, em especial p. 297.

localidade (*secundum usum et consuetudinem civitatis*)⁵. A partir dessa fragmentação normativa, surgem dúvidas sobre o direito aplicável a situações envolvendo duas ou mais cidades. Nesse momento, a solução tradicional para a regência de todos os fatos sociais era o uso da regra do local no qual se encontrava o intérprete, a chamada “lex fori”. Em outros termos, como assinala Strenger, não se aplicaria jamais uma regra estrangeira, assumindo o regime feudal uma forte expressão territorialista⁶.

Com o renascimento comercial a partir do século XI, as cidades - e, em especial as da norte da Itália –consolidam regras *próprias*, com forte influência do antigo direito romano codificado por Justiniano. Em face do aumento dos intercâmbios, houve reação contra o uso exclusivo da “lex fori”. Para os comerciantes da época que projetavam seus negócios para outros locais, havia o receio de se subordinar totalmente às leis locais. Com esses interesses econômicos subjacentes, consolidou-se a ideia de que há um limite máximo de alcance de uma norma, que não pode vincular aqueles que não tem relação com tal produção normativa. Não foi surpresa que, nesse momento histórico (ver abaixo), o glosador Acúrsio perguntou-se qual a lei deveria ser aplicada, em Módena, a um indivíduo oriundo de Bolonha⁷.

5. A FASE INICIADORA: AS ESCOLAS ESTATUTÁRIAS

Após a divisão do Império Romano (395 d.C), o Império Romano do Oriente, depois simplesmente Império Bizantino, foi o responsável pela conservação da cultura jurídica romana, em especial no período de mando do Imperador Justiniano (527-565 d.C), que codificou o Direito Romano. Para atualizar os textos, foram autorizadas várias interpolações (intervenções nos textos clássicos) para que finalmente pudesse ser publicado o Código de Justiniano contendo o (i) *Digesto* (também denominado de Pandectas, uma coleção de 50 livros reunindo obras dos principais juristas da era clássica de Roma), (ii) *Constitutiones* (leis imperiais), (iii) *Institutas* (obra de aprendizado do Direito Romano, baseada nas Instituições de Gaio) e, fora do corpo da codificação as (iv) *Novellae Constitutiones* (novas leis).

No curso da Idade Média, esse texto codificado foi redescoberto, sendo utilizado o termo *Corpus Juris Civili*, para marcar a unidade das quatro obras e diferenciá-la do direito dos povos germânicos⁸.

Ainda na Idade Média europeia, o direito romano codificado

5 GUTZWILLER, Max. Op. Cit. p. 291- 400, em especial p. 299.

6 STRENGER, Irineu. Op. Cit. p.157.

7 ARROYO, Diego P. Fernández *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia Ed., 2003, em especial p. 39.

8 LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 38

por Justiniano deixou de ser regra jurídica para passar a ser um livro de estudo, ferramenta útil a ser ofertada tanto ao débil Sacro Império Romano-Germânico (cuja existência apela à unidade, em contrapartida a fragmentação dos direitos dos povos germânicos) quanto a uma sociedade mercantil nascente, que necessita da segurança jurídica ofertada por uma codificação jurídica complexa e já testada⁹.

No século XI, surgiu a Escola de Bolonha, reunindo especialistas na análise da obra de Justiniano. A redescoberta do texto romano codificado de Justiniano foi financiada pela elite comercial da época, interessada em fornecer um substrato jurídico robusto aos seus negócios. Irnerius, estudioso residente em Bolonha, buscou adaptar os textos com notas explicativas denominadas glosas. Seus comentários – glosas – impuseram não só a interpretação nova do código de Justiniano, mas também a sua alteração.

O ápice dessa atividade foi realizado por Acúrsio, em sua *Magna Glosa* (também chamada de Glosa perpétua, ou *Glosa Ordinaria*), que unificou as glosas anteriores, tornando-se a interpretação definitiva da época ao *Corpus Juris Civilis*.

Nos séculos XIV e XV, o crescente comércio e a fragmentação prática do Império Romano-Germânico, incentivaram os juristas a buscar adaptar o Código Justiniano por *comentários*, influenciados por normas locais, mas desvinculados da glosa. A figura central da Escola dos Comentadores (também chamados de pós-glosadores) foi Bártolo de Sassoferrato (1313-1359), que logrou avançar no estudo da codificação romana associada aos estatutos das cidades do Norte da Itália. Os estatutos eram regras legais ou costumeiras das cidades, que regulavam os mais diversos campos jurídicos.

O estudo do conflito entre os *estatutos (statuta)* foi intuído pelos glosadores, a partir do reconhecimento dos limites territoriais de cada lei. Para Meijers, o primeiro a buscar sistematizar a solução a ser aplicada a um caso envolvendo pessoas com costumes diferentes foi Karolus de Tocco, que ensinava, em 1200, que *Statutum non ligat nisi subditos*¹⁰.

Após, a aceitação dos limites das leis ficou célebre na indagação de Acúrsio (1182-1260), em anotação no *Lex Cunctos Populos* do Código de Justiniano, na qual perguntou qual a lei deveria ser aplicada, em Módena, a um indivíduo oriundo de Bolonha. Em que pese não ter sido essa a intenção original dos romanos, Acúrsio deduziu que a lei de Módena não alcançava o cidadão bolonhês, pois este ainda deve ser regido pelas regras de sua cidade¹¹. Essa conclusão dos glosadores interessava aos comerciantes, que, assim, teriam segurança em transpor

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ MEIJERS, E. M. Op. Cit. p. 547-686, em especial p. 594.

¹¹ Eis a indagação: “Argumentum, Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet iudicari secundum Statuta Mutinae, quibus non subest, cum dicat: quos nostrae clementiae “. Ver a reprodução da glosa em MEIJERS, E. M. Op. Cit. p. 595.

os limites de sua região para transacionar em outra. A vida privada *transfronteiriça* era, então, impulsionada.

O crescente comércio entre as diferentes regiões européias e a importância cada vez maior dos diferentes direitos locais em contraponto à frágil unidade do Sacro Império Romano Germânico, financiaram várias Escolas de estudiosos da interpretação dos estatutos. Tais Escolas visavam (i) *contrariar* a unidade forçada pretendida pelo Império sem (ii) gerar insegurança jurídica aos comerciantes, o que resultou em *discussão dos limites espaciais de cada direito local*, até hoje um dos temas essenciais do DIPr.

A importância dessa fase é medida pela sua longa duração: são quase quatro séculos (séc. XIV ao séc. XVIII) nos quais se desenvolvem e se consolidam as chamadas “teorias estatutárias”. Até pela longa duração, há diversas diferenças entre os autores da época, porém suas ideias possuem um método comum: partem do estudo da regra jurídica nacional. Por isso, os estatutários buscam aferir se as leis seriam “territoriais” ou “extraterritoriais”.

Cabe, agora, a análise das essas as principais Escolas Estatutárias:

6. A ESCOLA ITALIANA

A partir dos estudos em Bolonha desde do século XI, a “Escola Italiana” engloba escritos de estudiosos dos textos romanos, glosadores e pós-glosadores (também chamados de comentadores). O ponto de partida é a glosa de Acursio sobre a primeira lei do Código Justiniano (“Cuntos populos quos clementiae nostrae regit imperium” - a todos os povos que rege o império de nossa clemência): “se um cidadão bolonhês é demandado em Módena, não deve ser julgado segundo o estatuto de Módena, visto que não lhe está sujeito”¹². Sua célebre conclusão era que a lei só vincula os súditos (*statutum non ligat forensem*).

Entre os expoentes da Escola Italiana, encontram-se Bártolo de Sassoferrato(1313-1359) e Baldo (1324-1400). A marca de Bártolo de Sassoferrato foi a utilização da distinção entre os estatutos (regras legais ou consuetudinárias, como vimos) que regem os bens (estatutos reais) dos que regem a conduta das pessoas (estatutos pessoais). Os estatutos reais são territoriais, ou seja, tais só se aplicam aos bens situados no território do poder que editou tais normas. Já os estatutos pessoais são extraterritoriais, pois se aplicam aos súditos, onde quer que eles se encontrem.

