



CENTRO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

02 de Marzo de 2011

The Honorable V.V. Veeder, Esq.
Essex Court Chambers
24 Lincoln's Inn Fields
London WC2A 3EG
United Kingdom

VIA EMAIL IcsidSecretariat@worldbank.org

Re: Pac Rim Cayman LLC contra la República de El Salvador, Caso CIADI No° ARB/09/12
SOLICITUD DE PERMISO PARA PROCEDER COMO AMICI CURIAE

Estimado Presidente Veeder:

Los eventuales *amici* son organizaciones miembros de la **Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador** ("La Mesa"), una coalición de organizaciones comunitarias, centros de investigación, y organizaciones ambientales, de derechos humanos y religiosas sin ánimo de lucro en pro de los derechos ambientales, humanos, y religiosas, que en conjunto tienen como objetivo mejorar el diálogo sobre políticas públicas relativas a la extracción de metales en El Salvador.ⁱ *Amici* respetuosamente solicitan permiso para continuar en calidad de *amicus curiae* en el asunto antes descrito, de conformidad con el artículo 37 (2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el artículo 10.20.3 del Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos (TLC), y de la Orden de Procedimiento del Tribunal de 2 de febrero de 2011. En concreto, los eventuales *amici* solicitan permiso para presentar el escrito que se adjunta como Apéndice y la oportunidad de hacer una presentación oral en la próxima audiencia de jurisdicción.

El demandante ha afirmado ante el Tribunal que tiene una disputa legal con la República de El Salvador en relación a una inversión en El Salvador, a saber, las actividades del demandante en relación con el proyecto de mina El Dorado y algunos otros proyectos mineros que deseaba realizar en El Salvador. Los hechos que originaron la demanda del Demandante están profundamente entrelazados con el cambio social y político que se ha producido desde el advenimiento de la democracia representativa en El Salvador tras la guerra civil. En este sentido, la decisión del Tribunal, incluyendo la decisión de aceptar o rechazar la jurisdicción sobre una reclamación de esta naturaleza, tendría un impacto en la transición hacia la democracia en El Salvador.

Un alentador debate democrático a nivel nacional sobre la minería de metales y la sostenibilidad se ha producido en El Salvador. Conocimiento particular sobre este debate político guarda relación directa con el objeto de este arbitraje. Como participantes activos en este diálogo social, los eventuales *amici* tienen una posición única para proporcionar al Tribunal una perspectiva diferente a la de las Partes contendientes. El pueblo de El Salvador está lidiando con cuestiones fundamentales tales como: si la minería de metales es apropiada en un país con la mayor densidad de población en las Américas y una

1350 Connecticut Avenue N.W. Suite 1100 Washington D.C. 20036 • 202-785-8700 • Fax: 202-785-8701 • www.ciel.org • 15 rue des Savoises, 1205 Geneva, Switzerland • 41-22-789-0500 • 41-22-789-0739

profunda escasez de agua; si las comunidades afectadas están suficientemente informadas para entender las opciones que enfrentan; si están lo suficientemente organizadas para defender su derecho a participar en el diálogo sobre políticas públicas que afectan a tales decisiones; y si están suficientemente dotadas de poder como para que sus decisiones con conocimiento sean respetadas.

Como organizaciones de la sociedad civil que están constituidos por, y trabajan a diario con las comunidades afectadas para ayudarles a comprender y movilizarse para hacer frente a estos desafíos, los eventuales *amici* tienen una comprensión única, y un interés significativo en este arbitraje. Como *amici* dirán, si se les da la oportunidad, que la reclamación del demandante no presenta ninguna "controversia jurídica" o "medida" cognoscible suficiente para atribuir la competencia en virtud del artículo 25 de la Convención del CIADI y el Artículo 10.14 del TLC, sino que más bien refleja la insatisfacción del reclamante con la dirección general que la política pública salvadoreña ha tomado en los últimos años. Los eventuales *amici* están excepcionalmente calificados para ofrecer al Tribunal una amplia comprensión del contexto y la defensa del contenido y el significado histórico de la respuesta del gobierno al debate democrático sobre la minería de metales y desarrollo sostenible en El Salvador.

El interés de los eventuales *amici* en este procedimiento es también único porque su interés es especialmente vulnerable. Como *amici* dirán, si se les da la oportunidad, que el demandante esta usando este procedimiento para obtener una ventaja en algo que no es fundamentalmente una disputa entre el inversor y la República, sino más bien entre ella y las comunidades de base independientemente organizadas que se han levantado en contra de los proyectos del demandante, es decir, *amici*. Los logros que *amici* y sus aliados han logrado en la última década están en juego en este arbitraje. Estos se refieren a las ganancias no sólo en el debate sobre la minería, sino también áreas mucho más amplias de la participación ciudadana, el respeto de los derechos humanos y ambientales, y la democracia representativa. Si al reclamante se le utilizar al derecho internacional la inversión extranjera para esencialmente colgar una etiqueta de precio a los éxitos de sus oponentes en los debates de política pública nacional (incluso si ese precio es sólo el costo no despreciable de litigar el fondo de una demanda), los logros democráticos que *amici* y sus comunidades constituyentes han ganado, por la primera vez en la historia de El Salvador, podrían ser drásticamente socavados.

Los eventuales *amici* son ciudadanos jurídicos de El Salvador. Ninguna organización ha recibido apoyo financiero o de otra índole en cualquier forma relacionada con la presente solicitud o cualquier futura participación en este procedimiento.

Por estas razones, eventuales *amici* solicitan al Tribunal: (1) acceder a esta solicitud de autorización para presentar un escrito de *amicus curiae* en el caso; (2) considerar el escrito incluido en el Apéndice; y (3) permitir que los abajo firmantes hagan una presentación oral en la próxima audiencia sobre la jurisdicción.

Muy atentamente,



Marcos A. Orellana
Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL)

En nombre de los eventuales amici

ⁱ Eventuales *amici* como sigue:

Comité Ambiental de Cabañas es una organización basada en la comunidad formada en 2005 para tratar asuntos ambientales de Cabañas, El Salvador, incluidos los residuos municipales y la minería;

La Asociación Amigos de San Isidro Cabañas (ASIC) es una organización de desarrollo de la comunidad fundada en 1992 en San Isidro, la comunidad más cercana a la mina de oro El Dorado, que promueve una mayor participación en el diálogo sobre políticas públicas a través de la educación y la construcción de la comunidad.

La Asociación de Comunidades Para El Desarrollo de Chalatenango (CCR) es una organización no lucrativa fundada en 1988 que trabaja en las áreas de la salud comunitaria, educación y derechos humanos.

La Asociación de Desarrollo Económico y Social (ADES) es una organización no lucrativa fundada en 1993 en Sensuntepeque, la ciudad más cercana sustancial a la propuesta de mina El Dorado, que trabaja con las comunidades afectadas en el Cantón de Santa Marta.

La Asociación Para El Desarrollo de El Salvador (CRIPDES) es una organización de desarrollo de San Salvador, fundada en 1984, a la altura de la guerra civil, que ahora trabaja más de 270 locales comités de mujeres y 250 comités locales de jóvenes en siete de los 14, el Salvador de los departamentos, incluyendo Cabañas.

La Fundación para el Estudio de la Aplicación de la Ley (FESPAD) es un centro de acción social, jurídica, y política dedicado a la protección de los derechos humanos y el uso de la ley como un instrumento para ayudar a los más necesitados en la sociedad.

Unidad Ecológica Salvadoreña (UNES) es una organización no gubernamental cuya misión incluye la defensa de la naturaleza, la mejora en la calidad de vida, el fortalecimiento de las comunidades, y la participación igualitaria de hombres y mujeres en el diálogo político a nivel regional, nacional e internacional.

Movimiento Unificado Francisco Sánchez (MUFRAS) es una organización fundada en 2001 que se centra en el aumento de la participación ciudadana para resolver los retos sociales, políticos y ambientales.

APÉNDICE:
ESCRITO DE AMICUS CURIAE DE LAS ORGANIZACIONES MIEMBROS DE LA MESA

**Pac Rim Cayman LLC contra la República de El Salvador,
Caso CIADI No° ARB/09/12**

TABLA DE CONTENIDOS

SOLICITUD DE PERMISO PARA PROCEDER COMO AMICI CURIAE	1
APÉNDICE: ESCRITO DE AMICUS CURIAE DE LAS ORGANIZACIONES MIEMBROS DE LA MESA.....	4
TABLA DE CONTENIDOS	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. ANTECEDENTES DE HECHO	5
A. La oposición a la mina El Dorado creció orgánicamente de las experiencias directas de las comunidades locales y su éxito es un éxito para la Participación Ciudadana y Democracia Representativa en El Salvador de la post-guerra	5
B. Las preocupaciones ambientales detrás de la mina propuesta por Pac Rim son reales y no han sido resueltas en el EIA de Pac Rim	7
1. Impacto ambiental potencialmente devastador de las minas propuestas	7
2. El EIA de Pac Rim falló en evaluar adecuadamente los impactos ambientales de la mina y ofrecer garantías a las comunidades locales.....	9
C. El involucramiento de Pac Rim en la política salvadoreña y su estrategia para lidiar con la oposición local son profundamente problemáticos y ya han causado fisuras violentas en las comunidades locales.....	11
III. ARGUMENTO.....	14
A. La disputa que Pac Rim Cayman ha llevado ante este Tribunal no es una "diferencia de naturaleza jurídica" en virtud del Artículo 25 de la Convención del CIADI ni una "medida" en virtud del Artículo 10.1 del TLC	14
1. Esta disputa no es una "diferencia de naturaleza jurídica" en virtud del artículo 25, solo un desacuerdo de Pac Rim Cayman en relación con los cambios generales (y aplicables universalmente) en la política pública salvadoreña.	14
2. La única "diferencia de naturaleza jurídica" que Pac Rim pudo haber tenido contra el gobierno prescribió cuando falló en apelar la negación del MARN de su Estudio de Impacto Ambiental en el 2004 – el rompimiento de subsecuentes negociaciones no trasciende a “diferencias de naturaleza jurídica.”	17
B. La reclamación de Pac Rim equivale a un abuso del proceso	19
1. La reorganización de último minuto de Pac Rim para aprovechar los beneficios del TLC habiéndose previamente constituido para disfrutar los beneficios de nula tributación de las Islas Caimán es abusiva por naturaleza.....	20
2. El intento de Pac Rim de traer una disputa centrada entre él y las comunidades afectadas a un foro donde las comunidades afectadas no tienen derechos es abusivo por naturaleza	21
IV. CONCLUSIÓN	22

I. INTRODUCCIÓN

Esta diferencia no es una "diferencia de naturaleza jurídica" en virtud del artículo 25 del Convenio del CIADI, sino que es una expresión del desacuerdo de Pac Rim Cayman (o Pacific Rim; para simplificar, *amici* se referirá al demandante como "Pac Rim") con los cambios generales (y de aplicación universal) en la política pública salvadoreña. En esencia, esta supuesta "diferencia" se refiere a la insatisfacción de Pac Rim con el hecho de que la política pública de El Salvador ha empezado a reconocer los efectos destructivos ambientales y sociales que la minería de metales representa para las comunidades locales, así como el vacío de la promesa de la minería como camino hacia el desarrollo sostenible en El Salvador. Además, no hay "medidas" en este caso que se relacionen con Pac Rim, sino que se trata de un debate político general sobre la sostenibilidad, la minería de metales y la democracia en El Salvador.

