



EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Derecho internacional de la inversión extranjera y desarrollo sostenible

LORENA MARTÍNEZ HERNÁNDEZ



TESIS DOCTORAL

2022

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández

Lorena Martínez Hernández

Derecho internacional de la inversión extranjera y desarrollo sostenible

Tesis doctoral

Dirigida por: Dr. Prof. Antoni Pigrau Solé

Universitat Rovira i Virgili
Facultad de Ciencias Jurídicas



UNIVERSITAT
ROVIRA i VIRGILI

10 de febrero de 2022

Tarragona, España

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández



FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat “DRET INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓ ESTRANGERA I DESENVOLUPAMENT SOSTENIBLE”, que presenta la Sra. Lorena MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, per a l’obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la meva direcció al Departament de Dret Públic d’aquesta universitat.

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado “DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y DESARROLLO SOSTENIBLE”, que presenta la Sra. Lorena MARTÍNEZ HERNÁNDEZ para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Público de esta universidad.

I STATE that the present study, entitled “INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT”, presented by Ms. Lorena MARTÍNEZ HERNÁNDEZ for the award of the degree of Doctor, has been carried out under my supervision at the Department of Public Law of this university.

Tarragona, 4 de febrer de 2022

El director de la tesi doctoral
El director de la tesis doctoral
Doctoral Thesis Supervisor

[signatura] / [firma] / [signature]

Antoni Pigrau Solé

A mi familia

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández

AGRADECIMIENTOS

Mis más sinceros agradecimientos a la "Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca" de la Generalitat de Catalunya, la Universitat Rovira i Virgili y al Centro de Derecho Ambiental de Tarragona por colaboración y apoyo para la realización de esta tesis doctoral.

Muy especialmente quisiera agradecer al Dr. Antoni Pigrau Solé, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la URV y director de esta tesis, por su constante apoyo, orientación, sugerencias y paciencia. Gracias por confiar en mí, incluso cuando yo misma dejaba de hacerlo y por ser un pilar en mi desarrollo como investigadora y profesional.

También extiendo mis agradecimientos todos los profesores del Máster de Derecho Ambiental de la Universidad Rovira i Virgili, que me inspiraron y me ayudaron a sumergirme en el aprendizaje del derecho ambiental; y muy especialmente, a la Dra. María Marquès Banquè, al Dr. Jordi Jaria i Manzano y a la Dra. Susana Borràs Petinant por dedicarme tiempo, atención y apoyo a lo largo de estos años.

Asimismo, agradezco a todo el personal administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili, a Toni Jiménez y a María, que siempre me brindaron un apoyo incondicional y me animaron a seguir adelante.

Esta tesis doctoral habría tenido un enfoque muy distinto si no hubiese tenido la oportunidad de adquirir experiencia práctica en la implementación de proyectos encaminados a lograr que el derecho ambiental cumpla el cometido de conservar, proteger y restaurar el medio ambiente. Agradezco al Dr. Alejandro Iza y a Lydia Slobodian, Director del Centro de Derecho Ambiental de la UICN y ex- oficial legal en el mismo centro, respectivamente, por haberme involucrado en los proyectos GO4EbA e INC; y al resto del equipo de dicho Centro, por apoyarme en mi rol de oficial legal y animarme a continuar con la tesis doctoral.

De igual forma, extiendo mis agradecimientos al Lauterpacht Centre for International Law de la Universidad de Cambridge. Especialmente agradezco al Dr. Jorge Viñuales por regalarme un poco de su valioso tiempo e intercambiar ideas sobre esta área del derecho; así como a mis compañeros y amigos, Sofía, Jed, Agatha, Claudia, Melanie y Ruben, con quienes tuve valiosas discusiones sobre el derecho internacional y compartí buenos momentos en Cambridge.

También agradezco profundamente a mis amigos, especialmente a Fanny, Malka, Gastón, Marcos, Jordi, Laura C., Clara, Isa, Paulina y Javi, con quienes comparto frustraciones, alegrías y experiencias. Gracias por todo su cariño, apoyo, amistad, paciencia, complicidad, ánimo y ejemplo. Ustedes hacen que transitar el camino del doctorado y, principalmente, el de la vida sea una experiencia rica y memorable.

A todos mis amigos en Alemania, particularmente a Hildegard, Luján, Ximena, Attallah, María, Juan, Adriana y Anika, les agradezco su cariño y ánimo incondicional. También agradezco a Christian por su cariño y apoyo, que me han impulsado en la recta final de esta meta. Ustedes hacen de Alemania un lugar más cálido y alegre.