Além disso, Bártolo defendeu determinadas regras de escolha das normas para reger os fatos transfronteiriços: (i) a lei do lugar da celebração do contrato rege sua forma e os direitos que nascem no

12 FERRER CORREIRA, A. *Lições de Direito Internacional Privado - I*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 108.

momento da formação do acordo (*locus regit actum*); (ii) a lei do local da execução rege as consequências do inadimplemento; (iii) não eram aplicáveis os estatutos estrangeiros proibitivos tidos como odiosos pelo foro (origem do instituto da ordem pública); (iv) o testamento tem suas formalidades estipuladas pela lei do local de celebração.

Bártolo consagrou também a extraterritorialidade dos estatutos pessoais, mas sustentou a existência de estatutos odiosos, que não seriam aplicáveis (embrião da cláusula de ordem pública), como, por exemplo, a incapacidade hereditária das filhas. Entre os casos analisados por Bártolo, ficou célebre a “Questão Inglesa”, envolvendo a sucessão de inglês com bens na Inglaterra e Itália. Na Inglaterra, a lei estipulava que a herança era toda do primogênito; na Itália, havia a regra de partilha entre os filhos. A solução, após o estudo dos vocábulos do estatuto (para aferir se se tratava de um “estatuto pessoal” ou “estatuto real”), foi a desconsideração da unidade da sucessão, tendo o primogênito herdado os bens na Inglaterra, mas partilhado os bens na Itália com seus irmãos. Bártolo considerou a exclusão dos demais irmãos um estatuto odioso e por isso *não* poderia ter alcance extraterritorial, mesmo se fosse considerado um estatuto pessoal¹³.

7. ESCOLA FRANCESA

A chamada Escola Francesa é fruto do destaque econômico e político da França nos séculos XVI e XVII, que culminaria com sua vitória na Guerra dos 30 anos. O declínio do Sacro Império Romano-Germânico e a Reforma Protestante destruíram a ambição da tutela papal sobre uma Europa unificada.

O Direito Internacional Privado floresceu, então, sob a certeza da existência de *vários* ordenamentos jurídicos que entravam em contato por meios dos fatos transnacionais. Dois juristas da Escola Francesa devem ser destacados: Charles Dumoulin (1500-1566) e D’Argentré (1519-1590). Dumoulin é conhecido pela sua defesa da *autonomia da vontade*, como princípio de escolha do regime jurídico de uma relação plurilocalizada. Sustentou que as partes, ao escolherem um local para celebrar um contrato ou mesmo um casamento, implicitamente se submetem as leis do local de celebração. Foi assim que foi dirimido polêmica de 1525 sobre o *regime de bens* de um casamento celebrado em Paris (cuja lei previa a comunhão de bens entre os cônjuges), tendo a esposa adquirido imóvel em local cuja lei estabelecia o regime da separação de bens no matrimônio. Para Dumoulin, como eles haviam

¹³ Utilizei a tradução para o inglês, feita por Beale, dos escritos de Bártolo. BEALE, Joseph Henry (trad). *Bartolus on the conflict of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1914. A questão inglesa encontra-se nas p. 44-47. Amílcar de Castro apontou que o estudo feito por Bártolo das palavras do estatuto como forma de decisão foi visto como sendo impreciso e confuso. CASTRO, Amílcar de. Op. Cit. p. 145.

escolhido Paris (poderiam ter se casado em outro local), implicitamente eles haviam escolhido a lei do local.

Já D'Argentré é autor inserido no movimento autonomista bretão (defendeu a independência da Bretanha) e, por isso, sustentou o *territorialismo*, pugnando que as leis estrangeiras não deveriam ser aplicadas na Bretanha (*finita potestas, finitae jurisdictio et cognitio*). Ele defendeu a distinção entre os estatutos reais (regem os bens) e os pessoais (regem os atributos de uma pessoa), típicos da Escola Italiana, mas sustenta que, a princípio, todos os estatutos são reais e conseqüentemente territoriais. Os estatutos pessoais e seu alcance extraterritorial somente seriam aplicáveis às regras que afetem diretamente uma pessoa, seu estado e sua capacidade. Por isso, na existência de sucessão de bens situados em territórios diversos, D'Argentré defendeu que cada lei regeria a sucessão dos bens localizados no seu território (combatendo a ideia da sucessão universal, regida pela lei do local do domicílio do *de cujus*). Suas ideias foram, em seguida, apropriadas pela Escola Holandesa.

8. ESCOLA HOLANDESA

As lutas pela independência da Holanda contra o Império Habsburgo no século XVI favoreceram a difusão das ideias de D'Argentré. No século XVII, Ulrich Uber (1636-1694) foi seu principal nome. Em sua *Praelectiones juris civilis*, encontra-se um texto, denominado, "*De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*" na qual, pela primeira vez, sublinhou-se o problema tradicional do DIPr: o conflito entre leis de diferentes Estados, superando a discussão das diferenças de estatuto. Seu trabalho encontra-se online com o estudo de Hugo Grotius (um dos teóricos iniciais do Direito Internacional Público) a respeito do Direito Internacional e da soberania dos Estados¹⁴.

Apontou três princípios da disciplina: (i) as leis de um Estado são aplicadas somente nos limites do seu território (territorialismo); (ii) os súditos de cada Estado são todos os que se encontram no território deste e (iii) depois de serem aplicadas, as leis de um país conservam sua força além das fronteiras (origem da teoria dos direitos adquiridos), mas isso ocorre por cortesia (*comitas gentium*).

Uber é o primeiro a vincular o DIPr ao próprio Direito Internacional Público, ao justificar a aplicação extraterritorial de uma lei estrangeira à cortesia internacional

9. ESCOLA ALEMÃ

De acordo com Gutzwiller, denomina-se "Escola alemã" um conjunto de autores que, apesar de influenciados pelas escolas anteriores,

¹⁴ GUTZWILLER, Max. Op. Cit. p. 291- 400, em especial p. 327.

buscaram desenvolver com autonomia o DIPr no ambiente do decadente Sacro Império Romano-Germânico¹⁵. Entre seus nomes, destacam-se Heinrich Freiherr von Cocceji (1644 –1719) e Johann Nikolaus Hert (1651 - 1710).

O fundamento da aceitação do direito estrangeiro para reger os fatos transfronteiriços oscila entre a cortesia internacional (influência da Escola holandesa) e a invocação do direito natural.

Para Cocceji, as pessoas devem ser regidas pelas suas leis nacionais e as coisas pela lei do local da situação. Para Hert, por sua vez, é possível diferenciar três diferentes princípios que incidem sobre os fatos transfronteiriços: a) as pessoas são regidas pelas leis de sua origem; b) as coisas são regidas pelo local de sua situação e c) a forma dos atos jurídicos é regida pela lei do local da celebração¹⁶.

10. A CONSOLIDAÇÃO DO DIPR: A ERA CLÁSSICA

O DIPr consolida-se e ganha força no século XIX, graças à forte expansão capitalista industrial europeia. O ambiente do cientificismo da época assumiu, no Direito, o formato das codificações, que introduzem regras de regência dos fatos transnacionais. Além disso, os contornos contemporâneos do Estado (nacionalismo) e a emancipação de ex-colônias (EUA e depois a América hispânica e portuguesa) levaram a uma época de globalização e encurtamento das distâncias, gerando novos fluxos transnacionais. Exemplo desse ambiente é obra de Verne, que, em 1873, consagra o vigor da revolução dos transportes e encurtamento das distâncias no clássico “A volta ao mundo em 80 dias” (*Le tour du monde en quatre-vingts jours*).

Na doutrina, três nomes se destacam no esforço de buscar uma identidade para o Direito Internacional Privado no século XIX: Savigny, Mancini e Story, como se vê abaixo.

