

Haciendo que el Derecho a Regular en el Derecho de las Inversiones Trabaje para el Desarrollo: Reflexiones de las experiencias de Sudáfrica y Brasil

1. Introducción

El derecho a regular puede ser definido como el derecho soberano de los Estados a regular en busca del interés público —su espacio de políticas. Debido a que los acuerdos internacionales de inversión (AIIs) fueron creados para limitar algunos aspectos del derecho a regular de los países, la primera ola de AIIs inhibió la experimentación regulatoria de los países receptores que podría perjudicar los derechos de los inversores extranjeros. La crecientes críticas internas y el temor a cuestionamientos ante tribunales arbitrales contra países desarrollados les hizo forjar un poco de espacio de políticas dentro de los AIIs bajo la rúbrica del derecho a regular[1]. Este avance en el derecho de las inversiones ha beneficiado principalmente a los países que desean recuperar el espacio de políticas en áreas tales como medio ambiente, salud y seguridad[2].

Dentro de este amplio debate, los enfoques basados en el desarrollo, fundamentales para los países del Hemisferio Sur, no han recibido el mismo nivel de atención. Desde la perspectiva de los países en desarrollo, una reforma honesta para promover un mayor espacio de políticas debería ser capaz de albergar cuestiones de desarrollo, dando lugar a la experimentación de políticas en una variedad de áreas, desde la justicia distributiva hasta la política industrial. En este ensayo, propongo ampliar la noción del derecho a regular en los AIIs para incluir una dimensión de desarrollo, y lo hago observando las experiencias de Sudáfrica y de Brasil. Las reformas que se están dando en estos dos países emergen en un contexto de creciente oposición al modelo tradicional de protección de las inversiones y podrían influir en las reformas orientadas hacia un mayor espacio de políticas para el desarrollo.

2. El enfoque basado en el desarrollo de Sudáfrica al derecho a regular

Sudáfrica, un país que todavía está luchando contra la desigualdad, depende en gran medida del capital extranjero. Como parte de su estrategia para atraer la inversión extranjera directa (IED), el país se apresuró a firmar tratados bilaterales de inversión (TBIs) con países exportadores de capital con el fin de mostrar su compromiso con el capitalismo mundial[3]. La formulación de TBIs estándar deja un espacio de políticas muy reducido para los países receptores y sin duda ningún espacio para la promoción de políticas basadas en temas raciales potencialmente perjudiciales para los derechos de los inversores. Dispuesto a unirse al sistema capitalista mundial después de años

de aislamiento y con una necesidad desesperada de capital, Sudáfrica no evaluó plenamente las posibles externalidades negativas de los TBIs en su espacio de políticas sino hasta mucho más tarde, cuando recibió una demanda en su contra, abriendo una caja de Pandora para controversias con motivaciones similares[4]. En el caso *Foresti*, los inversores privados impugnaron la Ley de Desarrollo de Recursos Minerales y Petrolífero de Sudáfrica (*Mineral and Petroleum Development Act*, MPDA) y el Acta de Minería por la supuesta expropiación de la inversión para adaptarse a los requerimientos de la Ley de Empoderamiento Económico de los Negros (*Black Economic Empowerment Act*)[5].

En 2009, Sudáfrica emitió un informe a fin de evaluar críticamente su política de inversión, sugiriendo que se retome el equilibrio entre los derechos del inversor y el espacio regulatorio[6] y sirviendo como base para la legislación nacional, la Ley de Protección de las Inversiones de 2015 de Sudáfrica. Esta ley objeta la formulación general de regulaciones sobre inversión y establece la intención del Gobierno de no renovar sus TBIs, denominados de primera generación, y de únicamente celebrar nuevos TBIs por razones económicas y políticas imperiosas[7]. La ley abarca cambios sustantivos, tales como la limitación de la definición de inversión y de inversor, excluyendo el trato justo y equitativo (TJE), limitando la protección y seguridad plenas y reemplazando el arbitraje entre inversionista y Estado por la adjudicación de tribunales nacionales y el arbitraje entre Estados después del agotamiento de los recursos locales.

