



Llevar las perspectivas de la comunidad al arbitraje entre inversionistas y Estados: el caso *Pac Rim*

Marcos A. Orellana, Saúl Baños y Thierry Berger



Herramientas legales para el empoderamiento ciudadano

En todo el mundo, grupos de ciudadanos están emprendiendo acciones para cambiar el modo en que se está invirtiendo en recursos naturales y para proteger los derechos y el medio ambiente, y de esa manera lograr un mundo más justo y más sostenible. La iniciativa de IIED “Herramientas legales para el empoderamiento ciudadano” desarrolla análisis, experimenta con enfoques, documenta lecciones y comparte herramientas y tácticas entre profesionales (www.iiied.org/legal-tools).

La serie “Herramientas legales para el empoderamiento ciudadano” proporciona un medio donde profesionales pueden compartir lecciones aprendidas de los enfoques innovadores que emplearon para reclamar derechos. Esto comprende desde acciones de base y participación en la reforma legal, hasta la movilización social en organismos internacionales de derechos humanos y el uso de mecanismos de reclamo, examinando a fondo tratados, contratos y arbitrajes relativos a la inversión internacional.

El presente documento es uno de varios informes elaborados por profesionales sobre las lecciones que se han extraído de tales experiencias. También, los siguientes informes en lengua inglesa pueden descargarse en www.iiied.org/pubs:

- Democratizing international investment law: recent trends and lessons from experience. (Democratizar la legislación sobre inversión internacional: tendencias y lecciones basadas en la experiencia). 2015. Cotula, L.
- Advocacy on investment treaty negotiations: lessons from Malaysian civil society. (Cabildeo para las negociaciones sobre tratados de inversión: lecciones de la sociedad civil de Malasia). 2015. Abdul Aziz, F.
- Community-based monitoring of land acquisition: lessons from the Buseruka oil refinery, Uganda (Monitoreo comunitario de la adquisición territorial: lecciones de la refinería de petróleo de Buseruka, Uganda). 2015. Twesigye, B.
- Catalysing farmers' influence in shaping law reform: experience from Senegal. (Catalizar la influencia de los agricultores para la reforma legislativa: experiencia del Senegal). 2015, Coumba Diouf, N.
- Legal advice for environmental justice: Experience from Eastern India. (Asesoramiento legal para la justicia ambiental: experiencia de la India oriental). 2015, Upadhyay, S. *et al.*
- From legal caravans to revising the mining code: Lessons from experience with legal empowerment in communities affected by mining. (De caravanas legales a la revisión del código minero: lecciones de la experiencia de empoderamiento legal de comunidades afectadas por la minería). Mali, 2014, Keita, A. *et al.* También disponible en francés.

Además, en nuestra serie titulada Tierra, Inversión y Derechos, generamos evidencia a escala nacional e internacional analizando las presiones cambiantes sobre la tierra, modelos de inversión múltiple, marcos legales aplicables y modos de que las personas puedan reclamar sus derechos.

Se pueden descargar informes de la serie Tierra, Inversión y Derechos en www.iiied.org/pubs. Entre las publicaciones más recientes se encuentran:

- Land rights and investment treaties: exploring the interface. (Derechos territoriales y tratados de inversión: exploración del interfaz). 2015. Cotula, L.
- Agro-industrial investments in Cameroon: Large-scale land acquisitions since 2005. (Inversiones agro-industriales en Camerún: adquisiciones territoriales a gran escala desde 2005). 2015, Nguiffo, S. y Sonkoue Watio M.
- Understanding agricultural investment chains: Lessons to improve governance. (Comprendiendo la cadena de inversiones agrícolas: lecciones para mejorar la gobernanza). 2014, Cotula, L. *et al.*

Si desea ponerse en contacto con el IIED para alguna consulta sobre estas publicaciones, le rogamos se dirija a: legaltools@iiied.org

Llevar las perspectivas de la comunidad al arbitraje entre inversionistas y Estados: el caso *Pac Rim*

Marcos A. Orellana, Saúl Baños y Thierry Berger

Publicado por primera vez por el Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo (IIED), Reino Unido, en 2015

Copyright © International Institute for Environment and Development (IIED)
Todos los derechos reservados

ISBN: 978-1-78431-257-2
Código de IIED: 12579SIIED

Para copias de esta publicación, por favor póngase en contacto con:

International Institute for Environment and Development
80-86 Gray's Inn Road
Londres WC1X 8NH
Reino Unido
Email: newbooks@iied.org
Twitter: @iied
Facebook: www.facebook.com/thelIIED

Puede descargar otras publicaciones en www.iied.org/pubs

En el catálogo de la Biblioteca Británica existe un registro de la presente obra.

Cita: Orellana, M. *et al.* (2015) *Bringing community perspectives to investor-state arbitration: the Pac Rim case*. IIED, Londres.

Fotografía de la cubierta: Misión internacional para la investigación de la minería metálica en Cabañas, El Salvador, 2012. © Amanda Kistler / CIEL.

Diseño: Smith+Bell, www.smithplusbell.com

Impreso en el Reino Unido por Full Spectrum Print Media, imprenta certificada ISO 14001, con el uso de tintas de base vegetal sobre material 100% reciclado.

Acerca de los autores:

Marcos A. Orellana es abogado y director del Programa de Derechos Humanos y Ambiente del Center for International Environmental Law – Centro para el Derecho Ambiental Internacional (CIEL), Washington D.C. Marcos asesora a organizaciones de la sociedad civil, gobiernos y organizaciones internacionales sobre temas de derecho internacional, y posee una amplia experiencia en la preparación de escritos de la sociedad civil relativos a disputas sobre inversiones. CIEL trabaja para fortalecer y emplear el derecho internacional con el fin de proteger el medio ambiente, fomentar la salud humana y garantizar una sociedad justa y sostenible.