El TLC no tiene por objeto permitir a los inversores extranjeros dictar las políticas ambientales y sociales sobre los recursos naturales de los Estados Centroamericanos. Sin embargo, esto es lo que está en el centro de este arbitraje: el intento por parte de Pac Rim de obtener una indemnización como consecuencia de su insatisfacción con el ejercicio legítimo por parte del gobierno en la democracia política. Evidentemente, esta no es una cuestión jurídica, sino un debate político sobre el significado del desarrollo sostenible en este momento de la historia de El Salvador.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

En su relato de 50 páginas de los "hechos" en su Memorial de Contestación, Pac Rim se presenta como la víctima de políticos de dos caras que se alternan entre intrigar en contra Pac Rim y ceder ante las turbas febriles de agitadores que al parecer son demasiado ignorantes o irracionales para reconocer todas las oportunidades que la promesa de Pac Rim de "minería verde" tiene para ofrecer.

Amici se esforzará por utilizar esta presentación para asegurarse de que el Tribunal entienda que (A) la oposición pacífica de las comunidades locales a la mina propuesta por Pac Rim—y la respuesta del gobierno—fueron y son totalmente legítimas y deben ser celebradas como un nuevo renacer de la democracia representativa en El Salvador no cargadas con un precio de cien millones de dólares, (B) las preocupaciones ambientales subyacentes a tal oposición fueron, y son, bien fundadas, pero no fueron adecuadamente tenidas en cuenta en la Evaluación de Impacto Ambiental ("El Dorado EIA") de Pac Rim, y (C) la participación de Pac Rim en la política salvadoreña y regional en apoyo de su propuesta mina ha sido muy problemática, y la mina misma que se propone ya ha generado niveles preocupantes de conflicto dentro de la comunidad y violencia.

A. La oposición a la mina El Dorado creció orgánicamente de las experiencias directas de las comunidades locales y su éxito es un éxito para la Participación Ciudadana y Democracia Representativa en El Salvador de la post-guerra

La oposición a los planes de Pac Rim para El Salvador surgió orgánicamente a partir de las experiencias de primera mano de las comunidades locales afectadas y sus encomiables esfuerzos para organizarse y protegerse a sí mismas. De hecho, la primera agitación de la oposición fue engendrada por la propia Pac Rim cuando en 2003 y 2004, cuando se intensificaron los trabajos de perforación exploratoria, sus técnicos e ingenieros traspasaron la propiedad privada de los residentes locales y perforaron pozos exploratorios sin permiso de una manera que era a la vez "sospechosa y arrogante."¹ Aun mas significativo es lo informado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) en un examen detallado del contexto y las consecuencias del proyecto de mina El Dorado por el profesor Richard Steiner, ya en 2004: "las personas que viven cerca de las actividades de exploración minera comenzaron a notar los

¹ Nester Martinez, *Una historia convincente de la Minería en El Salvador*, Estados Unidos y El Salvador Red de Ciudades Hermanas (Enero, 2010), link de cortesía en <http://bit.ly/eaNvyf> (<http://elsalvadorsolidarity.org>).

impactos ambientales de la exploración minera--reducción del acceso al agua, el agua contaminada, los impactos en la agricultura, y las cuestiones de salud."²

Es evidente que los efectos negativos que siente el pueblo en la etapa de exploración fueron sólo un adelanto de lo que podían esperar si la mina El Dorado se iba a desarrollar. A nivel individual, las personas que poseían tierras en el área de concesión de Pac Rim simplemente se negaron a vender sus tierras ni permitieron que Pac Rim operara allí. Como Oxfam América ha señalado, esta es una herramienta que ha surgido como uno de los pilares fundamentales para que las comunidades locales de América Central hayan sido capaces de impedir el establecimiento de las minas en sus comunidades.³ A nivel de comunidad local, en 2005 miembros de la comunidad formaron el Comité Ambiental de Cabañas, que a su vez se unió a otras organizaciones de la sociedad civil para formar La Mesa como una organización nacional.

El Comité Ambiental de Cabañas y La Mesa centraron sus energías en poner de relieve los problemas con la mina propuesta por Pac Rim y transmitir sus opiniones a una audiencia nacional, incluidos los representantes en el gobierno que por lo general limitan su presencia y atención a San Salvador, la capital. La Mesa se dedicó a la cuestión más amplia de si la extracción de metales ofrece un camino de desarrollo apropiado para El Salvador, a la luz de los nocivos impactos ambientales y sociales de la minería, como está documentado por los académicos y discutido brevemente a continuación. Usando una combinación de la organización de base local y de protesta de pequeña escala, el Comité Ambiental de Cabañas y La Mesa fueron capaces de no sólo llevar el tema de la minería de metales a la atención de la nación, sino que lo convierten en un "tema central de la política salvadoreña."⁴

La oposición a la minería no se limita a las organizaciones de la comunidad o propietarios individuales. En el 2007, la Conferencia de Obispos Católicos de El Salvador emitió una declaración en oposición a la minería de metales en El Salvador, tomando nota de los peligros relacionados la contaminación del agua, particularmente relacionada al uso de cianuro. La Iglesia Católica hizo hincapié en la inconveniencia de la minería en El Salvador, dado su pequeño tamaño y alta densidad de población.⁵ Un año más tarde, el arzobispo de San Salvador, Fernando Sáenz Lacalle hizo una serie de declaraciones en las que reiteró la oposición de la iglesia a la minería de metales en El Salvador, haciendo hincapié en el "daño irreversible [que la minería] hará a los seres humanos y el medio ambiente."⁶ La iglesia específicamente "castiga la justificación económica de Pac Rim para las operaciones de extracción de oro. 'Ninguna ventaja material,' advirtieron los obispos, 'se puede comparar con el valor de la vida humana.'"⁷

² Richard G. Steiner, *Oro, Armas y una Opción: La Mina El Dorado, Cabañas es violencia, reclamaciones bajo el TLC, y el esfuerzo nacional para prohibir la minería*, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (Feb. 2010), en 15, link de cortesía en <http://bit.ly/f42Ken> (<http://www.miningwatch.ca/>) ("IUCN Report").

³ Ver *La minería de metales y desarrollo sostenible en América Central*, Oxfam América (2009), en 25, link de cortesía en <http://bit.ly/hFCKH1> (www.oxfamamerica.org); Id. en 13. (donde se analiza la utilización por las comunidades locales de Guatemala de leyes que requieren la compra de derechos de superficie de la tierra en un depósito de minerales antes de que el depósito pueda ser extraído para convertirse en "porteros" de la evolución de la explotación minera propuestas en sus regiones).

⁴ Michael Busch, *Batalla de Oro en El Salvador*, Foreign Policy in Focus, Institute for Policy Studies (2009), link de cortesía en <http://bit.ly/9msWaY> (www.fpiif.org).

⁵ Ver Michelle Petrotta, *Memorial Del Congreso: Minería de Minerales en El Salvador*, SHARE Foundation (2009) y link de cortesía en <http://bit.ly/eG0X3B> (elsalvadorsolidarity.org).

⁶ Id.

⁷ Busch, nota *supra* note 4.

Estas olas de resistencia—cada una pacífica, orgánica, y sin relación con la acción gubernamental—dirigieron a una situación en la que a finales de 2007, el 62,5% de los salvadoreños estaban en contra de permitir la extracción de metales en El Salvador, a pesar de la campaña desplegada por Pac Rim como se explica brevemente a continuación. La resistencia fue tan amplia, efectiva y profundamente sentida que en 2008, el entonces presidente Elías Antonio Saca del partido derechista ARENA anunció como su propio punto de vista que la minería de metales no debe realizarse en El Salvador sin un estudio más significativo de los posibles impactos ambientales y codificación más robusta de las leyes mineras.⁸ Luego, en enero de 2010, el presidente Carlos Mauricio Funes del partido FMLN de izquierda creó una "Evaluación Ambiental Estratégica del Sector de la Minería Metálica de El Salvador."⁹ El Ministerio de Economía Departamento de Hidrocarburos y Minas informó a la Asamblea Legislativa que la Evaluación Ambiental Estratégica finalizaría en mayo de 2011. Una Comisión de Cinta Azul de destacados científicos internacionales y expertos fue creada por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN) para asegurar que la Evaluación Ambiental Estratégica se lleve a cabo de manera objetiva y científica.

El hecho de que la Mesa ha contribuido a lograr estos resultados es un paso que se celebrará en la larga subida de El Salvador a partir del caos devastador de la guerra hacia una democracia representativa, una democracia donde los representantes no sólo son elegidos de acuerdo a la voluntad del pueblo, sino que también actúan términos de acuerdo con el interés público expresado en múltiples formas, incluyendo la expresión popular y las manifestaciones y la labor de la sociedad civil.