Algo que resulta de suma importancia es que la Ley somete los derechos de propiedad a la Constitución de la República. La Constitución de Sudáfrica garantiza los derechos de propiedad pero, tal como sucede con cualquier otro derecho constitucional, está sujeto a limitaciones de utilidad pública. Específicamente, el Artículo 25(2) de la Constitución permite la expropiación de propiedad por utilidad pública sujeto al pago de justa indemnización. Otro aspecto importante de la Ley es que conlleva la obligación de tomar medidas para proteger o colocar a las personas históricamente en desventaja en el centro del acuerdo: tanto en el preámbulo, como en la disposición del derecho a regular y como una excepción a la obligación de trato nacional.

En un sentido similar, Sudáfrica se involucró activamente en el diseño del modelo de TBI de 2012 de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC, por sus siglas en inglés), la cual, entre otros, contiene una dimensión de desarrollo en su disposición sobre el derecho a regular y otra disposición específica sobre los derechos de un Estado parte para alcanzar los objetivos de desarrollo, que incluye tomar las “medidas necesarias para atender las disparidades económicas históricamente sufridas por grupos étnicos y culturales identificables debido a medidas discriminatorias u opresivas contra tales grupos”[8].

Al momento de elaborar de este escrito, se ven nuevos desafíos por delante. Hay legislación pendiente y un candente debate público sobre la posibilidad de expropiación de tierras sin indemnización. Esto trae otro elemento de tensión al debate en Sudáfrica. Si bien las medidas anteriormente adoptadas

por el Gobierno se centraban en violaciones de compromisos de TBI, estas nuevas medidas que intentan expropiar tierras sin indemnización también parecen entrar en conflicto con el Artículo 25 de la Constitución, que requiere que la expropiación sea realizada a cambio de una indemnización.

3. El enfoque basado en el desarrollo en Brasil al derecho a regular

Brasil ha sido capaz de mantener un espacio de políticas fuera del régimen general de las inversiones. La vinculación del país con políticas de inversión ha variado desde resistirse a los TBIs estándar de los 90s hasta desarrollar un nuevo modelo de acuerdos de inversión en 2015, reemplazando el paradigma de protección de las inversiones por un paradigma basado en la cooperación y facilitación de las inversiones. En ambas ocasiones, el Gobierno de Brasil se ha preocupado principalmente por proteger el espacio regulatorio frente a los compromisos de inversión.

En los noventa, durante apogeo del neoliberalismo, Brasil se resistió a firmar cualquier tratado de inversión, aunque firmó 14 de estos acuerdos que nunca ratificó[9]. Estos tratados, en su mayoría con economías desarrolladas, reproducían las formulaciones estándar de TBI.

En 2003, Lula da Silva fue electo presidente y despertó un Estado desarrollista que estaba dormido, resucitando la política industrial brasilera con importantes efectos secundarios en las inversiones[10]. Principalmente a través del financiamiento del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social de Brasil (BNDES), el Gobierno apuntó a un grupo de voceros nacionales y fomentó la emergencia de un nuevo sector: corporaciones multinacionales brasileras[11]. Esta política tuvo un efecto directo en las actividades extranjeras de estas corporaciones. Entre el 2005 y el 2010, el flujo de salida de inversión extranjera directa (IED) se multiplicó en casi nueve[12].

Pese a ser discutible en la literatura, se ha argumentado que el financiamiento del BNDES fue un factor relevante para fomentar los flujos de salida de las inversiones brasileras durante los gobiernos del Partido de los Trabajadores. Esta política podría haber sido restringida y las multinacionales brasileras podrían haberse visto negativamente afectadas si Brasil hubiera sido parte de los AIIs. Fuera de este gran programa de financiamiento del Gobierno, los inversores extranjeros también podrían haber impugnado el derecho de Brasil a regular en cuestiones tan diversas como la política fiscal hasta la provisión de agua, tal como lo han experimentado varios países en desarrollo. Por otro lado, Brasil optó por llevar a cabo una estrategia de desarrollo que no incluía la firma de TBIs tradicionales, mientras siguió siendo el principal receptor de IED, desafiando el actual discurso sobre la necesidad de TBIs para atraer la IED.