Saúl Baños es abogado, notario y profesor universitario. Ha trabajado para la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD) durante casi dos décadas. Actualmente es Coordinador de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. FESPAD, con sede en El Salvador, es un centro de acción social, legal y político dedicado a proteger los derechos humanos, que emplea la ley como instrumento para ayudar a los más necesitados de la sociedad y actúa como foro para la participación de la sociedad civil.

Thierry Berger es abogado titulado y consultor sobre herramientas legales del IIED, centrándose en temas de legislación y desarrollo sostenible. Entre otras cosas, Thierry ha colaborado con el IIED en la preparación de escritos de alegaciones sobre el TTIP ante la Comisión Europea y un parlamento nacional, y en la organización de una serie de webinarios sobre herramientas legales. Antes de iniciar su colaboración con el IIED, Thierry trabajó 10 años en empresas legales globales, especializándose en arbitraje internacional.

Agradecimientos:

Los autores desean agradecer a Fauwaz Abdul Aziz por la revisión de los borradores del informe. Este informe se preparó como parte de “Herramientas legales para el empoderamiento ciudadano”, una iniciativa de colaboración para fortalecer los derechos y las voces locales en las inversiones sobre recursos naturales en países de ingresos bajos y medios (www.iiied.org/legal-tools).



El informe fue financiado por UK Aid, del gobierno del Reino Unido, aunque las opiniones expresadas no reflejan necesariamente las del gobierno del R.U. Las opiniones expresadas en el informe son responsabilidad de los autores. El original de este informe está redactado en inglés

Tabla de contenido

Resumen.....	ii
1. Antecedentes	1
2. La herramienta: llevar las perspectivas de la comunidad al proceso de arbitraje.....	4
3. Resultados hasta el presente y lecciones aprendidas.....	7
4. Conclusión.....	10
5. Referencias	13

Abreviaturas y acrónimos

ADES	Asociación de Desarrollo Económico y Social
ARPAS	Asociación de Radios y Programas Participativos de El Salvador
CAFTA	DR Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos
CIEL	Centro para el Derecho Ambiental Internacional
EIA	Evaluación del impacto ambiental
FESPAD	Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
MNFM o La Mesa	Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador
ONG	Organizaciones no gubernamentales
OSC	Organizaciones de la sociedad civil

Resumen

Con más de 3,000 tratados de inversión en todo el mundo y un número creciente de arbitrajes entre inversionistas y Estados, resulta previsible que en los próximos años se incremente la necesidad y las oportunidades para hacer llegar las perspectivas de las comunidades a las controversias sobre inversiones. Las organizaciones de la sociedad civil pueden desempeñar un papel importante representando y fortaleciendo las voces de las comunidades en los procesos de arbitraje, presentando escritos de alegaciones ante tribunales de arbitraje. La presente publicación extrae lecciones de la experiencia de la MNFM – una coalición de organizaciones comunitarias, institutos de investigación y organizaciones ambientales, de derechos humanos y religiosas sin ánimo de lucro – que realiza una labor de cabildeo relativa a la extracción de metales en El Salvador. Con los escritos que presentó en el arbitraje de *Pac Rim*, la MNFM ofreció perspectivas sobre el caso que diferían de las presentadas por las partes de la controversia, dirigiendo la atención del tribunal de arbitraje hacia el debate democrático que hay en curso en El Salvador con relación a la minería metálica y el desarrollo sostenible.

1. Antecedentes

Desde que finalizó la guerra civil en El Salvador, la relativa estabilidad y el alza de los precios del oro propició la llegada de varias empresas transnacionales, que empezaron a explorar los recursos naturales de El Salvador. A principios de la década del 2000, cuando se pusieron en marcha las actividades de prospección, las comunidades y las organizaciones de la sociedad civil (OSC) se empezaron a movilizar. En 2003 las comunidades locales comenzaron a expresar su preocupación por un proyecto de minería de oro dirigido por Pac Rim Cayman LLC, la subsidiaria de una compañía canadiense actualmente controlada por una empresa australiana. Las comunidades expresaron su preocupación por los potenciales impactos sociales y ambientales de la minería de oro en El Salvador, incluyendo la contaminación del agua y la salud.

Como El Salvador es un país pequeño, densamente poblado y muy dependiente de unos recursos hídricos limitados, la movilización de la comunidad contra la extracción minera pasó del ámbito local al nacional. En 2005, miembros de la comunidad junto a organizaciones sociales fundaron un colectivo que fue la base para posteriormente conformar *La Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador* ("La Mesa"). La Mesa es ahora una coalición nacional de organizaciones comunitarias, institutos de investigación y organizaciones ambientales, de derechos humanos y religiosas sin ánimo de lucro. Su objetivo es asegurar una prohibición sobre la minería metálica en El Salvador, para así salvaguardar el derecho al agua y el derecho a vivir en un medio ambiente sano. Mediante intervenciones de ámbito local (p. ej. protestas) y nacional (p. ej. entablando un diálogo con representantes gubernamentales), La Mesa incrementó la sensibilización acerca de los impactos de la minería metálica en El Salvador, colocando la minería en el centro del debate político del país.

En 2007 La Mesa empezó a ampliar su proyección hacia el ámbito internacional y en 2011 una coalición de organizaciones no gubernamentales (ONG) internacionales con sede en Estados Unidos, Canadá y Australia, fundó la International Allies Against Mining in El Salvador (Aliados Internacionales contra la Minería Metálica en El Salvador). Los Aliados Internacionales trabajaron de forma conjunta con La Mesa y con las comunidades directamente afectadas por los proyectos mineros de El Salvador. El Centro para el Derecho Ambiental Internacional (CIEL) es miembro fundador de Aliados Internacionales.