B. Las preocupaciones ambientales detrás de la mina propuesta por Pac Rim son reales y no han sido resueltas en el EIA de Pac Rim

1. Impacto ambiental potencialmente devastador de las minas propuestas

La propuesta mina de El Dorado de Pac Rim abarcaría 144 kilómetros cuadrados, situado a sólo 3 km de la comunidad de San Isidro, donde más de 10.000 personas viven, a sólo 12 km de la ciudad de Sensuntepeque, donde casi 50.000 personas en directo, y sólo 65 km de la capital de San Salvador.¹⁰ El Departamento de Cabañas, en el que estarían ubicados la mina El Dorado y otras minas propuestas por Pac Rim, tiene una alta densidad de población de aproximadamente 194 personas por kilómetro cuadrado, más o menos lo mismo que Luxemburgo. La mayoría de estas personas son campesinos de subsistencia que viven en aldeas rurales, trabajan la tierra por menos de \$ 2 al día, y dependen de las aguas limpias superficiales y subterráneas para beber, bañarse y hacer crecer sus cultivos y animales.¹¹

Uno de los principales problemas socio-ambientales que enfrenta El Salvador en general, y el área del proyecto minero propuesto en concreto, es el acceso al agua potable para el consumo humano y la agricultura. Según el Programa Conjunto de Monitoreo del Abastecimiento de Agua y Saneamiento de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y UNICEF, a partir de 2008 sólo el 42% de la población rural de El Salvador tenían acceso a las instalaciones de agua corriente potable, y un 24% no tenía acceso a fuentes

⁸ Public Citizen, *Derecho de los inversores del TLC socavando Democracia y el Medio Ambiente: Caso de Minería de Pacific Rim* (25 de Mayo de 2010), p. 3 disponible en www.citizen.org/documents/Pacific_Rim_Backgrounder1.pdf.

⁹ La Agencia Española para la Cooperación y el Desarrollo financia este proceso, y el contrato para la evaluación ha sido otorgado a Tau Consultora Ambiental de España. Ver *Actualización en El Salvador*, Comunicado de prensa, Recursos Cóndor, PLC, 16 de Sept. de 2010, en <http://www.infomine.com/index/pr/Pa928579.PDF>.

¹⁰ Ver <http://www.pacrim-mining.com/s/Eldorado.asp>.

¹¹ Ver Reporte IUCN en 5.

de agua potable en modo alguno monitoreadas sobre calidad y seguridad.¹² Al mismo tiempo, el Banco Mundial estima que en un sorprendente 90% de los cuerpos de aguas superficiales de El Salvador están contaminados, con el 98% de las aguas residuales municipales y el 90% de las aguas residuales industriales vertidas en los ríos de El Salvador y arroyos sin tratamiento.¹³ El Banco Mundial, reporta además, que en los veinte años terminando en 2006, los manantiales en El Salvador se redujeron en un 30% debido a la deforestación, que ha causado la disminución de las capas freáticas en algunas zonas disminuyan en un metro por año.¹⁴

Las áreas en las que Pac Rim propone la mina se encuentran entre aquellas donde se han observado tales dramáticas disminuciones anuales en los mantos freáticos.¹⁵ Por otra parte, las áreas de explotación minera propuestas están dentro de la cuenca del Río Lempa, el río más grande e importante de El Salvador y la fuente de agua potable para aproximadamente la mitad de 6 millones de personas de El Salvador, incluyendo la población de San Salvador.¹⁶ El área afectada por el proyecto de la mina El Dorado incluye un acuífero que proporciona el suministro de agua crítico para las comunidades locales y que se encuentra ubicado en medio de, y vinculado a, los ríos Copinolapa y Tilahuapa, que desembocan en el río Lempa.¹⁷

Como se señaló anteriormente, los residentes de Cabañas ya han informado los impactos ambientales negativos de los aproximadamente 660 pozos exploratorios que Pacific Rim ha perforado en la región, que van desde la reducción del acceso al agua dulce, agua contaminada, los efectos para el ganado, y los efectos adversos para la salud.¹⁸ Las posibles consecuencias nocivas de orden ambiental de la explotación completa de El Dorado del proyecto serían mucho más dramáticas. Como afirma el Defensor del Pueblo de El Salvador para la Defensa de los Derechos Humanos, un órgano de vigilancia independiente creado en el marco de los Acuerdos de Paz que puso fin a la guerra civil¹⁹ de El Salvador, los riesgos ambientales y sociales de la mina propuesta son:

- el uso previsto de 2 toneladas de cianuro por día en la operación de la mina que, junto con otros factores como "los más altos niveles de acidez y metales pesados a partir de hidrocarburos [liberados]" podría conducir a la contaminación no sólo de los que rodean las aguas superficiales, sino también los acuíferos locales;

¹² Ver *Una imagen sobre agua potable y sanidad en los ODM región de Latino América & el Caribe – Actualización a 2010*, WHO / UNICEF Programa de Monitoreo Conjunto para provisión de agua y Sanidad (2010), link de cortesía en <http://bit.ly/et4slu>.

¹³ *El Salvador, Recientes Desarrollos Económicos en Infraestructura – Reporte Estratégico (REDI-SR)*, Reporte No. 37689-SV, ¶ 6.16, World Bank (Oct. 20, 2006).

¹⁴ *Id.* en ¶ 6.18

¹⁵ Reporte IUCN en 5.

¹⁶ *Evaluación del recurso hídrico en El Salvador*, Comando Sur de los Estados Unidos (Oct. 2008), en 4, link de cortesía en <http://bit.ly/hN0Qji> (es de notar que San Salvador pierde cerca de 1.5 metros cúbicos por Segundo de el Río Lempa); *Minería en El Salvador*, USESSC Fact Sheet (2010), link de cortesía en <http://bit.ly/dGXiOk>.

¹⁷ *Declaración concerniente a la situación acerca de las extracciones mineras del proyecto “El Dorado” y asesinatos en Cabañas*, Defensor del Pueblo de El Salvador por la Defensa de los Derechos Humanos (Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos o “Reporte PDDH”) (2009), en 27, adjunto como Apéndice I del Reporte IUCN.

¹⁸ IUCN Report at 19.

¹⁹ Ver Michael Dodson & Donald Jackson, *Responsabilidad horizontal en Democracias Transicionales: El Defensor de Derechos Humanos en El Salvador y Guatemala*, 46:4 *Latin Am. Pol. y Soc’y* 1, 1-27 (Invierno, 2004).

- impredecible reorganización del flujo de los acuíferos locales causados por la excavación de la mina con explosivos, que podría abrir las fisuras existentes;
- contaminación de los acuíferos locales de agua residual de la mina, que contiene los nitratos y metales pesados, así como el cianuro y el ácido de los materiales contaminados utilizados para rellenar las galerías de minas;
- contaminación del aire que podrían causar problemas respiratorios de las inmediaciones poblaciones locales y permitan la contaminación adicional de las aguas superficiales;
- contaminación de las aguas subterráneas causada por el drenaje de canchas de relaves, incluido el drenaje ácido de roca;
- el peligro de una falla catastrófica de las presas de estos estanques, y
- modificaciones del paisaje local severa causada por los depósitos necesarios de grandes cantidades de materiales sobre-carga y relacionados de la vegetación, y otros impactos.²⁰

Habida cuenta de estas graves amenazas a las comunidades locales en Cabañas, es una pesada carga para Pac Rim tratar de convencer a miembros de la comunidad que sus vidas y medios de vida no serían totalmente destruidos. La mera invocación de las palabras "minería verde" y la descripción de escenarios del "mejor de los casos" no serían suficientes. Sin embargo, como se muestra abajo, la única promesa que Pac Rim fue capaz de proporcionar, su Evaluación del Impacto Ambiental (EIA), no abordó las preocupaciones reales de las comunidades.

2. El EIA de Pac Rim falló en evaluar adecuadamente los impactos ambientales de la mina y ofrecer garantías a las comunidades locales

El profesor Robert E. Moran, Ph.D., un hidrogeólogo con sede en EE.UU. llevó a cabo una revisión técnica del EIA de Pac Rim para El Dorado y llegó a la conclusión, sin lugar a dudas, que "[e]sta evaluación del impacto ambiental no sería aceptable para las agencias reguladoras en la mayoría de los países desarrollados."²¹ Específicamente, el Dr. Moran destacó:

- su "falta casi total" de datos de referencia de la cantidad de agua, evitando una evaluación significativa del efecto del consumo previsto de la mina de 327.970.000 de litros de agua por año;²²
- su "falta casi total" de datos de referencia de calidad del agua, evitando que cualquier evaluación significativa no sólo de los cambios en la calidad del agua en el futuro, sino también los impactos ya han sufrido debido a la intensa perforación exploratoria Pac Rim;²³
- su "falta de consideración de los costos a la comunidad de" el uso del agua libre 'por la empresa minera "a través de la utilización de fuentes de agua subterránea;²⁴ y

²⁰ Reporte IUCN Report en 27-28 (Reporte PDDH).

²¹ Ex. B, Robert E. Moran, *Revisión Técnica de la Evaluación de Impacto Ambiental del proyecto de la mina El Dorado* (Octubre 2005), en 15 link de cortesía en <http://bit.ly/guZ0gC> ("Revisión EIA").

²² *Id.* en iii; ver también *id.* en 7 ("la EIA falla en resolver de una manera creíble y cuantitativa, la pregunta básica: Cuanta agua subterránea hay disponible en el sitio y cuales serán los efectos a largo tiempo en los recursos de agua subterránea?") (énfasis en original).

²³ *Id.* en iii; ver también *id.* en 7-9.

