

**INICIATIVA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE PRESENTADA POR
CONVENCIONALES CONSTITUYENTES SOBRE “TRATADOS INTERNACIONALES
DE INVERSIONES”**

VISTOS:

1. Que, el Párrafo 2° del Título IV del Reglamento General de la Convención Constitucional establece las iniciativas constituyentes para la elaboración de las normas constitucionales.
2. Los artículos 81 y siguientes del Reglamento General de la Convención Constitucional permiten que las y los convencionales constituyentes puedan presentar iniciativas de normas convencionales constituyentes a la Mesa Directiva, a través de la Oficina de Partes de la Secretaría de la Mesa Directiva.
3. Que, el artículo 83 del Reglamento General de la Convención Constitucional exige que las iniciativas convencionales constituyentes sean presentadas con fundamento, por escrito, con articulado y dentro de plazo.
4. Que, a su vez, el mismo artículo 83 del Reglamento General de la Convención Constitucional exige que las iniciativas convencionales constituyentes no pueden ser firmadas por menos de ocho ni por más de dieciséis convencionales constituyentes.

CONSIDERANDO:

La importancia de la potestad del gobierno de firmar Tratados Comerciales.

Chile es uno de los países de la región que más Tratados de Libre Comercio (TLC) ha firmado y hay un debate abierto acerca de cuánto peso tuvieron en el despegue de la economía desde los años noventa. Lo que no está en duda es que jugaron un rol relevante pero que al mismo tiempo generaron costos.

Los beneficios han sido ampliamente publicitados. Bajar los aranceles permite que los consumidores nacionales puedan acceder a bienes importados con mayor facilidad. Además, cuando los socios comerciales actúan de forma recíproca como ocurre con los tratados de libre comercio, entonces los productores nacionales puedan exportar con mayor facilidad también. Para las familias de bajos recursos, el acceso a importaciones baratas permite acceder a un mundo de consumo anteriormente inaccesible y, además, la profundización de los mercados de exportación genera trabajos con mayores salarios.

Sin embargo, este proceso de apertura económica no está exento de costos, que no han sido tomado en cuenta de la misma forma que los beneficios. El auge de las importaciones puede destruir empleo en sectores de producción nacional que compiten con ellas y la mayor exportación no necesariamente genera nuevos trabajos asequibles

a los que perdieron los suyos. Lamentablemente, en el caso concreto de Chile, la mayor exportación ha sido principalmente de recursos naturales, proyectos extractivistas que crearon verdaderos “zonas de sacrificio” con el total abandono de las comunidades que viven al lado de las industrias exportadoras.

Muchas veces estas comunidades son de los pueblos originarios y han sufrido de todo producto del comercio internacional, desde una aceleración del despojo y destrucción de sus tierras ancestrales y sagradas hasta un deterioro en la salud de sus niños. Se esperaría que los beneficios económicos de mayor importación y exportación generara los recursos para enriquecer a las comunidades afectadas, protegiendo, mitigando e indemnizando. Sin embargo, los mecanismos para asegurar la transferencia de recursos a las comunidades afectadas han brillado por su ausencia, haciendo que los costos de la apertura comercial chilena los han pagado los grupos más vulnerables del país.

Dado este contexto la regulación estatal es fundamental para maximizar los beneficios de comercio internacional para la sociedad y protegerla de sus consecuencias negativas. En la negociación de los tratados comerciales los gobiernos buscan un equilibrio entre abrir la economía mediante reducciones arancelarias y armonización regulatoria por un lado, y proteger el espacio para la regulación estatal compensatoria por el otro. Dado los grandes beneficios y grandes riesgos de la apertura comercial, la responsabilidad para negociar tratados comerciales se ha dado tradicionalmente al Ejecutivo con un rol de supervisión entregado al congreso para asegurar estos equilibrios.

La amenaza al “derecho a regular” de los Tratados de Protección de Inversiones

Lamentablemente en los últimos años se ha generado un creciente desequilibrio entre las ventajas de la apertura comercial y las desventajas de la pérdida de soberanía regulatoria; un elemento notable en la controversia sobre el Tratado Transpacífico o TPP-11. Las ventajas de mayor acceso comercial para las empresas exportadoras han ido disminuyendo, irónicamente, producto del éxito de la estrategia de firmar tantos tratados comerciales. Una vez que Chile ya tiene acuerdos que permiten acceder a los mercados de otros países con aranceles cero o muy bajos, entonces la ventaja de nuevas reducciones arancelarias es cada vez menor.