Después de que sus actividades de prospección resultaran en ciertos descubrimientos de yacimientos auríferos, Pac Ric Cayman solicitó una concesión minera y el permiso ambiental correspondiente. En 2004-2005, Pac Rim llevó a cabo una evaluación del impacto ambiental (EIA), pero los miembros de La Mesa consideraron que el EIA era deficiente y que no abordaba de forma adecuada sus inquietudes. Un miembro de La Mesa perteneciente a una OSC

encargó a un experto independiente que realizara un informe sobre el EIA (Morán, 2005).¹

El informe del experto consideró que el EIA “no resultaría aceptable para los organismos reguladores de la mayoría de los países desarrollados” (Morán, 2005, pág. 15). Según el informe del experto esto se debía, entre otras cosas, a que los datos básicos sobre la cantidad y la calidad del agua reflejados en el EIA eran incompletos e inadecuados, a la falta de transparencia en el proceso de consulta pública y a no haber tenido en cuenta los costos realistas que la compañía pagaría por el agua como un bien (Morán, 2005, págs. 3, 4, 6, 8, 10, 14 y 15). Aunque la compañía criticó las conclusiones del informe², las OSC consideraron que sus preocupaciones en cuanto a la calidad de el EIA habían quedado reivindicadas.

Se podría decir que los años de movilización comunitaria y cabildo nacional desembocaron en un cambio en la opinión pública sobre el tema de la minería en El Salvador, haciendo que el gobierno revisara su política minera. Actualmente existe una moratoria de facto sobre la minería metálica en el país. En el 2011 el gobierno llevó a cabo una Evaluación Ambiental Estratégica y al año siguiente preparó un proyecto de ley sobre minería metálica para suspender todos los procedimientos administrativos relativos a los proyectos de prospección y explotación existentes en el país. De todos modos, el proyecto de ley todavía se está debatiendo y aún no ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa.

En 2007, el gobierno se negó a aprobar el EIA de Pac Rim y a conceder el permiso ambiental y la concesión de explotación minera que la compañía necesitaba para poner en marcha el proyecto. El gobierno argumentó que el proyecto de Pac Rim no cumplía con la legislación salvadoreña aplicable y por tanto la compañía no tenía derecho a una concesión minera.³ Cuando fracasaron sus intentos para que se reformara o reinterpretara la ley (Pacific Rim Mining Corp., 2006 y 2007),⁴ la compañía decidió reclamar una indemnización al gobierno de El Salvador. Con este fin puso en marcha un arbitraje inversionista-Estado contra El Salvador amparándose en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA-DR) y de acuerdo con la Ley de Inversiones de El Salvador.⁵

CAFTA-DR es un acuerdo de libre comercio firmado en 2004 y vigente desde 2006 entre Estados Unidos, cinco países centroamericanos (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua), y la República Dominicana. Contiene un capítulo sobre inversiones que protege a los inversionistas extranjeros y sus

1. El informe fue encargado por la Asociación de Desarrollo Económico Social, Santa Marta (ADES), con el apoyo de DIAKONIA, Swedish Ecumenical Action, Oxfam América y la Iglesia Anglicana.

2. Memorial del demandante sobre el Fondo de la Disputa de *Pac Rim Cayman LLC vs. La República de El Salvador* (2013), párrafo 271. www.italaw.com/cases/783

3. Memorial de Contestación sobre los Méritos de *Pac Rim Cayman LLC vs. La República de El Salvador* (2014), www.italaw.com/cases/783.

4. Véase Pacific Rim Mining Corp., 2006 y 2007, y el Memorial de Contestación sobre los Méritos de *Pac Rim Cayman LLC vs. La República de El Salvador*, párrafos 112 y 113.

5. Notificación del arbitraje de *Pac Rim Cayman LLC vs. La República de El Salvador* (2009), www.italaw.com/cases/783.

inversiones. De modo similar a muchos otros tratados internacionales de inversión y acuerdos comerciales que contienen disposiciones sobre inversiones, el capítulo diez del CAFTA-DR dedicado a las inversiones detalla una serie de normas para la protección de los inversionistas, como garantías de compensación en caso de expropiación, o el deber de ofrecer un “trato justo y equitativo” como un elemento del nivel mínimo de trato según el derecho internacional.

Cuando un inversionista considera que se han incumplido tales normas, puede levantar una reclamación en un arbitraje inversionista-Estado, es decir, el mecanismo para resolver una diferencia entre un inversionista y el Estado anfitrión mediante un tribunal de arbitraje internacional. El arbitraje sobre inversiones se basa en el consentimiento tanto del inversionista como del Estado. El consentimiento del Estado se puede derivar de tratados como el CAFTA-DR o de una Ley de Inversiones nacional del propio Estado. Existen normas que regulan lo que debería suceder durante el proceso de arbitraje, incluyendo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

La compañía alegó que El Salvador había violado tanto el acuerdo CAFTA-DR como la Ley de Inversiones. Exigía una indemnización de 284 millones de dólares estadounidenses, más las costas judiciales. A fecha de hoy, el gobierno de El Salvador ha incurrido en unos costos legales de más de 12 millones de dólares en su defensa contra la demanda de la compañía.