- "la falta de transparencia en el proceso de consulta pública" en relación con el EIA de 1400 páginas, que Moran reporta que sólo estaba disponible para revisión pública en un solo lugar en El Salvador por un período de 10 días y que no pudieron ser fotografiados o copiados.²⁵

La revisión del informe del Dr. Moran demuestra abundante apoyo, no sólo para las conclusiones destacadas anteriormente, sino también muchas otras e igualmente inquietantes preocupaciones ("verdades a medias," como el Dr. Moran las pone).²⁶ Por ejemplo, el proceso de "detoxificación" que Pac Rim pretendió utilizar se conoce por producir subproductos incluyendo cianato, tiocianato, sulfato, amonio, nitrato, y "cianuro libre," la toxicidad de los cuales no se entiende bien, especialmente en combinación.²⁷ Otro aspecto escalofriante de la EIA es que, si bien reconoce que la región tiene un historial de actividad sísmica, "no presenta un resumen específico de últimos eventos sísmicos," como sería permitir un análisis serio de riesgo y mitigación, incluyendo las relacionadas con las consecuencias de un evento sísmico que conduciría a la rotura de la presa.²⁸ El Dr. Morán también señaló que muchos de sus impactos ambientales "no son visibles hasta después del cierre de una mina."²⁹

Todo esto no quiere decir que las comunidades afectadas simplemente reaccionaron al informe del Dr. Moran sobre el EIA.³⁰ Reaccionaron a sus propias percepciones y experiencias directas, y la

²⁴ *Id.* en iii. Como Moran explica:

Frecuentemente, industrias in Latino América serán requeridas a pagar un precio artificial y nominal por el uso de aguas superficiales – precios mucho mas bajos que lo que es pagado por usuarios agricultores. Sin embargo, las compañías mineras frecuentemente simplemente evitaban incluso estos modestos costos del agua, construyendo represas cerca de ríos o lagos, con las que, entonces, podrán extraer aguas superficiales indirectamente, por cause de la cercanía de aguas de suelo están usualmente interconectadas con las aguas de superficie.

Id. en 10. La EIA no discute que efecto esto tendría en los niveles de agua de la mesa que están cayendo ya en el area. *Id.* en 10-11.

²⁵ *Id.* en iii, v. Aunque regulaciones gubernamentales naturalmente tiene una Buena parte de la culpa por estas limitaciones especificas, Pac Rim parece no haber hecho ningún esfuerzo en diseminar mas ampliamente la EIA, olvidando su proclamado compromiso con la "regla cardinal de Responsabilidad Social Corporativa... de mantener un dialogo abierto con las comunidades locales" Decl. Shrake ¶ 69.

²⁶ *Id.* en 12.

²⁷ *Id.* en 9.

²⁸ *Id.* en 11-13

²⁹ *Id.* en 3. Además de todo lo anterior, el Dr. Moran encontró que la EIA falló en (a) evaluar adecuadamente el potencial de las rocas y materiales de desecho de la mina para generar "drenaje ácido de roca" y otros tipos de suelo y contaminación de aguas superficiales, *id.* en 9.10, (b) representan los riesgos acumulativos causados por el desarrollo de la mina El Dorado, en combinación con otras minas previsto, *id.* en 13-14, (f) asegurarán la garantía financiera para hacer frente a inesperados impactos ambientales que se producen tras el cierre de la mina, *id.* a los 14, o (g) reconocer que las normas del Banco Mundial utilizados en la evaluación del impacto ambiental han sido y son en muchos aspectos mucho más débiles que los empleados en los Estados Unidos, Canadá y otros países, *id.* en 12-13.

³⁰ De hecho, las comunidades no necesitaban el análisis del Dr. Moran para confirmar su desconfianza inherente de un documento elaborado por consultores pagados para servir a los propósitos Pac Rim. El propio Dr. Morán reconoce que el hecho de que "las empresas mineras se les permite elegir, dirigir y pagar a los consultores que preparan los EIA. . . [Significa que] la mayoría de las EIA minería de metales se caracterizan por la presentación excesivamente optimista de los debates futuros impactos ," y por lo tanto que la sociedad civil tiene razón aprendido a no confiar en ellos plenamente. Identificación. a las 4. Tampoco es esta lección limita a los países en desarrollo, ya que muchos residentes del Golfo de México puede haber reconocido en retrospectiva, cuando se enteraron de que BP había dicho a los Estados Unidos en su solicitud de permiso que tenía la capacidad para mitigar eficazmente los efectos de un escape de hasta a 162.000 barriles / día de tres a diez veces el caudal máximo de la explosión que se produjo, y que BP pasó meses en su defecto para mitigar. Véase, por ejemplo, Alison Fitzgerald, "Ready BP para derrames de Desastres 10

experiencia de otras comunidades centroamericanas afectadas negativamente por los proyectos mineros. *Amici* considera que es fundamental que el Tribunal reconozca que estas percepciones y experiencias, y la decisión de las comunidades para defender y oponerse a Pac Rim, son independientes y tienen a mucho más peso que cualquiera de las partes contendientes en este caso le conceden. No son "inconvenientes" los hechos que la República debe "explicar," ni son una base para que Pac Rim pueda fijar la responsabilidad de la República. Las comunidades no necesitan ni van a pedir disculpas por ponerse de pie en defensa de sus propios derechos, vidas y medios de subsistencia.

C. El involucramiento de Pac Rim en la política salvadoreña y su estrategia para lidiar con la oposición local son profundamente problemáticos y ya han causado fisuras violentas en las comunidades locales

Como se describe en detalle en su propia información, Pac Rim reaccionó a la creciente ola de oposición a nivel local descrito anteriormente, iniciando una estrategia doble basada en "divide y vencerás," estrategia a nivel nacional y local.

A nivel nacional, Pac Rim, supuestamente sobre la base de la "experiencia" de su gerente con "regímenes regulatorios relativamente nuevos," se ha comprometido en un intenso esfuerzo de cabildeo para influir en los funcionarios nacionales, especialmente aquellos en el partido del ala de derecha del país ARENA, que luego estuvo en el poder.³¹ La intención de los grupos de presión fue, en efecto, para convencer a los funcionarios de ignorar la voluntad popular contra el proyecto de El Dorado, como se ha expresado verbalmente en manifestaciones públicas, que se describen en los medios de comunicación, y documentados en las encuestas de opinión de buena reputación. El cabildeo de Pac Rim trató también de convencer a los funcionarios de ignorar las serias deficiencias de la evaluación del impacto ambiental de El Dorado como se describió anteriormente, y dejar a un lado "detalles" inconvenientes, como el hecho de que Pac Rim hacía mucho tiempo que dejó prescribir su derecho a apelar la negación del MARN de la licencia ambiental. La decisión del entonces presidente Saca y otros en el gobierno dominado por ARENA de mantenerse firme frente a esa presión es, como se mencionó anteriormente, una señal de esperanza en el desarrollo de El Salvador.

A nivel local, las tácticas de Pac Rim se han entrelazado con una explosión de violencia que ha llevado a la condena internacional generalizada y es preocupante remembranza del pasado violento de El Salvador. En este sentido, la inversión extranjera que causa la violencia y la negación de los derechos humanos no es propicia para el desarrollo sostenible y no debe recibir la protección del derecho internacional.

Mientras que los residentes locales "sienten fuertemente" que las acciones de Pac Rim, han desempeñado un papel importante "en política de desestabilización de la región", Pac Rim sigue alardeando sobre los beneficios que podría aportar a la población local en el área de la mina propuesta.³² Una estrategia basada en divide y vencerás es evidente. En los foros públicos, la gente ha hablado

intento de [Pac Rim de] comprar su "licencia social para operar," a través del cual se han prestado hasta \$ 1 millones al año a diversas iniciativas locales destinadas a ganar el consentimiento local para el proyecto. Estas iniciativas incluyen proyectos de la

veces del Golfo, el Plan dice," Bloomberg Business Week, 31 de mayo de 2010, acoplamiento de la cortesía en <http://buswk.co/aJF5cH>.

³¹ Declaración de Thomas Shrake ¶ 75.

³² Reporte IUCN en 21.

comunidad, los partidos, y una ***importante financiación discrecional fue pagada a varios alcaldes de la región.***³³

Estos pagos discrecionales, como era de esperar, han creado bolsas de arraigado (y bien financiado) apoyo a la mina propuesta, especialmente en los gobiernos regionales locales dominados por ARENA.³⁴ Funcionarios de Pac Rim, trataron de ampliar aún más la brecha dentro de la comunidad "[diciendo] a sus empleados que los líderes locales ambientalistas, en particular los miembros del Comité Ambiental de Cabañas, son culpables de su falta de trabajo."³⁵

El resultado de la estrategia de Pac Rim de divide y vencerás ha sido la creación "de lo que los psicólogos sociales describen como 'comunidades corrosivas,'" en el que "una intensa polaridad sociopolítica [ha] surgido entre los partidarios y opositores de la minería [que ha llevado] a las tensiones sociales, el estrés emocional, la desintegración de la sociedad civil, la agitación política y la violencia."³⁶ El pasado violento de El Salvador y el resto de las divisiones políticas, incluyendo la polaridad entre la derecha ARENA y los partidos del FMLN, de izquierda, ha proporcionado un terreno inflamable para la violencia.

Las consecuencias para los miembros de la comunidad que han liderado la oposición a los planes de Pac Rim han sido particularmente violentos—y en algunos casos fatales. A partir de marzo de 2006 y continuando hasta el presente, varios de los opositores más acérrimos al proyecto de la mina El Dorado, han sido víctimas de asesinatos, secuestros, torturas, agresiones y amenazas que Defensor del Pueblo de El Salvador para los Derechos Humanos concluyó que "son muy probablemente relacionados entre sí, lo que nos permite inferir que también están vinculados al trabajo de la víctima en defensa del medio ambiente."³⁷ En octubre de 2010, la Mesa documentó y denunció la violencia contra los defensores ambientales frente a la minería en El Salvador en una audiencia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.³⁸

Esta inquietante tendencia dio un giro particularmente cruel para peor en 2009. La primera víctima fue Marcelo Rivera, Director de la Asociación de Amigos de San Isidro y miembro de La Mesa. Marcelo fue secuestrado de un autobús en la zona cercana a la propuesta mina El Dorado el 18 de junio de 2009 y cuyo cuerpo, que "mostraba signos de tortura que fueron consistentes con el ex Escuadrón de la Muerte tácticas de la guerra civil," fue encontrado posteriormente en la parte inferior de 30 metros de profundidad en seco también. Marcelo también fue un oponente público de la mina El Dorado.³⁹ El 22 de septiembre de 2010, tres individuos fueron sentenciados a 40 años cada uno por su participación directa en el asesinato de Marcelo.⁴⁰ El Defensor del Pueblo de El Salvador ha criticado la oficina del Procurador

³³ *Id.* (énfasis agregado).

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.* en 17.

³⁶ *Id.* en 19.