Agradezco desde el fondo de mi corazón a toda mi familia, a mi madre, mis hermanos, mis cuñadas y mis sobrinos, por su amor infinito, por creer en mí y motivarme para lograr todas mis metas y aspiraciones. Gracias porque han tenido una enorme paciencia y han sacrificado tiempo de calidad para que yo desarrollara este proyecto. De manera particular, agradezco a mi padre, quien siempre convirtió mis sueños en los suyos propios y me dio alas alcanzarlos. A ti te dedico todos mis esfuerzos.

Finalmente, agradezco a Dios por poner a todas estas personas maravillosas en mi camino, por darme una vida llena de experiencias y por darme fortaleza y acompañarme a lo largo de todo este viaje.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	I
RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1	13
ORIGEN Y DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA	13
1. Consideraciones básicas	13
2. El expansionismo europeo: el origen de la internacionalización de la inversión extranjera	16
3. La descolonización: auge y caída del derecho interno como estándar de trato de la inversión extranjera	24
4. El neoliberalismo: consolidación de un régimen internacional sobre la protección de la inversión extranjera	32
4.1. La internacionalización de los contratos inversionista-Estado	36
4.2. La expresión del consentimiento abierto para someter la diferencia a arbitraje (<i>consent without privity</i>)	41
4.3. La expansión de la jurisdicción	45
4.4. El acceso directo a instancias internacionales de solución de diferencias de inversiones	52
4.5. El desarrollo de protecciones amplias de la inversión extranjera bajo el derecho internacional	55
4.6. Formación de un régimen autosuficiente relativo a la inversión extranjera	75
4.7. El pago de indemnizaciones <i>totales</i>	84
4.8. Reflexiones sobre el enfoque neoliberal del DIIE sobre el derecho a regular en el interés público	88
5. Crisis, incertidumbre y cambios: cuestionamiento del régimen	91
CAPÍTULO 2	99
EL ROL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA PARA ALCANZAR EL DESARROLLO SOSTENIBLE: DISCURSOS, REALIDADES Y OPORTUNIDADES	99
1. Aproximación al desarrollo sostenible	99
2. El desarrollo sostenible en el discurso político global	102
3. La contribución de la inversión extranjera (directa) al desarrollo sostenible	111
3.1. La inversión extranjera directa acelera la degradación ambiental	113
3.2. La inversión extranjera directa favorece el crecimiento bajo en carbono	117
3.3. Balance	121
4. Re-conceptualización del DIIE para acelerar el desarrollo sostenible	124
4.1. Regulación de la conducta de las empresas y sus transacciones transnacionales	127
4.2. Reformulación de las cláusulas sobre el derecho aplicable a las diferencias relacionadas con las inversiones	127

4.3.	Corrección de la liberalización e internacionalización de la inversión extranjera	130
4.4.	Establecimiento de disposiciones para catalizar las inversiones sostenibles	143
CAPÍTULO 3		159
REFORMA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA		159
1.	Opciones de reforma de la UNCTAD	159
1.1.	Salvaguardar el derecho a regular	161
1.2.	Reformar el mecanismo de solución de controversias relacionadas con las inversiones.	164
1.3.	Promover y facilitar las inversiones	166
1.4.	Proteger únicamente las inversiones responsables	167
1.5.	Mejorar la coherencia sistémica	169
1.6.	Valoración de las propuestas de reforma de la UNCTAD para re-conceptualizar el DIIE	170
2.	Definición de la posición de país y firma de tratados bilaterales de inversiones de nueva generación	178
2.1.	Modelo de Acuerdo Bilateral de Inversiones del SADC	178
2.2.	Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones de Brasil	183
2.3.	Modelo de acuerdo bilateral de inversiones de India	188
3.	Negociación y firma de nuevos All plurilaterales	193
3.1.	All regionales	193
3.2.	All megaregionales	203
4.	Modernización y terminación de All neoliberales	209
4.1.	Influencia sobre la interpretación de All neoliberales	209
4.2.	Enmienda parcial o total de los All en vigor	211
4.3.	Terminación de los All neoliberales	213
5.	CETA, CPTPP y T-MEC ¿Son estos megaregionales aptos para acelerar el desarrollo sostenible?	214
5.1.	CETA	214
5.2.	CPTPP	225
5.3.	T-MEC	238
CAPÍTULO 4		249
LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES AMBIENTALES COMO UNA HERRAMIENTA PARA REORIENTAR LA REFORMA DEL DIIE		249
1.	Origen y desarrollo de los derechos procedimentales ambientales	250
2.	Los derechos procedimentales ambientales en derecho internacional: una perspectiva desde las obligaciones de los Estados	254
2.1.	Derecho al acceso a la información ambiental	258
2.2.	Derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales	265
2.3.	Derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales	271
3.	Puntos de entrada para la aplicación de los derechos procedimentales ambientales a asuntos relacionados con la inversión extranjera	272
3.1.	Espacios de regulación de la inversión extranjera	273
3.2.	Los inversionistas extranjeros como titulares de derechos procedimentales ambientales	278
3.3.	Los inversionistas extranjeros como destinatarios de obligaciones relacionadas con los derechos procesales ambientales	281