El resultado del arbitraje podría tener repercusiones importantes para las actividades mineras de otras compañías, que actualmente se hallan suspendidas en El Salvador. Las OSC consideraron que si la compañía ganaba el arbitraje, la perspectiva de costosas demandas de arbitraje adicionales podría hacer más difícil que El Salvador adoptara una ley prohibiendo la minería metálica o incluso que garantizara el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en su legislación ambiental relativa a la minería. En otras palabras, en opinión de las OSC, el arbitraje podría tener no solamente implicaciones económicas significativas para El Salvador con relación al caso específico ante el tribunal de arbitraje, sino también repercusiones de mayor alcance en cuanto a políticas públicas relativas al sector minero, protección ambiental y salud pública.

2. La herramienta: llevar las perspectivas de la comunidad al proceso de arbitraje

Algunas normas de arbitraje, incluyendo las aplicables conforme al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (CAFTA-DR), permiten que terceras partes, entre ellas las OSC, presenten en determinadas circunstancias escritos de *amicus curiae* en arbitrajes inversionista-Estado. A estas presentaciones se las denomina *amicus curiae* (literalmente, “amigo del tribunal”). El tribunal de arbitraje está facultado para permitir que una OSC presente escritos de *amicus curiae*, lo que en la práctica significa que la OSC debe hacer una solicitud ante el tribunal de arbitraje pidiendo permiso para presentar el escrito.

Aunque las normas concretas varían según los distintos sistemas de arbitraje, por regla general existen tres condiciones que hay que cumplir antes de que se otorgue permiso a las partes para presentar sus escritos de *amicus curiae*: i) la OSC debe demostrar que la disputa es adecuada para una intervención de interés público (p. ej. ¿están en juego los derechos humanos y/o temas relativos al medio ambiente?); (ii) la OSC debe ser apta para representar los aspectos del interés público ante el tribunal de arbitraje (entre los criterios relevantes están el cómo se financia la OSC y cuál es su experiencia); y (iii) el tribunal de arbitraje también tendrá en cuenta si es deseable permitir que la OSC intervenga en la disputa (p. ej. ¿alterará su intervención el arbitraje?).

Los escritos de *amicus curiae* de las OSC son importantes porque permiten a la OSC solicitante atraer la atención del tribunal hacia temas como el medio ambiente y los derechos humanos, o para aportar perspectivas de la comunidad a la controversia, con la esperanza de que el tribunal de arbitraje tenga en cuenta estos temas a la hora de decidir el caso. Las OSC, al presentar ante el tribunal análisis, perspectivas o información relevante al interés público, tienen en sus manos una herramienta que puede influir sobre el resultado del proceso.

Después que el Tribunal dictaminó sobre ciertas Objeciones Preliminares levantadas por El Salvador, El Salvador cuestionó la jurisdicción del tribunal de arbitraje. En otras palabras,⁶ el gobierno arguyó que faltaban los requisitos previos necesarios para que el tribunal de arbitraje examinara el caso, y que por tanto el tribunal de arbitraje debería desestimar el caso.

En la etapa jurisdiccional, el tribunal de arbitraje publicó un aviso en la página web del CIADI (<https://icsid.worldbank.org>) como “comunicado de prensa”. En el aviso se invitaba a cualquier persona que no formara parte del caso a presentar una solicitud escrita ante el tribunal para que este permitiera la presentación de un informe por parte de una OSC, incluyendo (como apéndice a la solicitud) una copia del escrito a presentar sobre el arbitraje, en caso de que el tribunal diera su permiso.

6. Decisión sobre las Objeciones Jurisdiccionales del Demandado (2012), párrafo 2, www.italaw.com/cases/783

La MNFM, CIEL y FESPAD empezaron a trabajar conjuntamente en el tema del arbitraje. El arbitraje inversionista-Estado es un proceso técnico, y CIEL ya había acumulado experiencia suficiente sobre el tema, dado su rol en varios arbitrajes anteriores. El caso también requería conocimiento legal experto sobre la legislación salvadoreña, por ejemplo con relación a las leyes que regulan la minería y la protección ambiental. De ahí la asociación con FESPAD.

CIEL y FESPAD proporcionaron asistencia técnica a la MNFM: CIEL se centró en los aspectos de legislación internacional y arbitraje del caso, y FESPAD actuó como experto en legislación salvadoreña. Dadas las considerables implicaciones que el arbitraje podría tener sobre El Salvador, CIEL y FESPAD asesoraron a la MNFM sobre la oportunidad que representaba el escrito de *amicus curiae* como medio de llevar una serie de temas ante la atención del tribunal de arbitraje.

Trabajando con CIEL y FESPAD, la MNFM preparó durante esa etapa jurisdiccional dos documentos principales: i) la solicitud de permiso para que una OSC presentara un escrito de *amicus curiae* y ii) el propio escrito de la OSC. La MNFM también pidió permiso para hacer una presentación oral durante la audiencia sobre jurisdicción (es decir, la sesión durante la cual el tribunal de arbitraje escucha a las partes, para decidir si tiene o no jurisdicción para dictaminar sobre el caso). La preparación del escrito de *amicus curiae* de la OSC formó parte de una estrategia amplia de movilización en contra del proyecto minero, tal como se comentó más arriba.

A la hora de preparar estos documentos, CIEL y FESPAD utilizaron la información y las pruebas reunidas por miembros de la MNFM en ámbitos locales y nacionales. Los miembros de La Mesa que pertenecen a la OSC trabajan cotidianamente con personas afectadas por la minería, y tienen una profunda comprensión de los temas de interés público. Este aspecto resultó ser clave para demostrar que la disputa era apta para una intervención de interés público, por ejemplo destacando los efectos ambientales y sociales de la minería en El Salvador.