³⁷ Reporte IUCN en 34 (Reporte PDDH).

³⁸ Ver Centro para el Derecho Internacional Ambiental, *Defensoras y Defensores: Ambientales en Peligro La Situación en México y Centro América En el Ámbito de la Industria Minera*, (Octubre 2010).

³⁹ Reporte IUCN en 13.

⁴⁰ *El Salvador: Asesinos de Marcelo Rivera condenados por el tribunal*, Comunicaciones del equipo La Mesa, link de cortesía en <http://bit.ly/hohjL8> (www.miningwatch.ca).

General y la policía por su manejo de la investigación y en concreto por su "negativa a ver la delincuencia en el contexto de la lucha contra la minería."⁴¹

El siguiente asesinato de un adversario a la mina se produjo el 20 de diciembre de 2009, cuando Ramiro Rivera, vicepresidente del Comité Ambiental de Cabañas y un líder de la oposición local a Pac Rim, fue asesinado a balazos por al menos cuatro pistolero armados con M-16, fusiles militares de asalto mientras conducía por un empinado camino cerca del sitio propuesto para la mina Pac Rim Santa Rita. Con él en su camioneta iba José Santos Rodríguez, otro franco oponente de Pac Rim, Felicita Echevarría, de trece años de edad, Eugenia Guavara, y dos guardias de la policía armada que habían sido asignados a proteger a Ramiro. Felicita también murió en el ataque; Eugenia resultó gravemente herida. Ramiro había llevado las acciones de la población local para desalojar equipo de exploración utilizado por Pac Rim en el sitio de Santa Rita, y después de esas medidas se habían recibido amenazas de muerte.

Menos de una semana después, el 26 de diciembre de 2009, otra defensora del medio ambiente fue asesinada, Dora Alicia Recinos Sorto. Ella era miembro activa del Comité Ambiental de Cabañas. Alicia recibió un disparo con un rifle cuando regresaba de un manantial, donde había estado lavando ropa. Alicia tenía 8 meses de embarazo en el momento de su asesinato, su hijo no nacido murió con ella en el ataque. Su hijo de dos años de edad, quien estaba con su madre cuando fue abatida a tiros, recibió un disparo en la pierna. Una estación de policía se encuentra a unos 300 metros de la ubicación del asesinato de Alicia, pero los policías estacionados allí, aparentemente fueron incapaces de impedir el ataque o detener a sus autores.⁴²

En reacción a los asesinatos el Defensor del Pueblo de El Salvador emitió "una declaración pública ante los medios el 28 de diciembre de 2009, condenando los actos y urgiendo por las medidas de seguridad que deben adoptarse para proteger a los miembros del Comité Ambiental de Cabañas y sus familias. El Defensor del Pueblo declaró lo siguiente:

Dado el tiempo transcurrido entre el homicidio del señor Gustavo Marcelo Rivera Moreno y las quejas constantes de amenazas de muerte y ataques contra miembros de las organizaciones de defensa del medio ambiente en la zona, sin resultados concluyentes y satisfactoria de las investigaciones de los crímenes, sus motivos y los culpables, esto podría haber sido un factor principal que llevó a los actos posteriores de la violencia. Esta Oficina del Defensor del Pueblo puede inferir que la ineficacia de las investigaciones sobre los primeros casos dio lugar a un clima generalizado de impunidad, permitiendo a los actos posteriores de la violencia que de otra manera podrían haberse evitado. Además de eso, ninguna de las investigaciones penales en estos casos se ha hecho ninguna mención pública de los posibles autores intelectuales. Esta Oficina del Defensor del Pueblo señala que hay elementos suficientes en los homicidios, en la forma en que se han llevado a cabo y los niveles de la planificación involucrados, para llevar a creer que los homicidios y otros eventos pueden estar relacionados y tienen un origen común.⁴³

Entre los "otros eventos" a los que el Defensor del Pueblo se refiere en esta declaración están los ataques al Padre Luis Quintanilla, un sacerdote católico en Cabañas, opositor de los planes de Pac Rim en el área, quien presenta un programa en Radio Victoria, una importante emisora local, y quien ha sido objeto de amenazas de muerte desde 2006. En el verano de 2009, después de ser seguido y fotografiado mientras conducía en mayo de 2009 y habiendo evadido un pistolero enmascarado mientras conducía el 13 de julio

⁴¹ Reporte PDDH en 34.

⁴² *Id.* en 14.

⁴³ *Id.* en 37 (énfasis agregado).

de 2009, el padre Quintanilla fue detenido en un puesto de control el 27 de julio 2010 por el pistolero enmascarado, a quien le oyó decir a otro: "¿Hay que matarlo ahora? No, se supone que debemos tenerlo con vida." El Padre Quintanilla sólo fue capaz de evadir la captura saltando de su auto y por un barranco.⁴⁴

Radio Victoria ha sido también víctima de intimidación y vandalismo dirigidos a desactivar su capacidad de difusión.⁴⁵ Neftally Ruiz, reportero de Radio Victoria, fue amenazado en diciembre de 2007 y enero de 2008, después de que Radio Victoria rechazó una oferta de asistencia financiera por Pac Rim. A Neftally le decían en estas amenazas "que se debe mantener fuera del camino de Pac Rim."⁴⁶ Estas amenazas comúnmente se referían a los previos asesinatos como ejemplos de lo que se llevaría a cabo si las demandas no se cumplían, afirmando cosas como las siguientes, recibida por un periodista de Radio Victoria el 21 de enero de 2010: "Prepárense maldita gente de Radio Victoria, porque ya tenemos los tres primeros."⁴⁷ La amenaza violenta en contra de Radio Victoria continua hasta ahora. El 11 de enero de 2011, una amenaza de muerte se deslizó debajo de la puerta de Radio Victoria de un grupo que se identificó como el "grupo de exterminio."⁴⁸

Como el Defensor del Pueblo de El Salvador ha concluido, hay muchos indicios de que estos eventos están vinculados no sólo entre sí sino también a los conflictos en la comunidad local generados por la minería planificada de Pac Rim y la fuerte oposición democrática a esos planes por miembros de La Mesa.

III. ARGUMENTO

- A. *La disputa que Pac Rim Cayman ha llevado ante este Tribunal no es una "diferencia de naturaleza jurídica" en virtud del Artículo 25 de la Convención del CIADI ni una "medida" en virtud del Artículo 10.1 del TLC*

Según el artículo 25, la jurisdicción de un tribunal del CIADI se extiende únicamente a una "disputa de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión." El artículo 10.1 del TLC establece que el capítulo de diferencias relativas a inversiones sólo "se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte." Como se indica más adelante, cada una de estas limitaciones de manera independiente excluye de la jurisdicción de este Tribunal con respecto a la demanda Pac Rim.

1. Esta disputa no es una "diferencia de naturaleza jurídica" en virtud del artículo 25, solo un desacuerdo de Pac Rim Cayman en relación con los cambios generales (y aplicables universalmente) en la política pública salvadoreña.

El Tribunal tiene la autoridad para apreciar la demanda por lo que es, sin importar cómo la ha caracterizado el demandante. La así llamada "diferencia" es en realidad meramente una expresión de insatisfacción de Pac Rim con el hecho de que la política pública de El Salvador ha empezado, apropiadamente, a reconocer los nocivos efectos ambientales y sociales y los derechos humanos impone a los alrededores, a las comunidades locales, así como el vacío de la promesa de la minería como camino hacia el desarrollo económico sostenible en El Salvador.

⁴⁴ Reporte IUCN en 15.

⁴⁵ See *id.* at 42-49; *Urgent Action: Denounce recent wave of death threats and crimes against El Salvadoran anti-mining movement*, SHARE et al., Jan. 31, 2011, courtesy link at <http://bit.ly/eZx6l6> (www.miningwatch.ca).

⁴⁶ Reporte IUCN en 43.

⁴⁷ *Id.* en 49.

⁴⁸ *Id.*

Este cambio en las políticas públicas por el gobierno de El Salvador responde a la incidencia y demandas de las organizaciones miembros de La Mesa. La Mesa ha vinculado activamente a movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales y comunidades locales en un diálogo político con respecto a la extracción de metales, el desarrollo sostenible y la protección de los derechos humanos y el medio ambiente en El Salvador. La respuesta del gobierno a las demandas de La Mesa constituye un ejercicio que fomenta la democracia política, donde las autoridades son responsables ante los gobernados y deben reflejar las preferencias de la sociedad expresadas a través de los canales democráticos del diálogo social.

Este carácter “político” del debate social, sobre todo en temas de importancia tales el uso de los recursos naturales, no es ni malo, sucio, ni en violación del derecho internacional, como el inversor busca presentarlo. El inversionista en la reciente decisión en el caso *AES Summit* intentó una táctica similar, tratando de caracterizar la acción por parte de Hungría de bajar los precios de la electricidad para sus ciudadanos como una respuesta “política” intrínsecamente ilegítima a la indignación de la opinión pública sobre la percepción de que los generadores de energía estaban disfrutando de “beneficios de lujo.”⁴⁹ El tribunal del caso no ha negado la naturaleza “política” de los actos de Hungría—de hecho, señaló que el inversor se había convertido en “una especie de pararrayos político,” y que la política de que el inversor se quejaba eran impulsadas, en parte, por “las próximas elecciones”—pero encontró que la etiqueta “política” era de poca importancia.⁵⁰ En efecto, el tribunal señaló que si bien la realidad de la política democrática “puede no ser vista como algo deseable en algunos sectores”⁵¹ sin embargo “es normal y común que un asunto de política pública se convierta en una cuestión política, que es el escenario donde estas cuestiones se discuten y se hacen públicas.”⁵² Esta interpretación es correcta: el término “político” debe ser bien entendido en la tradición aristotélica como el arte de la gobernanza de la polis, subrayando procesos democráticos de toma de decisiones, en contraste con los regímenes dictatoriales, autocráticos o corruptos. Cuando Pac Rim ataca la naturaleza “política” de las políticas con las que está en, desacuerdo, revela que sus quejas no son una disputa legal sobre una medida en particular, sino más bien con los cambios más amplios en la dinámica política en El Salvador.