4. Aplicación de los derechos procedimentales ambientales a los espacios de regulación de la inversión extranjera	286
4.1. Los tratados internacionales de inversiones	286
4.2. Las políticas internas relacionadas con la inversión (extranjera)	303
4.3. Los contratos de inversión	315
4.4. Influencia de los derechos procedimentales ambientales sobre las normas procesales de arbitraje inversionista-Estado	325
CONCLUSIONES	341
FUENTES	361
ANEXO 1 – PRESENTACIÓN DE TRES CASOS ILUSTRATIVOS DE LA INTERSECCIÓN ENTRE LOS ARBITRAJES INVERSIONISTA-ESTADO Y LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES AMBIENTALES	423
ANEXO 2 – MENCIÓN INTERNACIONAL PARA EL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO	459

ABREVIATURAS

ACFI	Acuerdo de cooperación y facilitación de las inversiones
ACIA	ASEAN Comprehensive Investment Agreement
ACS	Acuerdo sobre comercio de servicios
AEC	Comunidad del este asiático
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AII	Acuerdos internacionales de inversiones
ALBA	Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América
ALBA-TCP	Tratado de Comercio entre los Pueblos de Nuestra América
AMUMA	Acuerdo multilateral sobre medio ambiente
API	Agencias de promoción de las inversiones
APPRI	Acuerdo de promoción y protección recíproca de las inversiones
ASEAN	Asociación de Naciones del Sureste Asiático
BM	Banco Mundial
CAO	Oficina Asesora en Cumplimiento de la Corporación Financiera Internacional
CARICOM	Comunidad del Caribe
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CE	Constitución Española
CEDR	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CETA	Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá
CFI	Corporación Financiera Internacional
CFTA	Tratado de Libre Comercio Continental
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones
CIERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CMNUCC	Convenio marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

CNULD	Convención de Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación
COMESA	Mercado Común de África Oriental y Austral
COP	Conferencia de las Partes
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPIJ	Corte Permanente Internacional de Justicia
CPTPP	Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico
CVDT	Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DFC	Development Finance Corporation
DIIE	Derecho internacional de la inversión extranjera
DS	Desarrollo sostenible
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EEUU	Estados Unidos de América
EAC	Comunidad Africana Oriental
EAE	Evaluación ambiental estratégica
EIA	Evaluación de impacto ambiental
EIDH	Evaluaciones de impacto de derechos humanos
EIS	Evaluación de impacto de sostenibilidad
EITI	Extractive Industries Transparency Initiative
FCN	Tratados de Amistad, Comercio y Navegación
FET	Trato justo y equitativo
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio
GEI	Gases de efecto invernadero
I+D	Investigación y desarrollo
IED	Inversión extranjera directa
IISD	International Institute for Sustainable Development
IMS	Estándar internacional mínimo de trato
INAB	Instituto Nacional de Bosques
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
ISO	Organización Internacional de Normalización
LEGEEPA	Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente
MDL	Mecanismos de Desarrollo Limpio
MENA	Oriente Medio y el Norte de África

MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MFN	Nación más favorecida
MIA	Manifestación de impacto ambiental
MPIDS	Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible
NDC	Contribuciones determinadas a nivel nacional
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OHCHR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMGI	Organismo Multilateral de Garantía de las Inversiones
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIB	Producto Interno Bruto
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PINPEP	Programa de incentivos para poseedores de pequeñas extensiones de tierras de vocación forestal o agroforestal (Guatemala)
PMA	Países menos adelantados
PNUMA	Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente
Probosque	Programa de incentivos para el establecimiento, recuperación, restauración, manejo, producción y protección de bosques (Guatemala)
RCEP	Asociación Económica Integral Regional
RSE	Responsabilidad social empresarial
SADC	Comunidad de Desarrollo de África Austral
SEMARNAT	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (México)
SEZ	Zonas económicas especiales
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
TCE	Tratado de la Carta de la Energía
TFTA	Acuerdo Tripartito de un Área de Libre Comercio
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	Tratados de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte

TNC	The Nature Conservancy
T-MEC	Tratado México, Estados Unidos y Canadá
TPP	Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica
TRIM	Agreement on Trade Related Investment Measures
TRIP	Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio
TTIP	Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión
UA	Unión Africana
UE	Unión Europea
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
UNADUR	Unión de Naciones Suramericanas
UNCTAD	Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNECE	Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas

RESUMEN

Hace ya más de 50 años que sabemos que el planeta y sus componentes son limitados, que nuestro ritmo de crecimiento, cada vez más acelerado, es insostenible y que la sobre-explotación y la superación de los límites planetarios tendría graves consecuencias sobre la economía, la biodiversidad, la salud y la vida en el planeta, en general. Hoy en día, los científicos confirman que ya hemos superado algunos límites planetarios y ya estamos experimentando las consecuencias que se manifiestan a través de desastres naturales cada vez más frecuentes, enfermedades, entre otros. La humanidad se encuentra en un punto crítico, donde es necesario actuar de manera firme y cambiar el rumbo. Ello requiere una transformación profunda en nuestros sistemas de valores y creencias. Supone el cuestionamiento de algunas máximas sobre las que se ha construido el sistema económico global y las normas jurídicas que lo sostienen.

El derecho internacional de la inversión extranjera (DIIE) destaca dentro de la amplia gama de sistemas de normas que requieren ser revisadas para transitar hacia un ecologismo profundo. Comúnmente el DIIE se presenta como un régimen necesario para acelerar el desarrollo sostenible, atrayendo inversión extranjera en sectores clave tales como los servicios de agua y saneamiento, electricidad, infraestructura y gestión de residuos en países en desarrollo, con lo cual se proveen servicios básicos a la población, se generan empleos y se acelera el desarrollo económico. Al mismo tiempo, se tiene conocimiento de que el DIIE puede restringir el margen de acción que tienen los Estados para regular las actividades económicas en su territorio. Quizás lo más relevante es que esta rama del derecho internacional tiene una influencia fundamental en los costos de esta transición y, en consecuencia, constituye un elemento clave en el engranaje jurídico que podría facilitar o entorpecer el desarrollo (ecológicamente) sostenible.

Esta investigación tiene por objetivo general determinar si el DIIE facilita la transición hacia un desarrollo ecológicamente sostenible y, si no es así, proponer reformas legales adecuadas, indicando también los medios legales disponibles para impulsar las reformas.

Para resolver esta interrogante, el estudio se divide en cuatro objetivos específicos, que se corresponden con la estructura de la tesis doctoral. El primer objetivo es comprender las motivaciones, las narrativas y las dinámicas en la política internacional que formaron el DIIE que hoy conocemos. La comprensión de las narrativas se muestra fundamental para determinar si el DIIE fue diseñado y estructurado con la intención de cumplir con la promesa de acelerar el desarrollo sostenible o no.

El segundo objetivo es determinar si la inversión extranjera (directa) puede contribuir o acelerar el desarrollo sostenible de los países receptores de la inversión y, en caso afirmativo, cómo puede el DIIE favorecer y garantizar este efecto positivo.

Resumen

El tercer objetivo es determinar si los tratados internacionales de inversiones, especialmente los de última generación, son aptos para financiar y acelerar el desarrollo sostenible de los países anfitriones.

Y el último objetivo es identificar herramientas legales existentes que los ciudadanos podamos utilizar para impulsar los cambios necesario en el régimen internacional de la inversión extranjera, de manera tal que podamos, gradualmente, conseguir contar con un régimen que regule la inversión extranjera y la convierta en un vehículo para alcanzar el desarrollo sostenible.