Para la preparación de los documentos, CIEL y FESPAD contaron con la ayuda de abogados de firmas especializadas -entre otros asuntos- en litigios de interés público y temas ambientales. Se apoyaron también en la información y documentos como el EIA, pero además en los informes y datos recopilados por otras ONG, así como en las preocupaciones planteadas por otros actores de la sociedad civil, como la iglesia católica de El Salvador. También se inspiraron en investigaciones adicionales y apoyo de organizaciones nacionales e internacionales como Oxfam y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador.

El tribunal de arbitraje autorizó la presentación escrita por parte de La Mesa, aunque les pidió que la corrigieran para que se centrara en temas de jurisdicción (es decir, si el tribunal de arbitraje debería o no juzgar el caso) y no en temas relativos a los méritos (si El Salvador violó las normas relevantes a la protección de inversiones). Sin embargo, el tribunal de arbitraje no permitió que La Mesa hiciera una presentación oral en la vista sobre jurisdicción.

En esta etapa del proceso, organizaciones de La Mesa representadas por CIEL presentaron un escrito para convencer al tribunal de arbitraje que no tenía jurisdicción para llevar el caso. Dada la naturaleza técnica del proceso, los escritos presentados por la OSC estaban redactados en términos técnicos.

Por ejemplo, existía un problema con la reubicación de Pac Rim de las islas Caimán (donde solía tener su sede) al estado de Nevada, en Estados Unidos. La Mesa alegó que el motivo principal del traslado era permitir que la compañía utilizara las disposiciones de protección de inversiones del CAFTA-DR⁷ (El Salvador y Estados Unidos forman parte de CAFTA-DR, pero no las Islas Caimán). La Mesa sostuvo asimismo que este traslado equivalía a un abuso del proceso. Además, La Mesa argumentó que Pac Rim no debería disfrutar de los beneficios del CAFTA-DR porque sus actividades empresariales en Estados Unidos eran insustanciales, y que en realidad no era más que una empresa fantasma establecida en el intento de establecer jurisdicción.

En efecto, las alegaciones de La Mesa sobre este punto respaldaban los propios argumentos de El Salvador al disputar la jurisdicción del tribunal de arbitraje. No obstante, es importante destacar que La Mesa no recibió ningún tipo de ayuda económica del gobierno, ni por la preparación de los escritos de alegaciones ni por su implicación en el caso en general. Todos los miembros de La Mesa y de CIEL emplearon sus propios fondos independientes para elaborar la presentación.

Cuando autorizó la presentación, el tribunal de arbitraje no expuso ninguna razón para ello. Pero probablemente los siguientes factores fueron importantes. En primer lugar, ni Pac Rim ni El Salvador pusieron objeciones a la solicitud de permiso de La Mesa, aunque Pac Rim pidió que las alegaciones se centraran en temas jurisdiccionales y se opuso a que CIEL hiciera una presentación oral durante la vista sobre jurisdicción.

En segundo lugar, varios miembros de La Mesa trabajan todos los días con comunidades afectadas. Esto otorga a La Mesa una perspectiva y una comprensión única de los temas que están en juego. También significa que La Mesa tiene un interés especial en el resultado del arbitraje.

Y en tercer lugar, La Mesa pudo demostrar que era independiente, tanto de Pac Rim como del gobierno de El Salvador. Cuando publicó su comunicado, el tribunal de arbitraje dio instrucciones concretas a los solicitantes (las personas que pedían permiso para presentar un escrito de *amicus curiae*) para que indicaran si habían recibido algún tipo de ayuda económica o de alguna otra índole, bien de Pac Rim o bien del gobierno de El Salvador. La Mesa confirmó que este no era su caso. Este factor es importante, y se conocen como mínimo dos casos relacionados en los que un tribunal de arbitraje no concedió permiso para que las OSC presentaran sus alegaciones debido a sus supuestos vínculos con el estado anfitrión.⁸

7. Decisión sobre las Objeciones Jurisdiccionales del Demandado (2012), párrafo 2, www.italaw.com/cases/783

8. Los casos son *Bernhard von Pezold y Otros vs. República de Zimbabue*, y *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, y Hangani Development Co. (Private) Limited vs. República de Zimbabue*.

3. Resultados hasta el presente y lecciones aprendidas

En 2012, el tribunal de arbitraje decidió que no poseía jurisdicción sobre una parte significativa del caso Pac Rim: decidió que no tenía jurisdicción para atender las reclamaciones según el CAFTA-DR, pero que las reclamaciones realizadas bajo la Ley de Inversiones de El Salvador podían proceder a la fase del fondo.⁹ El caso ha pasado a la siguiente etapa, la del fondo, que es la de determinar si las medidas tomadas por El Salvador incumplieron o no las disposiciones de la Ley de Inversiones. En otras palabras, aunque el caso sigue adelante, la fase del fondo del arbitraje tiene un alcance más reducido.

En su decisión sobre jurisdicción, el tribunal de arbitraje tuvo en cuenta los escritos de alegaciones de La Mesa: se refirió a ellos y respondió de modo específico a uno de los puntos mencionados (el abuso del proceso y las alegaciones de denegación de beneficios). Se podría decir que, mientras El Salvador presentaba objeciones jurisdiccionales, también la presentación de La Mesa contribuyó a la limitación parcial de la jurisdicción.

En sus escritos de alegaciones, La MNFM ofreció una perspectiva diferente del caso a la presentada por Pac Rim o El Salvador. La Mesa dirigió la atención del tribunal de arbitraje hacia el debate democrático en curso en El Salvador con relación a la minería metálica y al desarrollo sostenible, y también hacia temas de mayor alcance como la participación pública, el respeto por los derechos humanos y la democracia representativa. Ciertamente, los hechos que dieron lugar a la petición de arbitraje están profundamente entrelazados con los cambios sociales y políticos que han tenido lugar en el país desde el fin de la guerra civil en 1992, y en los que las organizaciones de La Mesa han estado directamente involucradas a lo largo de los años.