Recientemente, Brasil ha decidido iniciar un programa de tratados de inversión que se aleja del lenguaje estándar de tratados de inversión que tienen la protección de la inversión extranjera como único, o primordial, objeto. El nuevo enfoque basado en la cooperación y la facilitación de las

inversiones enfatiza: 1) la creación de mecanismos tales como defensores del pueblo o comités conjuntos para monitorear las relaciones de inversión y evitar controversias, y 2) la creación de acuerdos abiertos o convenios marco que puedan ser adaptados a lo largo del tiempo para satisfacer las necesidades de desarrollo de los Estados partes a través de programas de trabajo temático[13]. Desde marzo de 2015, Brasil ha firmado nueve Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs) con otros países en desarrollo (Angola, Chile, Colombia, Etiopía, Malawi, México, Mozambique, Perú y Surinam) así como el Protocolo de Inversiones intra-MERCOSUR. Además, los acuerdos de facilitación de inversiones, el tipo de acuerdos apoyados por Brasil, han sido discutidos en foros multilaterales, tales como el G20 y la Organización Mundial del Comercio (OMC), con el apoyo abierto de China[14].

La búsqueda de promoción del desarrollo por parte de Brasil por fuera del régimen tradicional de las inversiones y a través de un marco regulatorio alternativo actualmente se encuentra en suspenso. La actual administración ha estado adoptando medidas drásticas, eliminando muchos elementos del Estado desarrollista de Brasil[15]. Este país ha emprendido una agenda de reforma neoliberal llevada a cabo por el Ministerio de Finanzas, la cual incluye: 1) aprobar un recorte presupuestario por 20 años que afecta la inversión en educación y salud; 2) limitar los derechos laborales; 3) intentar aprobar una reforma a los fondos de pensión; y 4) solicitar el acceso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Conforme a esta nueva agenda, las políticas de inversión de Brasil, consideradas por algunos como un legado de la administración anterior, corren el riesgo de perder tracción.

4. Reflexiones finales: ¿prevalecerá el desarrollo?

La experimentación de Sudáfrica y Brasil en las políticas y el derecho de las inversiones para promover el desarrollo enfrentan grandes desafíos. Externamente, sus prácticas van en contra del régimen predominante basado en más de 3.000 acuerdos diseñados a la sombra del enfoque neoliberal a la regulación de las inversiones. Si bien recientemente han habido indicios de que el enfoque tradicional podría permitir algunos cambios, tal como sucedió en el caso de algunas medidas ambientales y sanitarias, resulta menos probable que acepte un enfoque basado en el desarrollo que desafíe el razonamiento de la protección de las inversiones.

Además, tanto Sudáfrica como Brasil enfrentan desafíos internos para implementar sus políticas de inversión. Después de la renuncia del Presidente Zuma, ahora es responsabilidad del Presidente Ramaphosa llegar a un equilibrio entre atender las desigualdades raciales históricas del país —el ADN del Congreso Nacional Africano— y el sistema capitalista mundial donde se encuentran arraigados los TBIs. La experimentación de Brasil con políticas heterodoxas, incluyendo las de inversión, para promover un modelo alternativo de desarrollo es menos clara con el despertar de un gobierno neoliberal. En un contexto como tal, el futuro de las políticas de inversión de

Brasil seguirá siendo incierto hasta que un nuevo Gobierno electo asuma el poder en 2019.

Pese a los desafíos, las experiencias de Sudáfrica y Brasil demuestran que hay margen para reinventar el régimen de inversión de manera genuina, donde los intereses de los inversores se adapten a los intereses de desarrollo de los países receptores. A fin de lograr un equilibrio entre posibles intereses en conflicto, es necesario que los países sean creativos y diseñen alternativas más flexibles que trasciendan la protección del espacio de políticas sobre medio ambiente, salud y seguridad, e incluyan otras prioridades económicas nacionales.