Frente a eso los nuevos tratados económicos buscan cada vez más armonización regulatoria para facilitar el ya logrado comercio sin aranceles y para atraer más inversión extranjera. Sin embargo, esta armonización implica menos margen de maniobra para los Estados que buscan cambios regulatorios para compensar las externalidades negativas del comercio. Los defensores de los “tratados de última generación” argumentan que se han puesto más énfasis en los artículos que explícitamente protegen la “soberanía regulatoria” o el “derecho a regular” de los Estados para evitar este problema. Lamentablemente, esto no ha funcionado porque los mecanismos de resolución de controversias de estos tratados tienen un sesgo pro-empresarial e interpretan muy

restrictivamente estas protecciones, limitando así la capacidad regulatoria del Estado. Entonces los tratados terminan siendo altamente lesiva para el ejercicio de facultades constitucionales del poder legislativo y ejecutivo.

El ejemplo más notorio de este problema es la prohibición en los tratados comerciales con capítulos sobre inversiones que el Estado haga “expropiación indirecta” (también llamada expropiación regulatoria) sin indemnizar los inversionistas afectados. Ésta busca evitar que un gobierno le quite la propiedad a un inversionista internacional abusivamente mediante regulaciones que imposibilitan la generación de ganancias del proyecto productivo de propiedad extranjera obligando la venta del activo a un precio irrisorio. Con esta protección jurídica adicional, que no se ejecuta en tribunales domésticos sino en instancias arbitrales internacionales propias de la institucionalidad de tratados con “protección de inversiones”, se espera incentivar mayor inversión extranjera que beneficia al país. Sin embargo, puesto que este arbitraje internacional carece de independencia jurídica y falla sesgadamente a favor de las empresas pese a las garantías de los tratados, se termina obstaculizando las regulaciones que no buscan expropiar sino simplemente reducir externalidades negativas.

El problema de enfriamiento regulatorio producto del arbitraje asimétrico

Esta obstaculización de la regulación en beneficio del interés público genera algo que los expertos en tratados de inversiones han identificado como “enfriamiento regulatorio”. Esto ocurre cuando los Estados dejan de hacer las políticas públicas necesarias porque temen exponerse a demandas en un sistema sesgado donde tienden a perder. Este sistema ocupa varios foros como el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) o la CNUDMI (la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), para determinar si una medida regulatoria es expropiatoria. Sin embargo, según la literatura académica, el problema anti-regulatorio no se radica los foros en sí, sino en el amplio margen interpretativo que el sistema les entrega a los árbitros y en el sistema de selección de los mismos.

En los tribunales ADIE (Arbitraje de Diferencias Inversionistas-Estado o ISDS por sus siglas en inglés), los inversionistas internacionales están facultados a demandar a los Estados si “la acción del Gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión”. Esta cita es textual del TPP-11, pero la progresiva actualización de los acuerdos relacionados con inversiones de parte de la cancillería ha insertado un lenguaje muy similar en gran parte de los tratados comerciales chilenos y mundiales. Entonces la vara para los tribunales es el ambiente regulatorio al momento de hacer la inversión y las expectativas creadas por el entonces gobierno sobre la estabilidad de aquello. Si hay un cambio jurídico perjudicial para el inversionista extranjero que rompe con la trayectoria anticipada de la evolución regulatoria, entonces habrá que indemnizar; un estándar que deja mucho espacio para la interpretación del mismo tribunal.

En este contexto los artículos en los tratados comerciales que garantizan el “derecho a regular en beneficio del interés público” no han impedido que los tribunales del sistema ADIE indemnizan a las empresas por regulaciones públicas. Por ejemplo, en el famoso caso de Tecmed versus México, la transnacional española demandó a México usando estos tribunales ADIE cuando una municipalidad mexicana retiró el permiso de operación de su planta de desechos tóxicos porque estaba envenenando el vecindario. El tratado comercial España-México decía que sí se podía hacer regulaciones “por causa de utilidad pública”, pero el tribunal sopesó el “derecho a regular” de México con la necesidad de respetar los derechos de propiedad de la empresa. El tribunal decidió que la medida regulatoria no fue “proporcional” y obligó México a indemnizar la empresa.

El caso Tecmed se inició en 1999 basado en un tratado cuya redacción es de 1995. Se ha intentado argumentar que tratados más recientes con lenguaje aún más explícito sobre el “derecho de regular” han logrado superar este problema. Sin embargo, el caso Eco Oro versus Colombia se inició en 2016 basado en un tratado firmado en 2008 y, en dicho caso, la defensa de regulación por interés público corrió exactamente la misma suerte.