Con la crucial fase del fondo todavía pendiente, el caso no está cerrado. Es imposible predecir cómo se decidirá el fondo, y cuál será el resultado final de la controversia. Para llevar las perspectivas de la comunidad a la fase del fondo del arbitraje, La Mesa solicitó permiso y presentó otro escrito de alegaciones en julio de 2014.⁸ La audiencia sobre el fondo tuvo lugar en septiembre del 2014.¹⁰ Se espera la decisión del tribunal en algún momento del 2015.

Aunque este arbitraje continúa abierto, es posible extraer unas primeras lecciones del proceso de las presentaciones de las OSC. Estas lecciones podrían ser de interés para otras OSC que estuvieran pensando en desarrollar estrategias similares en otros contextos y procedimientos. Un importante conjunto de lecciones apunta al carácter central de establecer alianzas durante la participación de las OSC en los

9. Decisión sobre las Objeciones Jurisdiccionales del Demandado (2012) www.italaw.com/cases/783

10. Presentación del documento informativo *Amicus Curiae* sobre los Méritos de la Disputa por parte de Organizaciones Miembro de la Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador (2014), www.italaw.com/cases/783

procesos de arbitraje, y a la íntima relación que existe entre el proceso legal y una más amplia movilización comunitaria.

La MNFM no estaba familiarizada con el proceso de presentar un escrito de *amicus curiae*, así que buscó el apoyo de especialistas con experiencia legal relevante, incluyendo a CIEL. Pero aunque este proceso de presentación implica aportar argumentos legales a un proceso legal, las alegaciones no podrían haber tenido lugar sin la participación de La MNFM, una alianza de OSC que va desde el ámbito local al nacional, y que realiza campañas contra la minería metálica. La Mesa proporcionó un canal a través del cual conectar el cabildeo local con el nacional, y para reforzar los vínculos entre las comunidades afectadas. Por ejemplo, facilitó la transmisión de la información desde las comunidades afectadas hasta los líderes del cabildeo que actúan en el ámbito nacional e internacional.

Los Aliados Internacionales contribuyeron a una mayor concientización de los temas suscitados por la minería metálica en El Salvador, y a mejorar la coordinación de las campañas contra la minería metálica en el país. La labor de los Aliados Internacionales, llevando a cabo campañas de alcance más amplio, logró incrementar el conocimiento sobre los riesgos que un arbitraje inversionista-Estado puede suponer para la toma de decisiones democráticas y para el interés público, y alertó sobre la necesidad de corregir los desequilibrios entre las robustas protecciones internacionales acordadas a la inversión extranjera, por un lado, y las débiles salvaguardas para los derechos humanos, por el otro. Además, la creación de la alianza internacional también resultó importante para facilitar las presentaciones de las alegaciones de las OSC, puesto que CIEL es uno de los Aliados Internacionales.

El arbitraje inversionista-Estado es un proceso técnico y geográficamente remoto. Para aportar las perspectivas comunitarias a este proceso hace falta una comunicación cercana y regular con grupos de la comunidad. Para La MNFM, esta comunicación fue un proceso de doble vía. Por un lado, La Mesa divulgó información a grupos comunitarios y OSC. No resultó fácil obtener información sobre el arbitraje, ya que poca de ella es del dominio público. Pero toda la que La Mesa logró obtener, la “tradujo” a un lenguaje claro, sin términos técnicos, y la divulgó mediante boletines, charlas, talleres y programas radiofónicos (trabajando con la Asociación de Radios y Programas Participativos de El Salvador, ARPAS).

Además de ser un camino para intercambiar información, los talleres y charlas permitieron que los miembros de base de La Mesa expresaran y divulgaran sus opiniones. Algunos de estos grupos de base se implicaron de forma más directa con el propio proceso de arbitraje. Por ejemplo, un representante de la Asociación de Desarrollo Económico y Social (ADES) presentó las alegaciones de La Mesa sobre el fondo ante el CIADI, en Washington D.C. ADES trabaja con comunidades afectadas y es miembro de La Mesa.

La MNMF se ha enfrentado a unos cuantos desafíos a lo largo de su labor de cabildeo sobre temas de minería metálica. No resultó fácil facilitar un diálogo entre

funcionarios gubernamentales nacionales y las comunidades de base. En sus escritos, La Mesa alegó que Pac Rim había iniciado una estrategia de “divide y vencerás”, que incluía ejercer presión sobre funcionarios del gobierno. Pac Rim lo puso en duda. Al final, el gobierno siguió con firmeza la aplicación de su Ley de Medio Ambiente y se negó a otorgar el permiso ambiental y la concesión minera. En el ámbito local, Pac Rim prometió puestos de trabajo y ofreció fondos a iniciativas locales y municipales, acciones que La Mesa calificó de intentos por ganar simpatías hacia su proyecto minero. Para asegurarse de que las personas afectadas también tuvieran conocimiento sobre los riesgos y las preocupaciones que conlleva la minería metálica, La Mesa realizó campañas de concienciación entre las personas afectadas.