10.1 A contribuição de Savigny

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), no seu esforço de compreensão científica do Direito, sustentou, em seu livro “Sistema do Direito Romano Atual - vol. VIII”¹⁷ (1849), a igualdade no tratamento das questões jurídicas para que haja solução idêntica – porque o contrário seria irracional – seja qual for o foro de julgamento.

Para Savigny, é possível identificar *a priori* o direito mais pertinente a cada relação jurídica, por meio da localização do centro

¹⁵ *Ibíd.* p. 291- 400, em especial p. 329-330.

¹⁶ *Ibíd.* p. 291- 400, em especial p. 330-331. Ver também STRENGER, Irineu. *Op. Cit.* p.171.

¹⁷ O “Sistema do Direito Romano Atual” consiste em obra de fôlego, na qual Savigny busca estabelecer a teoria geral do Direito Privado. O volume VIII é voltado à aplicação da lei no espaço e no tempo, o que a transforma em essencial para o desenvolvimento do DIPr.

ou sede da relação em análise. Rompe-se, então, a base das teorias estatutárias, que era o foco na regra e seus limites de aplicação: territorial ou extraterritorial. Na visão de Savigny e outros autores do século XIX, o foco deve ser na *relação jurídica*, cujas características e natureza apontariam à sua sede, sendo a lei da sede o direito mais adequado para a regência de tal relação. É indispensável, então, atribuir a cada categoria de relações jurídicas uma determinada sede, o que exige a investigação de elementos existentes em cada relação jurídica, como, por exemplo, o lugar da situação de um bem, o lugar do cumprimento de uma obrigação, etc.

Essas *categorias de relações jurídicas e seus elementos* seriam comuns aos diversos Estados, pois existiria uma comunidade de direito entre os diferentes povos. Claro que essa premissa era fruto da forte expansão europeia no globo na época, com gigantescos impérios coloniais ou ainda Estados independentes que tinha sido ex-colônias europeias. O eurocentrismo da época se faz evidente.

Em geral, Savigny defende o domicílio das pessoas para reger o estado e capacidade e a situação da coisa para a regência dos bens. No tocante à sucessão, Savigny sustenta que a sede da sucessão é o domicílio do *de cujus*, pois seria fruto implícito de sua vontade final (fixando o seu domicílio). Já quanto à forma dos atos jurídicos, a lei do lugar da celebração seria a sede desse tipo de relação¹⁸.

Há, na doutrina de Savigny, duas classes de normas de exceção à aplicação de direito estrangeiro indicado pela sede da relação jurídica: (i) as normas locais obrigatórias, que não podem nunca ser substituídas por direito estrangeiro e (ii) as normas estrangeiras não aceitas pelo foro, como os institutos odiosos (poligamia, proibição de aquisição de propriedade por judeus, morte civil, escravidão) que seriam inaplicáveis em Estados que os repelem, mas, acredita Savigny, esses institutos tendem ao desaparecimento com o desenvolvimento dos povos.

10.2 A contribuição de Mancini

Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888) também encarna uma segunda corrente do DIPr, cada vez mais *internacionalista*, que defende a aceitação - como dever do Estado - da aplicação de norma estrangeira.

Essa linha advoga três princípios do DIPr: nacionalidade, liberdade e soberania. O princípio da nacionalidade exigiria que as relações jusprivatistas devem ser regidas pela lei da nacionalidade, que seria a sede natural dessas relações. Seria injusto, na visão de Mancini, desconsiderar a lei de origem do estrangeiro, que naturalmente conhece a lei de sua nacionalidade e tem dificuldade com as outras leis. Assim,

18 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano atual*, vol. VIII. Tradução de Ciro Mioranga (edição original de 1849), Ijuí: Unijuí, 2004.

finaliza Mancini, a aplicação da lei estrangeira decorre do dever de propiciar justiça e não da “comitas gentium” (cortesia internacional).

Por outro lado, Mancini diferencia relações jurídicas de direito privado obrigatórias das voluntárias. As obrigatórias seriam aquelas que independem da vontade do indivíduo, como sua capacidade e estado, que são regidos pela lei da nacionalidade. Já as relações voluntárias, como a formação de obrigações e bens adquiridos, são construídas ao longo da vida do indivíduo sob sua vontade. Nessas relações, Mancini reconhece a liberdade do indivíduo, consagrando a autonomia da vontade na escolha da regra aplicável, desde que o Estado não tenha interesse legítimo em impedir seu uso (limite da ordem pública).

Em síntese, para Mancini, os fatos transnacionais são regidos, em geral, pela aplicação da lei da nacionalidade das pessoas, com exceção dos casos nos quais se admite a autonomia da vontade ou existam limites de ordem pública à aplicação de direito estrangeiro¹⁹.

10.3 A contribuição de Story

Nos Estados Unidos, Joseph Story (1779-1845) é tido como um dos fundadores da escola norte-americana de direito internacional privado²⁰. O contexto da época explica a necessidade de aprofundamento do estudo do concurso e conflito de leis e jurisdição: os Estados da Federação norte-americana puderam legislar – sob influência tanto da *common law* britânica quanto da *civil law* francesa – autonomamente sobre Direito de Família, Contratos, etc, levando a situações de dúvida na escolha da lei aplicável a fatos interestaduais, tais como ocorria na Europa no tocante a fatos transfronteiriços.

Para Story e a corrente anglo-saxã da época, a lei do domicílio é a lei básica a fixar as regras de capacidade, sendo possível, contudo, a utilização da lei do local da celebração dos contratos, como forma de obtenção de justiça²¹. Também é retomado por Story, sob clara influência de Huber²², o conceito de *cortesia* (*comity*). A *comity* de Story justifica o cumprimento de uma lei estrangeira, com o argumento de

19 MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Trad. de Ciro Mioranga (edição original em italiano de 1873), Ijuí: Unijuí, 2003, em especial “A nacionalidade como fundamento do Direito das Gentes” e “A vida dos povos na humanidade”, respectivamente pp. 31-86 e p. 175-226.

20 KUHN, A. K. “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique aux États-Unis”. In: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1928, p. 193 e seguintes. BELLOT, H.H.L. “La théorie anglo-saxonne des conflits de lois”. In: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1924, p. 141 e seguintes.

21 STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws* [online]. Boston: Little Brown and Company, 1834 [acesso em 24 de maio de 2014]. Disponível em: <<http://www.unz.org/Public/Story/Joseph-1834n02>>

22 Sobre a influência da obra de Huber nos escritos de Story, conferir em LORENZEN, Ernest. G. “Story’s “Commentaries on the Conflict of Laws - One Hundred Years After”. In: 48 *Harvard Law Review*. 1934/935, p. 15-38.

que isso é obrigação de fazer justiça e não de mera cortesia do direito internacional público²³. O territorialismo do DIPr norte-americano não gera um total afastamento da aplicação do direito estrangeiro, pois foi complementado pela doutrina dos *direitos adquiridos* (*vested rights*), no qual o Estado do foro é obrigado a respeitar as regras do ordenamento de outro Estado, regentes do fato no momento em que tal fato ocorreu²⁴.

11. A GUINADA NACIONALISTA: AS CODIFICAÇÕES E A FRAGMENTAÇÃO LEGALISTA DO DIPR

Em que pese essas construções doutrinárias do DIPr clássico do século XIX, que buscam fundamentos comuns a toda e qualquer norma de DIPr, a evolução da disciplina no século XIX assistiu a edição de leis locais, o que fragmentou eventual visão geral da matéria.

Do ponto de vista normativo, há dois marcos do nascimento do DIPr clássico: o Código Civil prussiano, de Frederico II, de 1794 e o Código Civil francês de 1804. O primeiro é considerado pela doutrina como sendo o pioneiro no esforço de codificação nacional do DIPr²⁵. A introdução ao Código prussiano incorporou vários dispositivos típicos de direito internacional privado, como a lei do domicílio para reger a capacidade e personalidade, a lei de regência dos bens móveis e imóveis, entre outros²⁶. Esse DIPr com forte influência das leis nacionais – em especial da grande codificação civil – pode ser denominado de *DIPr unilateral* (particularista, nacionalista ou individualista), pois é fundado em normas nacionais que regulam os fatos transnacionais, no bojo da afirmação de independência dos Estados da época.