En aquel caso el gobierno de Colombia, siguiendo una obligación constitucional, anuló una concesión minera entregada a una transnacional canadiense en un ecosistema protegido. La empresa demandó usando el sistema ADIE y los árbitros declararon que en el tratado “la protección ambiental no es subordinada a la protección de inversiones ni viceversa”. Sin embargo, en el proceso de sopesar estas dos obligaciones decidieron que la acción colombiana, aunque no constituyó una expropiación, sí lesionó los derechos de la transnacional. Así, aunque los defensores del tratado comercial Canadá-Colombia se habían jactado de su novedoso lenguaje a favor de la protección medioambiental, los árbitros terminaron fallando, una vez más, en contra de la regulación pública.

Estos dos casos no son excepciones sino parte de una regularidad estadística. Estudios que han analizado la mayor cantidad de fallos del sistema ADIE han demostrado que estos árbitros interpretan las protecciones para la regulación pública de forma restrictiva y las protecciones a las inversiones de forma amplia 72,5% de las veces. Estos resultados no deben sorprender porque son parte de una falla estructural del sistema, producto de la forma de seleccionar árbitros.

A primera vista la asignación de árbitros parece equitativo, la empresa nombra un árbitro, el Estado otro y las dos partes se ponen de acuerdo para nombrar un tercero. Sin embargo, este sistema no es como el arbitraje civil convencional porque hay una asimetría fundamental, solo las empresas pueden demandar a los Estados usando este sistema. Entonces hasta los árbitros asignados por los Estados saben que, si sus fallos son muy desfavorables a las empresas, entonces ellas no van a seguir usando el sistema. Puesto que los árbitros no tienen un salario permanente sino que reciben un pago por hora, todos los árbitros (incluyendo los asignados por el Estado), tienen una presión para fallar pro-empresa, para seguir teniendo ingresos por este trabajo lucrativo. El sesgo detectado por los académicos en los fallos del sistema confirma esta presión.

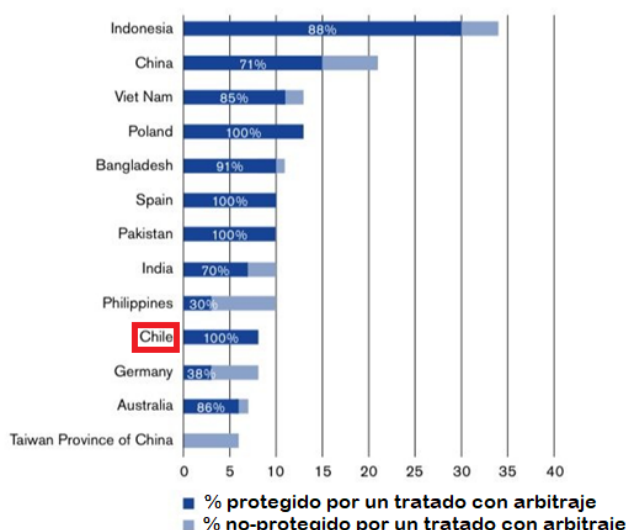
Los conflictos de interés de este sistema son múltiples como explica nada menos que el informe oficial de la UE (Unión Europea) al Grupo de Trabajo sobre arbitraje en el mismo CNUDMI. Afirma que hay “preocupaciones por la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros” y además critica “las interpretaciones injustificablemente inconsistentes de las provisiones de los tratados de inversiones de parte de ellos.” Crucialmente concluye que “el sistema ADIE carece de la estabilidad y predictibilidad que viene con permanencia.” La importancia de terminar con la jurisdicción de estos tribunales ad hoc (y reemplazarlos con una institución permanente), es la política oficial de la UE. Pero también es de importancia fundamental en Chile, particularmente en el contexto de un cambio de constitución.

La urgencia del problema del arbitraje y su arista constitucional

Sin cambios a la posición chilena frente al sistema ADIE, estos tribunales estarán encargados de determinar si un derecho constitucional, por ejemplo el derecho a la seguridad social o los derechos de la naturaleza, requiere una indemnización para los inversionistas. Por ejemplo, si el derecho a la seguridad social excluye las instituciones privadas de recaudar cotizaciones sociales, entonces las AFP podrían demandar al Estado. Asimismo, si los derechos de la naturaleza crean una obligación constitucional a cerrar inmediatamente ciertas centrales que contaminan, las termoeléctricas a carbón, por ejemplo, entonces los dueños extranjeros de estas plantas podrían demandar al Estado también. Entonces, con los tratados que utilizan el sistema ADIE, nada impide a Chile establecer nuevos derechos constitucionales, pero a la hora de aplicarlas a través de políticas públicas, las demandas para indemnizaciones podrían dejar todos incapaz de ser financiado y, efectivamente, letra muerta.