La política pública es política; también con lleva consecuencias, y la realidad es que los intereses comerciales de la minería, los salvadoreños y no salvadoreños por igual, pueden sentir algunas de estas consecuencias. Tales cambios históricos generales forman parte de la vida y la historia de una nación y su pueblo; también son parte del riesgo subyacente fundamental que toda empresa asume cuando decide entrar en el comercio. El TLC no fue diseñado como un seguro de responsabilidad estricta garantizando a los inversores extranjeros una protección del 100% contra todo riesgo,⁵³ ni fue diseñado para interponerse en el camino de la historia, o el desarrollo de las políticas públicas.⁵⁴ Es el intento por parte de los inversionistas

⁴⁹ *AES Summit Generation Ltd. et al. v. Republic of Hungary*, ICSID Caso No. ARB/07/22, Sept. 23, 2010, en ¶ 9.1.5.

⁵⁰ *Id.* en ¶ 10.3.22., ¶ 10.3.31-34 (“Habiendo concluido que Hungría estuvo motivada principalmente por las políticas rodeando los llamados beneficios de lujo, el Tribunal sin embargo es de la opinión que [el propósito del gobierno] era un objetivo político perfectamente valido y racional”).

⁵¹ *Id.* en ¶ 10.3.34.

⁵² *Id.* en ¶ 10.3.24.

⁵³ Véase, por ejemplo, *Gauff Biwater (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, causa del CIADI N. ARB/05/22, laudo, 24 de julio 2008, en ¶ 376 (“el inversor está obligado a evaluar el grado de riesgo de la inversión antes de entrar en la inversión, tener expectativas realistas en cuanto a su rentabilidad y ser advertido de la tanto las perspectivas y riesgos de una inversión realizada en un alto riesgo - Ubicación del alto rendimiento”) (citando a Peter Muchlinski, *Advertencia Inversores La relevancia de la Gestión de los inversores en el marco del Trato justo y equitativo estándar*, 55 ICLQ 527, 530 (2006)).

⁵⁴ Se puede hacer referencia a la “estabilización” o cláusulas de “congelación” en los contratos de inversión, que han sido objeto de críticas cada vez más en los últimos años. Véase, por ejemplo, Andrea Shemberg, *cláusulas de estabilización y los Derechos Humanos*, Proyecto Común de Investigación de la Corporación Financiera Internacional y las Naciones Unidas Representante Especial del Secretario General sobre Empresas y Derechos Humanos, a las 10,

extranjeros de transformar los tratados de inversión en tales fantasías lo que tiene cada vez más sumido el arbitraje del CIADI en una controversia durante la última década.⁵⁵

En un esfuerzo por evitar tales resultados, en virtud del artículo 25, la jurisdicción de un Tribunal del CIADI sólo se extiende a "diferencias de naturaleza jurídica," y bajo el CAFTA 10.1 sólo se aplica a las controversias relativas a las "medidas."⁵⁶ Estas limitaciones juegan un rol jurisdiccional crítico en el reconocimiento de que toda la zona poblada por los desacuerdos sobre la política pública se encuentra fuera de los límites de la función judicial y no es una fuente de "diferencias de naturaleza jurídica."

Ha sido ampliamente reconocido que este límite es inherente a la propia naturaleza del foro del CIADI como un recurso judicial. Como el profesor Abi-Saab ha reconocido, la función judicial se ha incorporado cierto límite que "puede ser difícil de catalogar. . . [pero] es no obstante imperativo como una prohibición para la adjudicación en un caso concreto."⁵⁷ "[I]ncompatibilidad de la demanda con su función judicial "debe ser reconocida desde el principio, como una "delimit[ación de] las fronteras de la función judicial" (y vigilada) como un asunto jurisdiccional por el Tribunal, en virtud de su "facultad discrecional residual."⁵⁸

El mismo principio también se puede describir en términos de justiciabilidad y no justiciabilidad. Como los profesores Collier y Lowe han escrito:

La justiciabilidad es un aspecto del enfoque de un desacuerdo o conflicto de intereses en un litigio concreto, capaz de la resolución de un proceso judicial sobre la base de la ley. Las controversias que no tienen esas características no deben ser sometidas a procedimientos judiciales, y si se

¶ 36 (marzo 2008), acoplamiento de la cortesía en <http://bit.ly/gNIGIG> (www.ifc.org) (teniendo en cuenta las preocupaciones vocales que las cláusulas de estabilización son "mal en principio, porque [ellos] den [y] el estado de su papel que le corresponde como legislador... [y] crear [] un desincentivo financiero para el Estado de acogida, por lo tanto de refrigeración o de obstaculizar la aplicación de la dinámica de las normas sociales y medioambientales"); Identificación. (Teniendo en cuenta que tales preocupaciones son "exacerbado en los países en desarrollo, donde es necesario el rápido desarrollo legislativo y ejecución, en lugar de los obstáculos a la aplicación de nuevas leyes.").

⁵⁵ Ver, por ejemplo Choudhury Barnali, *Recapturando Poder Público: es el compromiso de Arbitraje de Inversiones del interés público que contribuyan al déficit democrático?*, 41 Vand. J. Trans'l L. 775, 779-82 (2008) (que describe la evolución de la ley de inversión de "escudo "de" espada); Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (2007).

⁵⁶ El artículo 10.14 del TLC también limita el alcance de la jurisdicción del tribunal para conocer "las controversias sobre inversiones."

⁵⁷ Georges Abi-Saab, *Les Exceptions Préliminaires dans la Procédure de la Cour Internationale* 147 (1967).

⁵⁸ *Id.* en 97. Véase también *id.* en 146 a 147 ("De la misma manera como se distingue... entre la jurisdicción especial y general, es posible distinguir, en el contexto de la admisibilidad de materiales, entre las condiciones específicas de admisibilidad que representan las condiciones para la existencia o el ejercicio del derecho de acción y las condiciones de admisibilidad general que delimitan las fronteras de la función judicial "); Sir Gerald Fitzmaurice, *La Ley y el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia 1951-1954: Asuntos de Jurisdicción, Competencia y Procedimiento*, 34 British Y.B. Int'l L. 1, 21-22 (1958) ("El hecho de que un tribunal internacional tiene jurisdicción en un caso determinado, no significa que necesariamente estará obligada a ello o lo ejercitara. La cuestión de la conveniencia de el hacerlo en determinadas circunstancias puede entrar, y el tribunal podrá, en algunos casos sentir que debería declinar el ejercicio de su jurisdicción"); *Micula et al. v. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/05/20, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 24 de septiembre de 2008, párr. 63-64 ("Las objeciones se pueden enmarcar como una cuestiones de jurisdicción o de la admisibilidad, en función del contexto en el que se plantean.... Si un tribunal considera que una reclamación es admisible, debe desestimar la demanda sin entrar en sus méritos, incluso a través de su propia competencia.").

presentan así, una excepción preliminar por una de las partes debe dar lugar a la desestimación del caso por el tribunal.⁵⁹

Como muchos tribunales del CIADI han concordado, los límites del artículo 25 significan que un tribunal del CIADI "no tiene jurisdicción sobre las medidas de política económica general. . . y no se puede juzgar si son correctas o incorrectas."⁶⁰ En cambio, los tribunales deben limitar su examen a las "medidas específicas que afectan a la inversión de la Demandante, o medidas de política económica general que tienen una relación directa con dicha inversión que se han adoptado en violación de los compromisos legalmente vinculantes adquiridos con el inversionista en los tratados, la legislación o los contratos."⁶¹

Si bien esta formulación podría implicar un proceso difícil de trazado de líneas entre las "medidas de política económica general" y "medidas concretas que afectan a la inversión de la Demandante,"⁶² en este arbitraje su aplicación es relativamente sencilla para el Tribunal. La propia descripción de Pac Rim permite apreciar que su reclamación es excepcionalmente amplia y no está vinculada a ninguna acción o medida decretada por El Salvador. Lo mejor que Pac Rim puede hacer es describir las llamadas "prohibiciones de facto de las operaciones mineras" de El Salvador como una medida. Pero la descripción no es convincente; la así-llamada "prohibición de facto" es claramente un cambio general (y legítimo) de política, quizás uno de los que "puede no ser visto como algo deseable en algunos sectores,"⁶³ pero que es, sin embargo, legítimo y racional y no puede servir como la única base para una "diferencia de naturaleza jurídica" bajo el artículo 25 de Convenio CIADI.

2. La única "diferencia de naturaleza jurídica" que Pac Rim pudo haber tenido contra el gobierno prescribió cuando falló en apelar la negación del MARN de su Estudio de Impacto Ambiental en el 2004 – el rompimiento de subsecuentes negociaciones no trasciende a "diferencias de naturaleza jurídica."

Pac Rim pudo haber tenido un diferendo legal con El Salvador, sólo en la medida de la negación del MARN del permiso de medio ambiente solicitado, al no haber sido concedido dentro de los 60 días legalmente previstos (que terminaron en diciembre de 2004).⁶⁴ Pac Rim, sin embargo, deliberadamente no recurrió en contra de dicha negación correctamente a través de los procedimientos "previstos explícitamente en la Ley Ambiental para el permiso ambiental,"⁶⁵ eligiendo, en cambio, perseguir una

⁵⁹ John Collier y Lowe Vaughan, *La solución de controversias en Derecho Internacional* 16 (1999), véase también *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicar. v. EE.UU.), 1986 CIJ 14, 220-36 (27 de junio) (Oda, J., disidente), id. en 285 (Schwebel, J., disidente).

⁶⁰ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción ¶ 33, Caso CIADI No. ARB/01/8 (17 de julio de 2003).

⁶¹ *Id.* (Cursivas en el original); véase también id. ¶ 27 ("Lo que se trae bajo la jurisdicción del Centro no [son] las medidas generales en sí mismas, sino en la medida en que puedan violar [] compromisos específicos") (énfasis añadido); *Enron Corporation y Ponderosa Activos LP v. Republica de Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción (Reclamaciones auxiliares) ¶ 12, Caso CIADI No. ARB/01/3 (2 de agosto, 2004), *Camuzzi International SA c. República de Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 59, Caso CIADI N ° ARB/03 / 2 (11 de mayo de 2005).