Nessa linha, o século XIX é marcado por diversas codificações civilistas nos países europeus: o Código Civil austríaco de 1811, o Código Civil holandês em 1838 (embora o DIPr fosse regido por lei especial de 1829); Código Civil sérvio em 1844; Código Civil grego em

23 Conferir, ainda, sobre a obra de Story em CHEATHAM Elliott E. “American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility”. In: *Harvard Law Review*. 1945, vol 58, p. 361-394; NADELMANN, Kurt H. “Joseph Story’s Sketch of American Law”. In: *The American Journal of Comparative Law*. 1954, n° 3; No Brasil, ver VALLADÃO, Haroldo. “The Influence of Joseph Story on Latin-American Rules of Conflict of Laws”. In: *The American Journal of Comparative Law*. 1954, vol 3, p. 27-41. EHRENZWEIG, Albert A. “American conflicts law in its Historical perspective - Should the restatement be “continued”?”. In: *University of Pennsylvania Law Review*. 1954, vol 3, p. 133-156.

24 DANE, Perry. “Vested rights, “vestedness” and choice of law”. In: *The Yale Law Journal*. 1987, vol 96, p. 1191-1275, em especial p. 1194-1195.

25 Parte da doutrina menciona, também, o Código bávaro de 1756 como um dos precursores. Ver, entre outros, SCHWIND, Fritz. “Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé”. In: *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1984, vol 187, p. 09-144, em especial p. 96. Contra, alegando que a lei bávara não exerceu influência sobre a codificação posterior, ver NOLDE, Boris. “La codification du droit international privé”. In: *55 Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1936), pp. 303-430, em especial p. 309.

26 *Ibidem*.

1856; Código Civil italiano e também o Código Civil romeno em 1865; Código Civil português em 1867; Código Civil espanhol em 1888 e, em 1898, o Código alemão.

Na América Latina, essa influência codificadora europeia também se fez sentir, com a edição do Código Civil do Haiti em 1825; Código Civil peruano em 1852; Código Civil do Uruguai em 1868 e da Argentina em 1869 (de Vélez Sarsfield, inspirado no *Esboço* de Teixeira de Freitas de 1864) ; o Código Civil da Colômbia de 1873 e o Código Civil da Costa Rica de 1887²⁷.

Os códigos civilistas do século XIX adotam a visão de que as instituições essenciais do Direito Privado devem também contar com regras de regência de fatos transnacionais, consagrando, assim, a codificação do DIPr em vários países²⁸. Por meio da codificação, busca-se sistematizar uma matéria até então esparsa ou difusa. Seu objetivo foi o de dar segurança jurídica e coerência a um determinado ramo do direito, evitando-se o arbítrio judicial²⁹.

12. A ESTABILIZAÇÃO DO DIPR E SUAS CONTRADIÇÕES: VALORES, OBJETIVO, OBJETO E MÉTODO

O DIPr clássico consolidou-se como uma disciplina com valores, objeto e método online com o mundo da segunda metade do século XIX, fortemente influenciado por um capitalismo industrial em expansão, com otimização dos transportes e fluxos de bens e pessoas. O imperialismo europeu expandiu-se, com a divisão da África e da China. Com a exceção dos Estados Unidos e Japão, os demais Estados não europeus eram dependentes e rotineiramente alvos de intervenções europeias, como se vê nos casos de proteção diplomática (e sanções armadas) nos países da América Latina.

O objetivo do DIPr era gerir a forma pela qual os Estados realizavam a aplicação de lei estrangeira e escolha de jurisdição, bem como eventual reconhecimento de decisões estrangeiras (cooperação jurídica internacional). Tal objetivo nunca foi desenvolvido de modo neutro, sendo sempre orientado por valores europeus dominantes da época, que fundaram a produção de normas (internas ou internacionais) sobre a disciplina. Tais valores eram a previsibilidade e a segurança jurídica, típicos de uma fase no qual o capitalismo liberal consagrou

27 GUTZWILLER, Max. Op. Cit. p. 291- 400, em especial p. 333. NOLDE, Boris. Op. Cit. p. 303-430, em especial p. 320 e seguintes.

28 NOLDE, Boris. Op. Cit. p. 303-430, em especial p. 326.

29 Kessedjian define codificação da seguinte maneira: "Il s'agit alors d'un ensemble ordonné, structuré, organisé, rationnel, cohérent de législations qui, jusqu'à leur codification, pouvaient avoir un caractère épars." In KESSEDJIAN, Catherine. "Codification du Droit Commercial International et du Droit International Privé". *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2002, p. 83-308, em especial p. 99.

a igualdade meramente formal entre os indivíduos. Assim, a escolha da lei e da jurisdição pouco considerava o resultado atingido, salvo se houvesse, excepcionalmente, violação de ordem pública ou outro fator impeditivo da aplicação da lei ou decisão estrangeiras. Esse tipo de aplicação rígida e inflexível do DIPr, apesar de sua coerência formal, possui impacto material assimétrico ao ser utilizado em situações nas quais os indivíduos (e Estados) estão em situação de profunda desigualdade.

Quanto ao *tipo* de fato transnacional analisado, o DIPr, em sua fase clássica, preocupou-se com o *fato transnacional como um todo*, em um esforço de formar um corpo de normas voltadas à regência de facetas da vida social.

Esse foco é espelhado em parte da doutrina clássica do Direito Internacional Privado que se inclinou a considerar que a matéria abrangeria os fatos transnacionais de Direito Privado e Público, inclusive os de âmbito criminal.

Em diversos países, vários doutrinadores defenderam a inclusão de temas de ramos do direito público no estudo da matéria. Foelix, por exemplo, no seu tratado de direito internacional privado cuja primeira edição é de 1843, tratou de temas transnacionais de direito privado e público, especialmente aquilo que denominou “direito criminal internacional”³⁰. Pimenta Bueno, na primeira obra sobre o DIPr publicada no Brasil (1863), sustentou que a disciplina engloba o “complexo de leis positivas, atos, precedentes, máximas e princípios recebidos ou racionais, segundo os quais as nações civilizadas aplicam as suas leis particulares, ou consentem na aplicação de leis privadas estrangeiras dentro de seu território nas questões de caráter particular, que afetam súditos estrangeiros em matéria de direito civil, comercial, criminal, e mesmo administrativo”. No século XX, Valladão³¹ e Strenger³² também defenderam que o Direito Internacional Privado abarca as relações jurídicas transnacionais de natureza privada ou pública. No plano normativo, a maior codificação internacional da primeira metade do século XX, a Convenção Panamericana de Direito Internacional Privado (o Código Bustamante) há menção ao fatos transfronteiriços penais (Livro III) e à cooperação jurídica internacional em matéria penal, além da cível (Livro IV, em especial quanto à extradição), demonstrando a tendência clássica de intensa crença no Direito Internacional Privado

30 Ver FOELIX, M. *Traité du Droit International Privé*. 2ª ed. Paris: Marescq et Dujardin, 1856.

31 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

32 Para Strenger, antigo Professor Titular de Direito Internacional Privado das Arcadas, o “Direito Internacional Privado é um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflitos ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou interlocais”. STRENGER, Irineu. Op. Cit. p.77.

para regular *todos* os fatos transnacionais (públicos ou privados).

Porém, esse objeto amplo do Direito Internacional Privado não foi consenso na doutrina clássica e mesmo na codificação internacionalista. Savigny e outros civilistas, viam o Direito Internacional Privado como uma parte especial do Direito Civil. No Brasil, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho inseriram o Direito Internacional Privado em uma parte do Direito Civil de repercussão internacional³³. No plano da codificação internacionalista, a Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado caminhou em sentido diferente da codificação panamericana vista acima: do período de 1893 a 1928, foram aprovadas e entraram em vigor cinco convenções de direito de família e uma convenção sobre processo civil, de todos os projetos aprovados nas seis conferências realizadas, mostrando uma inclinação para matérias de Direito Privado e, no máximo, Direito Processual (cooperação jurídica internacional).