En el caso de las AFP la constitución boliviana ya desprivatizó el sistema de pensiones, gatillando una demanda de parte de la AFP BBVA en el CIADI. Esta demanda sigue en curso y los fondos administrados por la AFP todavía no han sido transferidos al sistema pública. La relevancia para Chile es evidente. En el caso del cierre acelerado de las termoeléctricas ya hay demandas usando el sistema ADIE, abiertos o en ciernes, vinculados con la descarbonización en Canadá y los Países Bajos y en Alemania. La necesidad de indemnizar a transnacionales en el sector de combustibles fósiles, productos de la descarbonización es un tema que es de creciente preocupación a nivel mundial. Pero Chile es uno de los países más afectados por la cantidad de termoeléctricas a carbón que son de propiedad extranjera y además protegidas por tribunales ADIE. Acá también la obstaculización de la realización de derechos constitucionales, producto de este mecanismo, es un riesgo aún mayor:

Número y porcentaje de termoeléctricas a carbón protegidas por un tratado de inversiones con arbitraje asimétrico.



Tienhaara, K. y Cotula, L. "¿Subiendo el costo de acción climática? El Arbitraje de diferencias inversor-estado y la indemnización por activos varados de combustibles fósiles". IIED 2020

En este contexto es sensato prohibir constitucionalmente que el Ejecutivo firme más tratados que ceden soberanía a estos tribunales de arbitraje puesto que pueden impedir la efectiva implementación de la nueva constitución. En términos de los tratados ya firmados, la opción de salir de ellos existe, pero implica perder ventajas comerciales de mucha importancia para la economía chilena. Entonces, la mejor solución parece ser la propuesta por la UE de reemplazar los tribunales ad hoc con instituciones permanentes. De esta forma se sustituyen los árbitros que tienen incentivos económicos para fallar en contra de la regulación pública por jueces independientes, que tendrían incentivos de resguardar el legítimo ámbito de regulación de interés público.

Es en atención a las consideraciones señaladas es que quienes suscribimos venimos en presentar la siguiente INICIATIVA DE NORMA CONSTITUCIONAL:

XX. SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIONES

ARTICULO [XX]. Sobre la resolución de controversias en los Tratados de Inversiones. El Estado no podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que reconozca jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, en controversias de índole comercial, entre el Estado e inversionistas extranjeros.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que contemplen mecanismos para la resolución de controversias entre Estados e inversionistas por órganos jurisdiccionales integrados por jueces permanentes designados por los países signatarios.

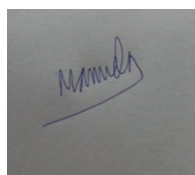
ARTÍCULO TRANSITORIO. Los tratados internacionales en materia comercial o de inversiones suscritos y ratificados por Chile con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Constitución y que no la contradigan, se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley.

Quien ejerza la Presidencia de la República deberá comenzar a renegociar los tratados internacionales que sean contrarios a la carta fundamental, en el plazo de dos años desde que entre en vigencia la presente Constitución, buscando sustituir los mecanismos de resolución de controversias basados en arbitrajes ad-hoc por tribunales permanentes, que pueden incluir una o más Cortes Multilaterales de Inversiones. En ningún caso dicha revisión podrá sobrepasar del tiempo que le reste al tratado en revisión, para proceder a su denuncia.

1. Mauricio Daza



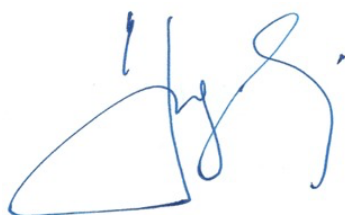
2. Manuela Royo



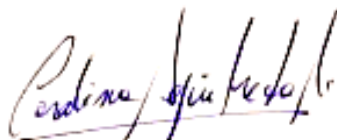
3. Vanessa Hoppe



4. Hugo Gutiérrez



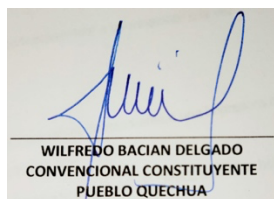
5. Carolina Sepúlveda



6. Jorge Abarca



7. Wilfredo Bacian



8. Paulina Valenzuela



9. Camila Zárate