Los miembros de La Mesa trabajaron en un contexto local sumamente difícil, caracterizado por la polarización entre defensores y oponentes de la minería en El Salvador. Esta polarización condujo a tensiones que escalaron hasta convertirse en intimidaciones, amenazas, violencia y el asesinato de cuatro activistas ambientales y oponentes a la minería, hechos ocurridos en 2009 (Amnistía Internacional, 2009 y 2010; Steiner, 2010, págs. 12 a 15).¹¹ Dado el sistemático patrón de ataques contra defensores ambientales, CIEL, en colaboración con FESPAD y otras OSC, organizó una audiencia temática ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para denunciar la violencia sufrida por los líderes ambientales que luchan contra las industrias de extracción de minerales en Centroamérica y México.

La MNFM empleó estrategias tanto legales como políticas en su labor de cabildeo. Por ejemplo, además de presentar las alegaciones de las OSC en el proceso de arbitraje, La Mesa, en colaboración con los Aliados Internacionales, organizó protestas frente a las oficinas del Banco Mundial en El Salvador y Washington D.C. durante la reciente audiencia sobre el fondo en septiembre del 2014 (el CIADI forma parte del Grupo del Banco Mundial). La Mesa también envió cartas a la embajada canadiense en El Salvador, por ser Canadá el país donde en aquel momento tenía su sede la entonces compañía matriz Pac Rim, y con el apoyo de Oxfam desarrolló una campaña internacional centrada en la compañía australiana Oceana Gold, que actualmente controla Pac Rim, para persuadirles de que abandonaran las reclamaciones de arbitraje contra El Salvador.

La campaña todavía sigue en marcha. Entre otras cosas, la MNFM ha reunido miles de cartas de protesta contra la minería y las ha entregado a la sede central de la compañía. En el ámbito local, La Mesa organizó recientemente unas consultas públicas sobre la minería metálica en las ciudades de San José Las Flores y San Isidro Labrador, en el departamento de Chalatenango. La gran mayoría de las personas consultadas votaron en contra de la minería metálica.

11. Véase también: Memorial de Contestación sobre los Méritos de la República de El Salvador, párrafos 241 y 242; presentación del documento informativo Amicus Curiae sobre los Méritos de la Disputa por parte de Organizaciones Miembro de la Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador (2014), págs. 10 a 13. www.italaw.com/cases/783

4. Conclusión

Dada la importancia del caso y sus implicaciones en cuanto a debates de mayor alcance sobre las políticas de minería metálica en El Salvador, La Mesa tenía un gran interés en intervenir en el arbitraje de *Pac Rim*. A pesar de ello, no formó parte del arbitraje, aunque sus miembros representan a comunidades directamente afectadas por las operaciones mineras. Por tanto, la presentación de un escrito de *amicus curiae* de las OSC fue la única forma de llevar la perspectiva de esas comunidades a los procedimientos de arbitraje.

Con más de 3,000 tratados de inversión en todo el mundo y un número creciente de arbitrajes entre inversionistas y estados, resulta previsible que la necesidad y las oportunidades para hacer llegar las perspectivas de la comunidad a los conflictos sobre inversiones se incrementen en los próximos años. Las OSC pueden desempeñar un papel importante representando y fortaleciendo las voces de las comunidades en los procesos de arbitraje.

Es importante que las OSC que trabajan con inversiones en recursos naturales en todo el mundo permanezcan alerta y que sean conscientes del arbitraje inversionista-Estado. Uno de los desafíos es que, a pesar de algunos progresos recientes, sigue habiendo poca transparencia en muchos aspectos de los arbitrajes inversionista-Estado. De acuerdo con ciertas reglas del arbitraje, es totalmente factible que el público ni tan siquiera sepa que hay un arbitraje en curso. Pero hay muchas cosas que las OSC pueden hacer para descubrir la existencia de un arbitraje, en especial mediante un escrutinio de las inversiones en recursos naturales.

Cuando un inversionista se acoge a las normas del CIADI para solicitar un arbitraje, el CIADI por regla general publicará la información en su página web.¹² Asimismo, un tribunal de arbitraje puede invitar abiertamente a terceras partes a que soliciten permiso para presentar un escrito de alegaciones, tal como sucedió en el caso *Pac Rim*.

Dada la naturaleza técnica de un arbitraje sobre inversiones, es aconsejable ponerse en contacto con organizaciones que tengan experiencia en tales asuntos, como CIEL en este caso. Estas organizaciones pueden orientar sobre el curso de acción adecuado y ayudar con la preparación de un escrito de *amicus curiae* de las OSC si ello fuera apropiado.

Asimismo, aunque los temas que realmente preocupaban a las comunidades eran la protección del medio ambiente y los derechos humanos, las presentaciones de las OSC tuvieron que centrarse en temas legales técnicos, por ejemplo la jurisdicción o el fondo. Este enfoque fue importante para que la MNFM fuera reconocida como

12. Que puede consultar aquí: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>.

parte “creíble” por el tribunal de arbitraje, las partes del arbitraje en conflicto y sus asesores legales. Además, resultó imprescindible que La Mesa fuera capaz de “hablar el idioma de la ley” durante los procedimientos técnicos del arbitraje, para estar en condiciones de transmitir argumentos persuasivos al tribunal de arbitraje.

De crucial importancia es que las OSC se aseguren de que sean las comunidades con las que trabajan o que representan quienes impulsen el proceso. Esto implica asegurar un mandato claro para los escritos de *amicus curiae* de las OSC y una comunicación continuada y regular con organizaciones de base mientras dure el caso. Esta comunicación es vital por diversas razones, incluyendo la eficaz movilización de las estrategias legales, políticas y de otros tipos que intervienen en una campaña. Las OSC pueden superar cualquier táctica de “divide y vencerás” asegurándose de que están legitimadas para representar a las comunidades, pero también de que el proceso sea inclusivo, interactuando con los diversos grupos que lo componen.