A disputa entre os maximalistas (objeto amplo do DIPr, abarcando todo tipo de fato transnacional) e minimalistas (objeto restrito do DIPr, incluindo somente os fatos transnacionais jusprivatistas) percorreu o século XX, tanto na doutrina quanto nas codificações nacionais e internacionais.

Do nosso ponto de vista, com a intervenção maior do Estado na economia, a dicotomia “direito público x direito privado” perdeu força³⁴. Além disso, a ausência de abordagem do fato transnacional de outros ramos do direito (como, por exemplo, o fato transnacional do Direito do Trabalho, do Direito da Concorrência, do Direito Penal, etc) implica em desigualdade de tratamento e denegação de justiça. A proteção ao indivíduo e seus fluxos transfronteiriços, o objetivo principal do DIPr, como já visto, seria amesquinhada caso a disciplina fosse restrita aos fatos transnacionais privados.

Finalmente, quanto ao método, entendo, por método no DIPr, a fixação do modo pelo qual o objeto precípua da disciplina - a gestão da diversidade das ordens jurídicas - é implementado. Na fase clássica, a busca da escolha de lei e de jurisdição levaram à prevalência do *método indireto* (também chamado método indicativo, remissivo ou de remissão) no Direito Internacional Privado. Por esse método, o DIPr não regula

33 ESPINOLA, Eduardo e ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, em especial vol VII e vol. VIII (tomos 1, 2, 3) sobre Direito Internacional Privado Geral e Especial.

34 BOBBIO, Noberto. “A grande dicotomia: público/privado”. In: BOBBIO, Noberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1988. SARMENTO, Daniel (ed). *Interesses Públicos versus Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. MUIR WATT, Horatia. “Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers une publicisation des conflits de lois ?)”. In: *Archives philosophiques du droit*. 1997, t. 41, p. 207-214. Ver também MERRYMAN, J. H. “The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law”. *Forum of Public Law*. 1963, vol 17, p. 3 e seguintes.

diretamente os fatos sociais, mas tão somente indica a lei ou a jurisdição adequadas. Sendo assim, o método indireto no DIPr é aquele que, em face de um fato transnacional, aponta a norma nacional ou estrangeira que deve regulá-lo (escolha da lei) ou ainda a jurisdição que deve conhecer de eventual litígio (escolha da jurisdição). O método indireto, então, caracteriza-se justamente por não regular o fato, mas apenas indicar a norma material reguladora. Sua preocupação é determinar a lei ou a jurisdição, sem indagar sobre a solução ao caso em si. Esse método quase foi confundido com o próprio Direito Internacional Privado, que passou a ser visto como matéria de sobredireito.

O método indireto mais conhecido e praticado pelos Estados na fase clássica foi o *método conflitual* rígido ou inflexível, que consiste na identificação *a priori* do direito mais pertinente a cada relação jurídica transnacional, por meio da localização do seu centro ou sede. Consagrado por Savigny³⁵, o foco desse método é a relação jurídica, cujas características e natureza apontariam à sua sede, sendo a *lei do local da sede* o direito mais adequado para a regência de tal relação. É indispensável, para o método conflitual, atribuir a cada categoria jurídica uma determinada sede, o que exige a investigação de elementos existentes em cada relação jurídica, como, por exemplo, o lugar da situação de um bem, o lugar do cumprimento de uma obrigação, etc.

O pressuposto básico do método conflitual é a racionalidade da determinação das “categorias jurídicas” e seus “elementos”, que seriam compreendidos e aceitos pelos diversos Estados, uma vez que existiria uma *comunidade de direito* entre os diferentes povos. Essa racionalidade é medida pela adequada fixação da conexão pela qual é eleito o direito nacional material aplicável ao fato transnacional. Ademais, militaria a favor do método conflitual uma igualdade formal entre os direitos materiais nacionais: para um determinado tipo de fato transnacional (celebração de um contrato, sucessão ou casamento, etc), aplicar-se-ia o critério de conexão não importando os ordenamentos potencialmente reguladores.

A primeira crítica ao método conflitual diz respeito a esse juízo racional na justificação da escolha do critério de conexão. Para Savigny, a comunidade jurídica entre os povos forneceria um substrato de valores comuns, apto a gerar uma escolha tendencialmente comum desses critérios de conexão. No caso, defendeu a tese da “sede da relação jurídica” para a fixação do critério de conexão. Frankenstein e von Bar, por outro lado, fundaram a escolha desses critérios de conexão a normas particulares de direito natural³⁶. Esses debates doutrinários não conseguem esconder a dificuldade da escolha, justificável pela ótica de

35 SAVIGNY, Friedrich Carl von. Op. Cit.

36 Ver esses debates em BOGGIANO, Antonio. *Del viejo al nuevo derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1981, em especial p. 97.

justiça material, desses rígidos critérios de conexão, naquilo que Kegel denomina de “justiça conflitual” (*justice of conflict of laws*)³⁷. Para Currie, o método conflitual é irracional e arbitrário³⁸. Por sua vez, Robert Lefflar aprofundou a revolução americana ao explicitamente defender que o DIPr deve ter como objetivo a “melhor solução materialmente possível” ao invés da “melhor solução espacialmente possível” em um fato com elementos de estraneidade³⁹. A tradicional preocupação do DIPr de solucionar conflitos *espaciais* de normas em um determinado caso, sem se atentar para a solução do caso em si, foi substituída pela atenção à melhor solução do ponto de vista do Direito Material. Para Lefflar, o conflitualismo do DIPr avança para outro estágio: a escolha da melhor lei entre as várias possíveis (*better law approach*).⁴⁰ Nessa linha, deve o juiz do foro exercitar uma escolha *ad hoc*, com base no conteúdo de cada uma das leis que possivelmente poderiam reger determinado caso, ao invés de utilizar regras preestabelecidas fundadas em hipotéticos – e arbitrários – centros da relação jurídica (como a lei do domicílio, lei do local da celebração do contrato, etc).

Outra crítica ao método conflitual é que ele esvazia e despolitiza o DIPr, apresentando a disciplina como pretensamente neutra em face dos diversos conflitos regulatórios na sociedade internacional. Eventuais injustiças não seriam criadas pelo DIPr, mas sim pelas regras materiais (nacionais ou estrangeiras) apontadas. Obviamente, essa neutralidade é aparente: um DIPr, por exemplo, que aceite a *autonomia da vontade irrestrita* na escolha da lei para reger um contrato *favorece* os contratantes de maior peso econômico, que podem impor as cláusulas contratuais sem maior dificuldade (por exemplo, no contrato de adesão). Ao mesmo tempo, a ausência – até hoje – de um tratado específico de DIPr global sobre as relações de consumo transnacionais (comuns nessa era de compras pela internet), que proteja a parte vulnerável, mostra a opção de favorecer o fornecedor.

CONCLUSÃO

O DIPr clássico apresentou uma tensão entre a doutrina de ambição universalista, especialmente retratada nas obras de Savigny

37 KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of laws”. In: 112 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1964, p. 95-268, em especial p.185.

38 CURRIE, Brainerd. *Selected essays on the conflict of laws*. Durham: North Carolina: Duke University Press, 1963, em especial p. 447 e 607.

39 LEFLAR, Robert A. “Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law”. In: *New York University Law Review*. 1966, vol 41, p. 341 e seguintes. LEFLAR, Robert A. “Conflicts of Law: More on Choice Influencing Considerations”. *California Law Review*. 1966, vol 54, p. 1584 e seguintes.

40 LEFLAR, Robert A. Op. Cit. p. 341 e seguintes. LEFLAR, Robert A. Op. Cit. p. 1584 e seguintes.

e Mancini, e a inexorável edição de normas nacionais de Direito Internacional Privado pelos Estados.