Autor

Fabio Morosini es Profesor Adjunto de Derecho en la Universidad Federal de Río Grande do Sul y becario en investigación en el Ministerio de Ciencia y Tecnología (CNPq) de Brasil. El autor desea agradecer a Malebakeng Forere, Martin Dietrich Brauch y Nathalie Bernasconi-Osterwalder por sus comentarios sobre borradores anteriores. Una versión más extensa del presente artículo será publicada en un capítulo del libro de Kennedy, D. W., Santos, A., Thomas, C., & Trubek, D. M. (Eds.) (en curso). *Rethinking trade and investment law*. Londres: Anthem Press.

Notas

[1] En términos prácticos, si una medida recae dentro de una de estas categorías, hay posibilidades de que el gobierno no tenga que compensar por daños causados a los inversores extranjeros (2004). *Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2004) Working Papers on International Investment, 2004/04). Extraído de https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf.

[2] Titi, A. (2014). *The right to regulate in international investment law*. Munich: Nomos.

[3] Morosini, F. & Sanchez Badin, M. R. (Eds.) (2017). *Reconceptualizing international investment law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.

[4] Forere, M. (2017). *The new South African Investment of Protection Act*. En F. Morosini & M. R. Sanchez Badin (eds.), *Reconceptualizing international investment law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.

[5] Piero Foresti, Laura de Carli y Otros v. La República de Sudáfrica, Caso del CIADI No. ARB(AF)/07/01, Laudo, 4 de agosto, 2010. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>

[6] República de Sudáfrica. (2009). *Bilateral investment treaty policy framework review*. Informe que establece una Posición del Gobierno. Extraído de http://www.dtps.gov.za/documents-publications/category/94-vodacom.html?download=441:annexure-c_repofsa_bit-policy-framework_june2009.

[7] International Institute for Sustainable Development (IISD). (2015). Meeting report: Investment treaties in a state of flux: Strategies and opportunities for developing countries (Río de Janeiro, 16 al 18 de noviembre, 2015). Extraído de <https://www.iisd.org/sites/default/files/material/IISD%209o%20Foro%20Anual%20Informe%20de%20la%20Reunion%20Espanol.pdf>

[8] Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC). (Julio, 2012). *SADC model bilateral investment treaty template with commentary*, Artículo 21. Gaborone: SADC. Extraído de <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>

[9] Morosini, F. & Xavier Junior, E. C. (2015). *Regulação do investimento direito no Brasil: Da resistencia aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório*. *Revista de Direito Internacional*, 12(2), 421-448.

[10] Trubek, D. M., Alviar Garcia, H., Coutinho, D. R. & Santos, A. (Eds.) (2013). *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American context*. Cambridge: Cambridge University Press.

[11] Amann, E. (2009). Technology, public policy and the emergence of Brazilian multinationals. En: L. Brainard & L. Martinez-Diaz (Eds.) *Brazil as an economic superpower? Understanding Brazil 's changing role in the global economy*. Washington, D.C.: Brookings Institution, pp. 187-220.

[12] Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2018). *UNCTADstat*. Extraído de <http://unctadstat.unctad.org>.

[13] Bernasconi-Osterwalder, N., & Brauch, M. D. (Septiembre, 2015). *Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*. Extraído de <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas>; y Morosini, F., & Sanchez Badin, M. R. (Agosto, 2015). El Acuerdo brasilero de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?. *Investment Treaty News*, 6(3), 3-5. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements>; Martins, J. H. V. (2017). Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances. *Investment Treaty News*, 8(2), 10-12. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/>

[14] Berger, A. (23 de abril, 2018). What's next for investment facilitation?, *Columbia FDI Perspectives*, 224. Extraído de <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-224-Berger-FINAL.pdf>

[15] Singer, A. (2017). The failure of the developmentalist experiment in three acts. *Critical Policy Studies*, 11(3), 358-364.