Una vez un inversionista ha puesto en marcha un arbitraje, el presentar un escrito de *amicus curiae* es una herramienta para llevar temas importantes ante la atención del tribunal de arbitraje. Pero la acción de las OSC no tiene por qué esperar a que se inicie un arbitraje. En un nivel más sistémico, existen múltiples acciones que las OSC pueden emprender para intentar cambiar la manera en que se realizan las inversiones en recursos naturales. Por ejemplo, las OSC pueden abogar por una mayor transparencia y participación pública a lo largo del proceso de inversión. Pueden apoyar a las comunidades en sus negociaciones con el gobierno y los inversionistas. Si hay comunidades indígenas involucradas, las OSC pueden supervisar la situación y, si fuera relevante, pedir que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado.

Las OSC pueden ayudar a que las comunidades reclamen sus derechos mediante litigio ante tribunales nacionales y organismos internacionales. Pueden hacer comentarios sobre los EIA y ayudar a que se escuchen las voces de las comunidades durante los procesos de EIA. Las OSC pueden influir sobre la política nacional de inversiones, minería, protección ambiental y derechos comunitarios, y en casos de tratados sobre inversión (o capítulos sobre inversiones incluidos en tratados comerciales de mayor alcance), pueden examinarlos a fondo y realizar una labor de cabildeo antes de que se firmen los mismos.

Para la MNFM, el caso *Pac Rim* es la historia de las comunidades y de la gente de El Salvador que opuso resistencia ante una compañía minera que utilizó un tratado internacional para forzar al gobierno a pagar compensación por denegar un permiso al que la compañía no tenía ningún derecho. En un sentido más amplio, los proyectos mineros de envergadura destacan los desequilibrios que existen en el orden legal internacional, donde la protección que se acuerda a los derechos fundamentales de las comunidades es mucho más débil que la que resguarda a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones.

En última instancia, los escritos de *amicus curiae* de la MNFM han dado al tribunal de arbitraje una perspectiva más amplia del debate democrático referente al desarrollo sostenible y a la protección ambiental en el sector minero de El Salvador. Esta mayor perspectiva resulta esencial para que un tribunal de arbitraje conozca adecuadamente el contexto y examine a fondo las medidas que las autoridades públicas adoptaron para tratar con los riesgos que implica la minería metálica en un país con exceso de población y escasez de agua.

5. Referencias

Casos

Bernhard von Pezold y Otros vs. República de Zimbabue (ICSID, caso n° ARB/10/15)
Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, y Hangani Development Co. (Private) Limited vs. República de Zimbabue (ICSID, case n°. ARB/10/25).

Documentos de consulta

Amnistía Internacional, 2009, *Urgent Action, Death Threats for Demanding Justice (Acción Urgente: amenazas de muerte por reclamar justicia)*. bit.ly/1zODzDh.

Amnistía Internacional, 2010, *Urgent Action, Two Activists Killed, Others Threatened (Acción Urgente: dos activistas muertos, otros amenazados)*. bit.ly/1llalx1.

Morán, R. E., 2005, *Technical Review of the El Dorado Mine Project Environmental Impact Assessment (EIA), El Salvador. (Revisión técnica del impacto ambiental del proyecto minero de El Dorado)* www.votb.org/elsalvador/Reports/Technical_Review_El_Dorado_EIA.pdf.

Pacific Rim Mining Corp., 2006, comunicado de prensa, actualización del proyecto de El Dorado. www.marketwired.com/press-release/Pacific-Rim-Mining-Corp-Santa-Rita-Gold-Project-Drill-Program-Underway-El-Dorado-Project-620973.htm.

Pacific Rim Mining Corp., 2007, Informe Anual (Canadá), con Carta a los accionistas en la página 10. globaldocuments.morningstar.com/document/library/document/9148b6147819f0ec.msdoc/original.

Steiner, R. G., 2010, *Gold, Guns, and Choice: The El Dorado gold mine, violence in Cabañas, CAFTA claims, and the national effort to ban mining. (Oro, armas y elección: la mina de oro El Dorado del departamento de Cabañas, demandas del CAFTA y el esfuerzo nacional por prohibir la minería)*. www.walkingwithelsalvador.org/Steiner%20Salvador%20Mining%20Report.pdf

Llevar las perspectivas de la comunidad al arbitraje entre inversionistas y Estados: el caso *Pac Rim*

Con más de 3,000 tratados de inversión en todo el mundo y un número creciente de arbitrajes entre inversionistas y estados, es de esperar que la necesidad y las oportunidades para hacer llegar las perspectivas de la comunidad a los conflictos sobre inversiones se incrementen en los próximos años. Las OSC pueden desempeñar un papel importante representando y fortaleciendo las voces de la comunidad en los procesos de arbitraje, presentando escritos de alegaciones ante tribunales de arbitraje.

La presente publicación extrae lecciones de la experiencia de la MNFM, una coalición de organizaciones comunitarias, institutos de investigación y organizaciones ambientales, de derechos humanos y religiosas sin ánimo de lucro, que realiza una labor de cabildeo relativa a la extracción de metales en El Salvador. Con los escritos que presentó para el arbitraje de Pac Rim, La Mesa ofreció perspectivas sobre el caso que diferían de las presentadas por las partes en conflicto, dirigiendo la atención del tribunal de arbitraje hacia el debate democrático que hay en curso en El Salvador con relación a la minería de metales y el desarrollo sostenible.



Knowledge
Products

Informe de investigación

Junio 2015

Tema legal

Palabras clave: tratados de inversión, minería, herramientas legales, arbitraje internacional, El Salvador

ISBN: 978-1-78431-257-2
Código de IIED: 12579SIIED