Essa tendência de codificação nacional gerou consequências para o Direito Internacional Privado: (i) implicou na edição de normas nacionais de DIPr, levando à criação de um direito internacional privado positivado de fonte legal, superando a visão de que a disciplina seria de fonte costumeira ou mesmo doutrinária; (ii) consolidou a visão – ainda difícil de ser superada – de ser o DIPr uma disciplina de forte raiz nacional, distanciando-se da visão de maior apelo universal; e (iii) gerou o reconhecimento, inserido nas normas nacionais, de valores internos considerados intangíveis, consagrando o conceito de ordem pública e o óbice à aplicação do direito estrangeiro⁴¹.

Tal resistência e dominância das leis internas no DIPr é fruto da fragilidade da ideia doutrinária (difundida por Savigny), de claro conteúdo abstrato, de uma “comunidade jurídica entre os povos” de ascendência europeia. Além disso, a crescente estruturação jurídica dos Estados fez nascer novas ordenações nacionais de DIPr. O DIPr unilateral ancorou-se nos valores locais, sendo palco fértil para o debate da ordem pública, normas imperativas e “*lois de police*”.

No final do século XIX, esboçou-se uma tímida reação à fragmentação legalista do Direito Internacional Privado, com a elaboração dos primeiros tratados de Direito Internacional Privado, como o Tratado de Lima de 1877 (sobre conflito de leis), os Tratados de Montevideú de 1889. Na Europa, Mancini esforçou-se pela criação do *Institut de Droit International* (1873), organização não-governamental de cunho acadêmico que repercutiu os debates sobre uma visão universal do DIPr. Em 1893, a Holanda, sob a influência de Tobias M. C. Asser, sediou a primeira *Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado*, que se transformou, em 1955, em organização internacional voltada ao estudo e desenvolvimento de tratados de DIPr.

Porém, a evolução do *Direito Internacional Privado multilateral*, baseado em tratados e demais normas internacionais, é lenta e convive com o Direito Internacional Privado Unilateral, que é aquele fruto de leis internas. Em boa parte do século XX, o DIPr Unilateral aumentou sua importância pelos seguintes fatores: (i) criação de novos Estados, com a crise e posterior desaparecimento do colonialismo europeu, fazendo nascer novas ordenações nacionais de DIPr e (ii) uma nova conduta intervencionista do Estado, após a crise global do capitalismo em 1929, gerando o reforço à edição de leis nacionais para a proteção de valores internos.

Nas últimas décadas do século XX, entretanto, ficou evidente que

41 LAINÉ, A. “La rédaction du Code Civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé” in *Revue de droit international privé*. 1905, vol I, p. 24 e seguintes, em especial p. 45.

a temática do DIPr (concurso de leis e jurisdição, bem como cooperação jurídica internacional) é, em si, transfronteiriça e, conseqüentemente, internacional, não podendo ser regulada *nacionalmente*. A edição local de normas de DIPr uma solução temporária, à espera de uma regulamentação internacional que, progressivamente, é aceita pelos Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática brasileiras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ARROYO, Diego P. Fernández (ed). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía, 2003.
- BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BEALE, Joseph Henry (trad). *Bartolus on the conflict of law*. Cambridge: Havard University Press, 1914.
- BELLOT, H.H.L. “La théorie anglo-saxonne des conflits de lois”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1924.
- BOBBIO, Noberto. “A grande dicotomia: público/privado”. In: BOBBIO, Noberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
- BOGGIANO, Antonio. *Del viejo al nuevo derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1981.
- CASELLA, Paulo Borba. “Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito – O Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado”. In CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia de (ed). *Integração Jurídica Interamericana – As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 77-105.
- CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CHEATHAM Elliott E. “American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility”. *Harvard Law Review*, 1945, vol 58, p. 361-394.
- CURRIE, Brainerd. *Selected essays on the conflict of laws*. Durham: North Carolina: Duke University Press, 1963.
- DANE, Perry. “Vested rights, ‘vestedness’ and choice of law”. *The Yale Law Journal*. 1987, vol 96, p. 1191-1275.
- DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- EHRENZWEIG, Albert A. “American conflicts law in its Historical

- perspective - Should the restatement be 'continued?'. *University of Pennsylvania Law Review*. 1954, vol 3, p. 133-156.
- ESPINOLA, Eduardo e ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- FERRER CORREIRA, A. *Lições de Direito Internacional Privado - I*. Coimbra: Almedina, 2000.
- FOELIX, M. *Traité du Droit International Privé*. 2ª ed. Paris: Marescq et Dujardin, 1856.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène. "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)". In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. 2005, vol 32, p. 9-40.
- GUTZWILLER, Max. "Le développement historique du Droit International Privé". In: *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 1929, vol 29, p. 291- 400.
- JAEGER Jr., Augusto. *A europeização do Direito Internacional Privado*. Curitiba: Juruá, 2012.
- JAYME, Erik. "O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização". In: ARAUJO, Nadia de e MARQUES, Claudia Lima (ed). *O novo Direito Internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3-20.
- JUENGER, Friedrich K. "General Course on Private International Law". In: *Recueil des Cours de l'Académie International de la Haye*, 1985, vol 193, p. 131-387.
- KEGEL, Gerhard. "The crisis of conflict of laws". In: 112 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 1964, p. 95-268, em especial p.185.
- KESSÉDJIAN, Catherine. "Codification du Droit Commercial International et du Droit International Privé". *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 2002, p. 83-308.
- KUHN, A. K. "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique aux États-Unis". In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1928, p. 193 e seguintes.
- LAINÉ, A. "La rédaction du Code Civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé". *Revue de droit international privé*, 1905, vol I, p. 24 e seguintes.
- LEFLAR, Robert A. "Conflicts of Law: More on Choice Influencing Considerations". *California Law Review*. 1966, vol 54, p. 1584 e seguintes.
- LEFLAR, Robert A. "Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law". *New York University Law Review*. 1966, vol 41, p. 341 e seguintes.
- LIMA, João André. *A harmonização do direito privado*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.
- LORENZEN, Ernest. G. "Story's Commentaries on the Conflict of Laws

- One Hundred Years After”. *Harvard Law Review*. 1934/935, vol 48, p. 15-38.
- LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Trad. de Ciro Mioranga, Ijuí: Unijuí, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. “A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado. Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo”. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAUJO, Nadia de (ed). *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 141-194.
- MARQUES, Cláudia Lima. “Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market”. In ARROYO, Diego P. Fernández e Marques, C. Lima (ed). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP. 2011, p. 363-389.
- MEIJERS, E. M. “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen age. Spécialement dans l’Europe occidentale”. 49 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1934, vol 49, p. 547-686
- MERRYMAN, J. H. “The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law”. *Forum of Public Law*. 1963, vol. 17, p. 3 e seguintes.
- MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Direito Internacional Privado e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- MUIR WATT, Horatia. “Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers une publicisation des conflits de lois ?)”. In: *Archives philosophiques du droit*. 1997, t. 41, p. 207-214.
- NADELMANN, Kurt H. “Joseph Story’s Sketch of American Law”. *The American Journal of Comparative Law*. 1954, vol 3.
- NOLDE, Boris. “La codification du droit international privé”. In: *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1936, vol 55, p. 303-430.
- OVERBECK, Alfred E. von. “La contribution de la Conference de La Haye au developpment du droit international privé”. In: *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1992, vol 233, p. 13- 98.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Projeto de Código de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1927.
- PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1863.
- RODAS, João Grandino. *Direito internacional privado brasileiro*. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano atual*, vol. VIII. Tradução de Ciro Mioranga. Ijuí: Unijuí, 2004.

STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws*. 4ª ed. Boston: Little Brown and Company, [acesso em 24 de maio de 2014]. Disponível em: <<http://www.unz.org/Pub/StoryJoseph-1834n02>>.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. São Paulo: RT, 1986.

STRUYCKEN, A.V.M., “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”. In: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1992, vol 232, p.257-383.

TIBURCIO, Carmen. “Cooperação jurídica internacional em matéria civil”. In: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 1, n° 1, p. 61-80.

TIBURCIO, Carmen. “Uma análise comparativa entre as convenções da CIDIP e as convenções de Haia – O direito uniformizado comparado”. In: CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia de (ed). *Integração Jurídica Interamericana – As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 46-76.