⁶² It is worth noting that the Tribunal clearly has the power, at this stage, to conduct such inquiry and analysis as may be necessary to make this distinction. See, e.g., *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award of Aug. 2, 2006, at ¶ 155 ("When deciding on its own competence [a Tribunal]... has the power to analyze all of those issues that may have legal relevance to [the scope of its competence], regardless of whether these are issues that may be qualified as substantive or of 'merits' or procedural issues.").

⁶³ *AES Summit* at ¶ 10.3.34.

⁶⁴ Memorial en ¶¶ 26-29.

⁶⁵ Memorial en ¶ 27.

soluciona extralegal y no oficial del tema a través de conversaciones con varios funcionarios de “alto nivel” del gobierno salvadoreño.⁶⁶

El Sr. Shrake de Pac Rim claramente creyó, con base en su experiencia “trabajando en países con regímenes regulatorios relativamente nuevos,” que Pac Rim tenía una mayor probabilidad de éxito en el uso de canales informales de alto nivel, en comparación con los mecanismos formales legales de El Salvador. Pac Rim describe cómo el Sr. Shrake y otros ejecutivos operan regularmente entre bastidores con individuos de alto nivel en el gobierno salvadoreño para obtener los resultados legales deseados de la empresa. Sus métodos no eran sutiles: por ejemplo, Pac Rim describe cómo, en lugar de simplemente seguir las leyes mineras y la compra de la propiedad o autorización de uso de la tierra sobre la superficie de la mina propuesta, presionó con fuerza a los más altos funcionarios del Ministerio de Minas de El Salvador (MINEC) para convencer a MINEC de cambiar su interpretación de la ley, y cuando esa estrategia fracasó, trató de cambiar la legislación salvadoreña para satisfacer sus propias necesidades.⁶⁷ En él se describe cómo los funcionarios del gobierno públicamente “cesaron toda comunicación oficial,” pero no obstante se reunieron en privado con Pac Rim y supuestamente se dieron “garantías” “personales” y similares.⁶⁸

Pac Rim ahora se queja de que estas discusiones no oficiales no dieron sus frutos. Sin embargo, tales procesos informales, extralegales (y cualquier promesas extralegales informales supuestamente realizadas) no dan lugar a una “controversia jurídica” según lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio del CIADI y no llegan a ser una “medida” de una de las Partes bajo el artículo 10.1 del TLC.

La debilidad del caso jurisdiccional de Pac Rim, ilustrado por su propia descripción de cuán preocupado estaba cuando en julio de 2006 cuando se enteró que un oficial de “alto nivel” (el Ministro de Medio Ambiente, Hugo Barrera) había expresado su opinión general de que la minería de metales era “inconveniente” para El Salvador.⁶⁹ Pac Rim agrega que “de inmediato voló” a San Salvador para hablar con el señor Barrera, quien “restó importancia a las observaciones y dijo que no representaban la política oficial.”⁷⁰ Por supuesto, tampoco lo fueron las supuestas garantías no-oficiales que Pac Rim alega que recibió y que ahora pide al Tribunal que les otorgue fuerza de ley.

También hay importantes razones de política pública que deben llevar al Tribunal a no permitir este tipo de reclamación. Incluso si nada más desfavorable ocurrió que lo que Pac Rim describe en su Memorial de Contestación, lo que ocurrió establece un escenario propicio para la corrupción y todo lo contrario a un gobierno transparente. El derecho internacional relativo a la inversión extranjera y sus instituciones deben fomentar el desarrollo de robustos y transparentes regímenes regulatorios, especialmente en países en vías de desarrollo. Esto es particularmente importante en El Salvador donde el desarrollo de nuevos regímenes regulatorios es parte de un cambio más amplio hacia un gobierno democrático y representativo. Si bien el marco normativo en El Salvador puede ser más débil que en otros Estados, El Salvador es un país soberano que ha adoptado un sistema de gobierno basado en las leyes. El incumplimiento de la ley, o de la utilización de los recursos previstos en ella, lleva a consecuencias directas que no pueden ser eludidas o evitadas a través del intento de Pac Rim de aprovechar la jurisdicción arbitral bajo el TLC y el CIADI.

El intento de Pac Rim de mostrarse a sí misma como sorprendida por una política odiosa proveniente del más alto rango político no es convincente. Como se describió anteriormente, la oposición

⁶⁶ Memorial de Contestación en ¶¶ 120-21, 123; Decl. de Shrake. en ¶¶ 78, 85-96, 101-103, 118-121.

⁶⁷ Decl. de Shrake en ¶¶ 84-86.

⁶⁸ Memorial de Contestación en ¶¶ 117-18.

⁶⁹ *Id.* en ¶ 122.

⁷⁰ *Id.*

al proyecto minero creció orgánicamente a partir de las experiencias directas de las comunidades locales y se trascendió, durante el transcurso de los años, a un nivel de importancia crítica en la política nacional ya que implicó un debate fundamental sobre protección ambiental, derechos humanos y desarrollo sostenible en El Salvador. Pac Rim conscientemente asumió el riesgo de continuar su labor, pensando que su influencia política, en gran parte ejercida a través de acuerdos secretos y torceduras de brazo, podría eludir la práctica de la buena gobernanza y la rendición de cuentas del gobierno a la ley y al pueblo.⁷¹ Aunque no es ilegal, este no es el tipo de conducta de los inversores que el régimen de arbitraje inversionista-Estado debe alentar.⁷²

Los miembros de La Mesa han participado activamente en los debates legislativos en El Salvador, abogando por una ley general que prohíba la minería de metales en el país, y ha rechazado la intervención de los inversionistas extranjeros en los asuntos internos del medio ambiente y sociales de El Salvador. El hecho de que Pac Rim prefirió participar en un debate político (sustancialmente conducido en los corredores traseros del poder) en lugar de buscar los medios legales para resolver su disputa con el MARN también subraya que no existe un diferendo legal en este arbitraje. También subraya que la verdadera controversia política es entre el inversionista y La Mesa, y que ha sido llevada a un foro en el que La Mesa no puede participar en igualdad de condiciones, como se detalla a continuación.

B. La reclamación de Pac Rim equivale a un abuso del proceso

Otro tribunal arbitral señaló recientemente en una importante decisión: "incluso una demanda bien fundada, será rechazada por el tribunal si se encuentra que es abusiva."⁷³ Este principio, como una expresión del principio más amplio de buena fe, ha sido largamente reconocido como un elemento fundamental y estabilizante del derecho internacional y de la adjudicación de derechos legales internacionales.⁷⁴

Más concretamente, tal como fue formulada por un publicista reconocido, la doctrina de "abuso del derecho" o "abuso del proceso" se utiliza para impedir que las partes usen derechos conferidos o procedimientos disponibles de la ley: (1) "para fines que son ajenos a aquellos para los que los derechos procesales fueron establecidos;" (2) "con fines fraudulentos, dilatantes o frívolos;" (3) "con el propósito de causar un daño u obtener una ventaja ilegítima;" (4) "con el fin de reducir o eliminar la eficacia de algún

⁷¹ Curiosamente, todas las supuestas comunicaciones no oficiales en que Pac Rim se basa (a excepción de las "preocupantes" comunicaciones con el Ministro Barrera) son atribuidas a funcionarios del gobierno fuera del MARN. Véase Memorial de Contestación en ¶¶ 117-130. El derecho administrativo salvadoreño, al igual que cualquier derecho administrativo, entiende que los diferentes organismos gubernamentales no sólo tienen competencias diferentes sino que tienen diferentes perspectivas, principios rectores etc. y asigna autoridad para tomar decisiones entre los organismos de acuerdo a ello. La ley exige explícitamente la aprobación del MARN para Pac Rim en aras de tratar de construir una disputa sobre las acciones del MARN hacer referencia a las "garantías" de ofrecidas por otros organismos es simplemente falso.

⁷² *Cf. Plama Consorcio Ltd. v. Bulgaria*, Premio ¶ 139, Caso CIADI N° ARB/03/24 (27 de agosto 2008) ("el objetivo fundamental [de la ley de inversiones es fortalecer el imperio de la ley]").

⁷³ *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Corp. v. la República del Ecuador*, Premio Provisional ¶ 139 (1 de diciembre de 2008). Véase también *Phoenix v. República Checa*, Premio en ¶ 106, Caso CIADI No. ARB/06/5 (15 de abril de 2009) ("Phoenix Award") ("La protección del arbitraje de inversión internacional no se puede conceder si la protección de estas características sería contrario a los principios generales del derecho internacional.").

⁷⁴ *Ver Premio Phoenix* en ¶ 107 ("Nadie podrá abusar de los derechos concedidos por los tratados y, en general, todas las reglas de la ley incluyen una cláusula implícita de que no se debe abusar"); Bin Cheng, Principios Generales de Derecho en su aplicación por los tribunales internacionales y Tribunales 131-34 (1958) ("El principio de buena fe, por tanto, requiere todo el derecho a ejercer con honestidad y lealtad."); HC Gutteridge, abuso de los derechos, 5 Camb. LJ 22, 24 (1935) ("un acto deja de ser el ejercicio de un derecho tan pronto como se adquiere un carácter abusivo").

otro proceso disponible;" o (5) "por propósitos puramente programáticos."⁷⁵ Como se señala más adelante, la demanda de Pac Rim es abusiva en aspectos múltiples, que implican la mayoría de los factores anteriores.

1. La reorganización de último minuto de Pac Rim para aprovechar los beneficios del TLC habiéndose previamente constituido para disfrutar los beneficios de nula tributación de las Islas Caimán es abusiva por naturaleza

Amici está de acuerdo con el análisis de la República sobre el intento mal disimulado de Pac Rim de transformarse en un inversor cubierto por el TLC, en el último minuto antes de presentar su reclamación, y la forma en que eso equivale a un abuso del proceso en virtud de los principios generales del derecho internacional.