VALLADÃO, Haroldo, “The Influence of Joseph Story on Latin-American Rules of Conflict of Laws”. *The American Journal of Comparative Law*, 1954, vol 3, p. 27-41.

VALLADÃO, Haroldo. *O ensino e o estudo do direito, especialmente do direito internacional privado, no novo e no velho mundo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1940.

NORMA EDITORIAL

PRESENTACIÓN

Cómo surgió la revista

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Temas y alcance

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

Sistema de revisión

Los trabajos presentados son analizados por un consejo técnico bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en esta norma editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

Criterios generales para la aceptación de manuscritos

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducción del contenido.

El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesión de derechos por parte del autor. El envío de artículos será hecho

exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

Conflicto de interés: cualquier interés de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboración o evaluación de un artículo debe ser declarado para la identificación de posibles conflictos de interés. Una vez reconocido el conflicto de interés el artículo será rechazado.

1. ENVÍO DE ARTÍCULOS

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Pasos a seguir

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

- 1.- Título en portugués y en español;
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo;
- 3.- Dirección electrónica para correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, el autor deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada. Se debe indicar también la actual afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. **Esos datos NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO.**

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

2. FORMATO DE ENVÍO

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “Times New Roman”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y **no debe exceder las 20 (veinte) páginas**, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

3. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

La estructura del artículo debe contener:

Título: en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho de hacer ajustes sobre el mismo.

Notas aclaratorias: cuando correspondan al título debe insertarse al final de la página con llamada de *.

Resumen: en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

Palabras clave: en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que se ubicarán después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

Cuerpo del artículo: deberá constar con la siguiente estructura: INTRODUCCIÓN, DESARROLLO, CONCLUSIÓN. EL DESARROLLO puede subdividirse.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en *letra cursiva*, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de cada página, sin sangría, letra “*Times New Roman*”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

Citas directas

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “*Times New Roman*” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

Citas en notas

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

a) Primera cita

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas.

La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citas en notas de pie de página:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für*

Gemeinschaftsprivatrecht. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREUTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda cita y las siguientes

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

Op. Cit.: *Obra citada*. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que la referencia anterior*. Se utiliza cuando la cita actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *En el mismo lugar*. Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ibíd., p. 24

Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las referencias bibliográficas.

Referencias bibliográficas: se incorporarán al final del artículo, bajo el título **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

PUBLICACIONES IMPRESAS

- LIBROS

APELLIDOS, Nombres. *Título del libro –en cursiva–*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

Un autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dos autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Más de dos autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas–, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas–”. En: APELLIDOS –en mayúsculas–, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la

abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva–*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva–*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título de la revista –en cursiva–, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. *Título de la revista –en cursiva–*. año de publicación, vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

Un autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dos autores o más autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas”. *Título del periódico–en cursiva–*. Fecha de publicación, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESIS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título –entre comillas–” [Tipo de documento]. Orientador. Institución académica en la que presenta. Lugar, año.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva–*. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almería: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva– (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis–) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas–”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva–* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis–) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLACION

Ley

País. Título. *Publicación oficial en la que se publica*, fecha de publicación, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisión

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia de tribunales nacionales

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudencia de tribunales internacionales

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por*

la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección de la página>

Un autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [fecha de consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>.

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results.* Luxembourg: European Union [en línea]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [en línea]. Ginebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas–”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo.
“Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea].Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo) [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva- [en línea], lugar de publicación, vol, número. Año de publicación.

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título de la revista –en cursiva-* año de publicación, vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>.

Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [en línea]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título del periódico–en cursiva-*. Fecha de publicación. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [en línea]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [fecha de consulta: 18/02/2015]. Disponible en: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva-*[en línea]. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe) [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva- (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PÁGINA WEB

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo o NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN –en mayúsculas-. “Título de la página Web” [en línea]. Fecha de revisión/actualización si consta en la página. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [em linha]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>.

NORMA EDITORIAL

APRESENTAÇÃO

Como surgiu a Revista

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é um espaço criado pela Secretaria do TPR para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas ligados ao direito, como regionalismo, integração, organizações internacionais e, em especial, ao direito do MERCOSUL.

Os idiomas da Revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português.

Temas e alcance

Embora o projeto tenha como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL, a publicação não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratem de ramos do direito relacionados de alguma maneira com o marco jurídico mercosulino, como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito da integração.

Sistema de avaliação

Os trabalhos apresentados à Revista são analisados por um conselho técnico, sob a modalidade *blind review*, isto é, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores do direito, com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. Sua identificação é reservada e considera-se o parecer emitido como se fosse da Revista.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científicos e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, em conjunto com a análise de conteúdo, condição essencial para sua publicação. Portanto, passará pela consideração da Equipe Editorial a revisão dos requisitos formais, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios fixados.

Critérios gerais para a aceitação de artigos

Os artigos serão inéditos, de rigor científico e não representam em nenhuma hipótese a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

A revista reserva-se todos os direitos legais de reprodução de conteúdo.

O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua

publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Esse processo se concretiza mediante a assinatura de carta de cessão de direitos por parte do autor. O envio de artigos se dará exclusivamente por meio da plataforma da revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

Conflito de interesses: qualquer interesse de autores, revisores e editores que possa influenciar a elaboração ou avaliação de um artigo deve ser declarado para a identificação de possíveis conflitos de interesse. Uma vez reconhecido o conflito de interesse, o artigo será rejeitado.

1. ENVIO DO ARTIGO

O envio se realizada através do site da Revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Passos a seguir

O autor deverá informar os seguintes dados no passo 3 do procedimento de envio (inclusão de metadados):

- 1.- Título em português e em espanhol;
- 2.- Nome de cada autor, acompanhado de filiação institucional e título ao tempo da submissão do trabalho;
- 3.- Contatos como endereço eletrônico (e-mail), fax e telefone para correspondência com a Equipe Editorial.

Além disso, deve-se incluir um breve currículo vitae no campo correspondente no sistema, o qual não deve ultrapassar 50 palavras, já que esta será incorporado à publicação em nota. Fundamental se faz a indicação da atual filiação institucional.

Deve-se incluir um breve *curriculum vitae* na seção Resumo Biográfico do sistema, que não ultrapasse 50 palavras.

No caso de haver necessidade de reconhecimento a apoio financeiro, colaboração de colegas ou outros (por exemplo: trabalhos anteriores apresentados em eventos, derivados de tese ou dissertação, recopilação de dados efetuados em instituições distintas daquela informada na filiação e outros fatos, cujo informe seja eticamente necessário), sua indicação deverá ser realizada em parágrafo próprio. Esses dados **NÃO DEVERÃO CONSTAR DO CORPO DO TRABALHO.**

Finalizado o envio, o sistema designa um código de identificação (id.) ao artigo recém remetido. Com esse código, o autor acompanhará o processo de avaliação.

ATENÇÃO: O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. O envio será efetuado exclusivamente através do site da Revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese, serão recebidos artigos por outro meio de

comunicação.

2. FORMATO DE ENVIO

O artigo deve ser encaminhado, em formato modificável, na extensão *.doc*; folha A4, com margem superior esquerda a 3cm, inferior direita, 2cm. A fonte é Times New Roman, tamanho 12, estilo normal e justificado. Espaçamento entre linhas de 1,5; sem espaço entre os parágrafos. O início dos parágrafos a 1,25 cm.

O original deve conter no mínimo 15 (quinze) páginas e não deve ultrapassar 20 (vinte) páginas, incluindo título, resumo, desenvolvimento, referências bibliográficas, quadros, gráficos e imagens, se tiver.

Em caso de o artigo conter quadros ou gráficos estatísticos, esses devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar o(s) mesmo(s) em um arquivo de planilha eletrônica à parte.

Em caso de o artigo conter imagens, essas devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar a(s) mesma(s) em um formato de edição de imagens (JPG, TIF, GIF, PNG) com altura mínima de 700 px e resolução de 300 PPP.