Amici sólo añade algunos puntos. Pac Rim admite en varios lugares que se incorporó en las Islas Caimán para obtener sin especificar "ahorro fiscal" y "beneficios fiscales."⁷⁶ *Amici* simplemente desea asegurarse de que, en su valoración global de las falencias jurisdiccionales de la demanda de Pac Rim, la opinión del Tribunal no puede nublada por eufemismos como: Pac Rim se constituyó en las Islas Caimán con el fin de evitar el pago de impuestos a EE.UU. y El Salvador. Las Islas Caimán, por supuesto, tiene un impuesto de sociedades de cero y una tasa del impuesto sobre plusvalías de cero,⁷⁷ y ha sido denunciada por el presidente Obama como albergue de "la estafa de impuestos más grande en el mundo."⁷⁸ Aunque las empresas Pac Rim no percibieron ingresos en El Salvador, claramente se establecieron para escapar de la tributación en el caso de que tuviesen que tributar.

Pac Rim cita otro laudo arbitral señalando que estos acuerdos "no son infrecuentes en la práctica,"⁷⁹ pero eso no quiere decir que este Tribunal no pueda considerar el carácter evasivo de impuestos de la personalidad jurídica de Pac Rim para apreciar el carácter abusivo de su traslado repentino a los Estados Unidos en diciembre de 2007, mucho después de que el MARN había rechazado su EIA.⁸⁰ Curiosamente, Pac Rim defendió en el 2007 que su traslado a Nevada fue motivado por "el deseo de tener en cuenta cambios en la reglamentación en los lugares donde nuestras empresas se encuentran."⁸¹ Esto puede referirse al hecho de que las Islas Caimán estaban en ese momento sometidas a una presión por

⁷⁵ Robert Kolb, Principios Generales de Derecho Procesal, en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: Un Comentario 831 ¶ 65. (Andreas Zimmermann y otros editores, 2006)

⁷⁶ Memorial de Contestación en ¶ 51, 84.

⁷⁷ Ver Guía Tributaria de las Islas Caimán 2010, PKF Guías Tributarias del Mundo 2010, *link de cortesía en* <http://bit.ly/e2Xxcb> (www.pkf.com).

⁷⁸ Ver Landon Thomas, "Paraiso Fiscal Considera una Herejía: Tributación", The New York Times, 3 de octubre de 2009, *link de cortesía en* <http://nyti.ms/dGTuUJ> (www.nytimes.com). En contraste a porcentaje de cero en las tasas de imposición de las ganancias corporativas y el capital de las Islas Caimán, El Salvador, aplica un impuesto de sociedades del 25% y los Estados Unidos aplica una tarifa corporativa hasta el 39,3%; El Salvador, aplica una tasa del impuesto sobre plusvalías del 10%, Estados Unidos aplica una tasa de hasta un 15%. Ver El Salvador Guía de Impuestos 2010, supra en el 1; Tema 409-Ganancias y Pérdidas, EE.UU. Servicio de Impuestos Internos, en <http://www.irs.gov/taxtopics/tc409.html>.

⁷⁹ Memorial de Contestación en ¶ 302.

⁸⁰ NOA en ¶ 64; Memorial de Contestación at ¶ 117.

⁸¹ Decl. de Shrake en ¶ 10.

países de la OCDE por su carácter de paraíso fiscal y estaba prometiendo poner en práctica reformas fiscales y de reglamentación.⁸²

Pac Rim organizó su personalidad comercial para disfrutar de los beneficios de impuestos leves (y mayor libertad regulatoria), a costa de *no* disfrutar de las protecciones que el TLC concede a los inversores de Estados Partes—y efectivamente pagados por los ciudadanos del Estado Parte a través de los impuestos que Pac Rim ha buscado evitar con su incorporación en las Islas Caimán. El intento de Pac Rim de "viajar gratis" sobre los beneficios del TLC a través de este procedimiento representa un claro intento de obtener una ventaja ilegítima, y por lo tanto constituye un abuso del proceso.

2. El intento de Pac Rim de traer una disputa centrada entre él y las comunidades afectadas a un foro donde las comunidades afectadas no tienen derechos es abusivo por naturaleza

El Tribunal debe apreciar la demanda Pac Rim por lo que realmente es. Aunque Pac Rim nombra la República como la demandada, como lo debe hacer a fin de invocar este bajo el TLC y el Convenio del CIADI, sus propios escritos muestran que el lugar real de la controversia que Pac Rim lleva ante este Tribunal no se encuentra entre Pac Rim y la República, sino más bien entre Pac Rim y las comunidades organizadas de forma independiente que se verían afectadas por su proyecto minero, incluyendo los *amici*.

A lo largo de su Memorial de Contestación, Pac Rim hace hincapié en cómo los funcionarios del gobierno salvadoreño apoyaron la mina propuesta. Por otra parte, no basa su reclamación en alguna acción específica reguladora o "medida" (ni siquiera sobre la denegación administrativa del MARN de su evaluación del impacto ambiental en diciembre de 2004), sino más bien sobre los comentarios a los medios de comunicación hechos por el ex-Presidente Saca en 2008, lo que ofrece como prueba de una llamada "prohibición de la minería de hecho."⁸³ El gobierno de El Salvador no es la fuente del problema de Pac Rim; los comentarios a los medios de comunicación en lo que Pac Rim basa su reclamación fueron meros intentos del entonces presidente Saca de reflejar la oposición popular verdaderamente arraigada en otros lugares, a saber, en la oposición de base reflejada en la organización y expresión pública de las comunidades que se verían afectadas por las minas propuestas por Pac Rim.

El hecho importante es que la verdadera oposición "política" de que Pac Rim se queja se centra entre Pac Rim y las comunidades. Pac Rim está tratando de llevar esta disputa a este foro, una característica notable del cual es que las comunidades, el oponente verdadero de Pac Rim sobre el tema, no tienen derecho a comparecer para defender su posición, sino que aparecen en virtud del presente *amicus curiae*.

Amici sostiene que la finalidad de las disposiciones de solución de controversias en el TLC y el Convenio del CIADI es, de manera más amplia, proporcionar un foro para los conflictos genuinamente derivados de acciones de gobiernos que, abusan de su poder soberano único. Los casos de expropiación, de negación de justicia, o mala fe definen el carácter de las controversias para las que el régimen de arbitraje de inversión fue diseñado. Lo que ha ocurrido aquí es diferente en un orden de magnitud: este diferendo es, sin duda, entre Pac Rim y las comunidades, tanto es así que Pac Rim no puede apuntar a alguna acción gubernamental concreta o medida, sino que debe basarse en un comentario aislado a los medios de comunicación hechos por un ex Presidente en el fragor de una campaña en respuesta a la presión popular. Es un principio fundamental del derecho internacional que, cuando los derechos de un tercero "no sólo se verían afectados por una decisión, sino que forman el objeto mismo de la decisión," el ejercicio de la

⁸² Ver, Natasha Lance Rogoff, "Refugio o el Caos?," PBS Frontline, *link de cortesía en* <http://to.pbs.org/982JUQ> (www.pbs.org).

⁸³ Ver Memorial de Contestación en ¶ 23 ("Fue sólo hasta el 2008, después de que el entonces presidente Saca parecía anunciar una prohibición de facto de la minería metálica que una disputa comenzó a cristalizarse").

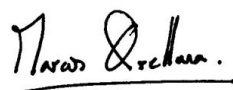
jurisdicción de otro modo concedida es inapropiado.⁸⁴ Lo que los hechos presentados por Pac Rim revelan es un gobierno que *no* es abusivo de sus poderes soberanos, sino más bien un gobierno que hace todo lo posible para permanecer neutral y mediar en el conflicto subyacente entre Pac Rim y las comunidades afectadas.⁸⁵ La decisión estratégica de Pac Rim de traer esta controversia a un foro en el que su principal oponente no puede aparecer es incorrecta y abusiva.

IV. CONCLUSIÓN

El debate general político en materia de sostenibilidad, minería de metales y democracia en El Salvador está en curso. Pac Rim ha tratado de influir en el debate político, pero se ha visto desilusionado en sus esfuerzos de cabildeo. Insatisfecho con la dirección del diálogo democrático, Pac Rim ha abusado del procedimiento arbitral al cambiar su nacionalidad para tratar de conseguir jurisdicción. Aún más importante, el Tribunal no tiene jurisdicción para escuchar de una queja en contra del curso de un debate político.

FECHA: 02 de marzo 2011

Por:



Aaron Marr Page
Consejero
FORUM NOBIS PLLC
1629 K Street NW, Suite 300
Washington, DC 20006
Tel. (202) 618 2218
aaron@forumnobis.org

Marcos Orellana
Abogado de la Defensoría Jurídica de Registro

CENTRO PARA EL DERECHO
INTERNACIONAL AMBIENTAL
1350 Connecticut Avenue NW, Suite # 1100
Washington, DC 20036
Tel. (202) 785-8700
morellana@ciel.org

Stuart G. Gross
Consejero
GROSS LAW
4950 Fulton St., No. 202
San Francisco, CA 94121
Tel. (415) 671-4628
sgross@gross-law.com

⁸⁴ *Monedas de oro sacadas de Roma en 1943* (Italia v. Francia, Reino Unido, EE.UU.), 1954 CIJ 19 (Sentencia de 15 de junio de 1943) (énfasis agregado).

⁸⁵ Adicionalmente, vale la pena considerar que aceptar jurisdicción en la demanda de Pac Rim esencialmente castigaría a El Salvador por el cumplimiento de sus obligaciones propias del derecho internacional de ser la respuesta a sus ciudadanos y garantizar sus derechos, incluidos sus derechos económicos, sociales y culturales. Cf. Comisión de Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Los derechos humanos y la industria extractiva" en 4, Doc. ONU. E/CN.4/2006/92 (19 de diciembre de 2005) (cabe señalar que los desequilibrios de poder y de recursos entre las empresas de las industrias extractivas y las comunidades afectadas en los países en desarrollo ya han tenido un efecto perjudicial sobre una amplia gama de los derechos de las comunidades); Los Informes del Representante Especial del Secretario General sobre Empresas y Derechos Humanos, el profesor John Ruggie. Documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/97 (2006), A/HRC/4/035 (09 de febrero 2007), y A/HRC/8/5 (2008), véase también John G. Ruggie, de negocios y Derechos Humanos: La Agenda Internacional en evolución, 101 Am. J. of Int'l L. 819, 821 (2007); Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, en <http://bit.ly/eZmyim>; Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, en <http://bit.ly/f9Fb5E>; el Pacto Mundial, en <http://bit.ly/Ko1kf>.