Tais arquivos deverão ser carregados no passo 4 (transferência de documentos suplementares) durante o processo de envio do artigo.

3. ESTRUTURA DO ARTIGO

A estrutura do artigo deve conter:

Título: no idioma original do texto e tradução fiel ao outro idioma da Revista (se o texto original estiver em espanhol, a tradução deverá ser em português e vice-versa). Ele não deve exceder 20 (vinte) palavras, expressando o conteúdo principal do trabalho de maneira objetiva e clara. A equipe editorial se reserva o direito para promover ajustes sobre o mesmo.

Notas esclarecedoras: do título deve incluir-se ao final da página com o símbolo de *.

Resumo: em espanhol e português, de uma forma e sequência de frases concisas e objetivas que deem uma ideia geral do artigo; em seu conjunto, não devem ultrapassar 250 (duzentas e cinquenta) palavras.

Palavras chave: em português e em espanhol, devem apontar entre 3 e 5 palavras representativas do conteúdo do trabalho. Estarão dispostas depois do resumo, precedidas da expressão “Palabras clave ou Palavras-chave”, separadas entre vírgula.

Corpo do artigo: Deverá contar com a seguinte estrutura: Introdução, desenvolvimento e conclusão. O desenvolvimento pode ser subdividido. .

O desenvolvimento do artigo será numerado com número arábico,

começando pela Introdução com o número 1 (um).

O texto que se deseje ressaltar dentro de um parágrafo deverá ser escrito em *itálico*, sem utilizar em nenhum trecho em negrito ou sublinhado.

As notas devem ser inseridas ao final de cada página, sem sangria, letra “Times New Roman”, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 01 no corpo do artigo. Deverão servir para o esclarecimento do texto e de citações.

Citações Diretas: As citações diretas que passem de 3 (três) linhas devem iniciar em um novo parágrafo, com margem distinta, em Times New Roman, 10, espaçamento simples e devem terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve-se deixar uma linha em branco antes e outra depois da citação.

Citações em notas

Utiliza-se o sistema citação-nota, inserindo-se um número como expoente logo de cada citação que faz a referência à nota. Estas notas podem conter citações ou referências a citações. Um número de nota deve ser utilizado para cada citação ou cada grupo de citações. A nota correspondente pode fazer referência a mais de um documento.

a) Primeira citação

A primeira citação de um documento deve conter os elementos necessários para assegurar a correspondência exata entre a citação e a entrada adequada dentro na lista de referências bibliográficas.

A primeira citação deve contar com, no mínimo, o (ou os) nome (s) do (dos) autor (es) e o título completo, tal como aparecem nas referências seguidas dos números das páginas citadas, caso necessário.

Caso o (ou os) nome (s) do (s) autor (es) não sejam suficientes para diferenciação na lista de referências, a citação deverá incluir os elementos suplementares (edição, ano de publicação, etc.) necessários para assegurar a correspondência exata com a referência.

Exemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citações em notas de rodapé:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREUTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda citação e as seguintes

Caso um documento seja citado várias vezes, as citações seguintes recebem números diferentes.

A segunda citação de um documento e as seguintes podem ser reduzidas a (ou aos) nome (s) do (s) autor (es) e a um título resumido, sendo uma das seguintes abreviaturas possíveis:

Op. Cit.: *Obra citada*. Usa-se quando refere-se novamente a uma citação já mencionada, mas não de forma consecutiva e quando corresponda a diferentes páginas. Repetem-se o sobrenome e o nome do (s) autor (es) seguido de Op. Cit. E do número de página.

Se o (ou os) autor (es) não forem suficientes para diferenciar as entradas na lista de referências, a citação deverá incluir o título da publicação citada.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7.
15.
16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que a referencia anterior*. Utiliza-se quando a citação atual deriva da mesma obra e da mesma página que a da citação imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7. Ídem.

Ibíd.: *No mesmo lugar*. Utiliza-se para evitar a repetição de uma

citação anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas na mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24

Agradecimentos: em caso de necessidade, deve contar, no máximo, com 20 palavras, ao final do artigo e antes das referências bibliográficas.

Referências bibliográficas: devem ser incorporadas ao final do artigo, sob o título **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**, onde deverão ser inseridos os trabalhos citados no corpo do texto: Os formatos ISO 690 e ISO 690-2 devem ser utilizados e os autores deverão ser ordenados em ordem alfabética.

PUBLICAÇÕES IMPRESSAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas— Nomes. *Título do livro –em itálico–*. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação

A menção do número da edição se realiza a partir da segunda edição.

Um autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dois autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Mais de dois autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos os casos utilizar (ed) ou (eds) conforme seja um ou mais autores.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme seja o caso. *Título do livro –em itálico-*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme seja o caso. *Título do livro – em itálico -*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalía, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título da revista–em itálico-, cidade de publicação, vol, número. Ano de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes. “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico*. Ano de publicação vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

Um autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dois autores o mais de dois autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas”. *Título do periódico – em cursiva* -.
Data da publicação, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESE

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo.
“Título – entre aspas” - [Tipo de documento]. Orientador.
Instituição acadêmica. Lugar, ano.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado].
Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo.
Título do relatório – em cursiva -. Lugar de publicação: editora, ano.
(Tipo de relatório)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almeria: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses -) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar da publicação: editora, ano.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, local e data da realização –entre parênteses-) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLAÇÃO

Lei

País. Título. *Publicação oficial em que se publicou, data da publicação*, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisão

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudência dos tribunais nacionais

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudência dos tribunais internacionais

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012 [online]. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

- LIVROS

SOBRENOME–em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico–* [online]. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação [data da consulta]. Disponible em: <endereço da página>.

Um autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [online]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [data da consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible em: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>.

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible em: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>.

Autor corporativo

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [online]. Geneva: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas -”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva-* [online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- PARTE DE UMA COLEÇÃO DE LIVROS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas-”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva -*[online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo) [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- REVISTAS

Título da revista– em cursiva- [online], lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação.

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGOS DE REVISTA

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título da revista – em cursiva -* ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>.

Um autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [online]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título do periódico – em cursiva -*. Data de publicação. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [online]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [acceso 28 de marzo de

2014 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -[online]. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório) [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parêntesesv-) *Título dos anais* [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva-* (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses-) *Título dos anais* [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano. p. inicial-final. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- PÁGINA WEB

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo ou **NOME DA INSTITUIÇÃO** – em maiúsculas -. “Título da página Web” [online]. Data de revisão/atualização se consta da página. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [online]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>.

Versión online finalizada
en marzo de 2015.

Versión impresa finalizada
en marzo de 2015.

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) comprende a los Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– y a la Secretaría del Tribunal (ST) –art. 35 CMC/DEC N°37/03, GMC/RES N° 66/05 y GMC/RES N° 39/10.

El Tribunal está integrado por cuatro Árbitros titulares, uno por cada Estado miembro del MERCOSUR, por sus respectivos suplentes y por un Quinto Árbitro designado por unanimidad por los Estados.

La Secretaría del Tribunal (ST) está compuesta por un Secretario, designado por el Consejo del Mercado Común, y por cuatro áreas indispensables para el funcionamiento del TPR.

26 de marzo - Día del MERCOSUR

13 de agosto - Aniversario del TPR

O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) compreende os Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– e a Secretaria do Tribunal (ST) –art. 35 CMC/DEC N° 37/03, GMC/RES N° 66/05 e GMC/RES N° 39/10.

O Tribunal está composto por quatro Árbitros titulares, um nacional de cada Estado membro do MERCOSUL, por seus respectivos suplentes e por um Quinto Árbitro designado por unanimidade pelo Estados.

A Secretaria do Tribunal (ST) é composta pelo Secretário, designado pelo Conselho do Mercado Comum, e por quatro áreas indispensáveis ao funcionamento do TPR.

26 de março - Dia do MERCOSUL

13 de agosto - Aniversário do TPR

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

www.tprmercosur.org

www.revistastpr.com

Av. Mcal. López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411