Esta investigación de tipo documental utiliza distintos métodos para alcanzar los cuatro objetivos de investigación. Para el primer objetivo elegí el método histórico-lógico por ser el más adecuado para revelar la génesis y evolución de normas jurídicas y explicar la formación de los sistemas jurídicos. Para el segundo objetivo apliqué el método inductivo-deductivo para lograr establecer conclusiones sobre la contribución de la inversión extranjera al desarrollo sostenible y las condiciones para que esto se produzca y, sobre esas conclusiones, deducir y proponer elementos que deberían contener los AII para acelerar el desarrollo sostenible. Para el tercer objetivo utilicé el método valorativo para analizar detalladamente los nuevos tratados a la luz de las condiciones previamente identificadas para que la inversión extranjera contribuya al desarrollo sostenible. Finalmente, para el cuarto objetivo elegí el método de análisis-síntesis por ser el más adecuado para analizar los derechos procedimentales ambientales y su posible aplicación a las diversas esferas de regulación de la inversión extranjera.

Las principales conclusiones de la investigación son:

Primera: El DIIE emergió para controlar las distintas fuentes de riqueza en el extranjero, a través del vínculo de la nacionalidad del inversionista o de su inversión; y que la promesa de que la protección de la inversión extranjera promoverá el desarrollo sostenible sólo es una narrativa que intenta legitimar un régimen colonialista y controversial.

Segunda: El DIIE actual se caracteriza por la protección de las inversiones extranjeras contra los efectos económicos adversos de las conductas regulatorias y/o de gobierno del Estado anfitrión (con independencia de los motivos de interés público que persiga la medida regulatoria), a través de la internacionalización de las diferencias relacionadas con las inversiones.

Tercera: Este enfoque de protección contra los efectos económicos de la regulación ha convertido al capital en un valor supremo protegido por el derecho internacional, que con frecuencia prevalece sobre otros valores, derechos e intereses que también merecen protección, tales como el medio ambiente, la democracia y los derechos humanos. El resultado no es que el DIIE transfiera los costos de la protección del medio ambiente, la acción climática, el abandono de los combustibles fósiles o de modelos extractivistas hacia los contribuyentes, dejando los intereses capitalistas intactos de todo tipo de responsabilidad.

Resumen

Cuarta: La inversión extranjera directa puede ser una fuente de capital externo para los países anfitriones que podría conducir tanto a la degradación ambiental como al crecimiento económico bajo en carbono, dependiendo de una multiplicidad de factores, siendo el más importante, la existencia de un marco regulatorio adecuado que controle las externalidades negativas de las inversiones y potencie efectos sociales y ambientales positivos, tales como la transferencia de tecnología, la conservación y restauración de los ecosistemas, entre otros.

Quinta: Con el fin de garantizar que la inversión extranjera pueda contribuir al desarrollo sostenible de los países anfitriones, es necesario re-conceptualizar el DIIE por completo. El objetivo principal debería ser el desarrollo sostenible de corte ecologista que priorice el equilibrio ecológico sobre el crecimiento económico. Asimismo, resulta imperante abandonar el enfoque de "protecciones" de los inversionistas extranjeros y sus inversiones y sustituirlo por otro de "responsabilidad" compartida de Estados e inversionistas de garantizar la vida en el planeta. Para ello, el nuevo DIIE debería incorporar una serie de principios ambientales en los AII para dirigir a los tribunales/jueces a priorizar la integridad ecológica; y debería regular la inversión extranjera para: 1) prevenir, sancionar y revertir, en la medida de lo posible, daños en el medio ambiente y las personas derivados de las inversiones internacionales; y 2) establecer metas y mecanismos claros de cooperación internacional en ciencia e investigación, fortalecimiento de capacidades, transferencia de tecnología y mecanismos para apalancar las inversiones privadas que apoyen la transformación ecológica de los países en desarrollo.

Sexta: Desde mediados de la década pasada, la comunidad internacional se ha embarcado en un complejo proceso de reforma del DIIE. Las propuestas de reforma hechas por la ONU tienen muchos elementos positivos, pero parecen poco ambiciosos para resolver los problemas estructurales del DIIE a fin de poner la inversión extranjera al servicio del desarrollo sostenible, precisamente porque no se atreven a buscar la regulación internacional de la inversión extranjera, sino que siguen apoyando la internacionalización y la desregulación de las inversiones.

Séptima: La reforma del DIIE, en la práctica, demuestra que no hay enfoques uniformes, sino que cada AII tiene características bien distintas. Ello impide identificar una dirección concreta, lo único que sí se puede concluir es que ni siquiera los AII más pro-desarrollo sostenible logran plantear un marco normativo adecuado para regular la inversión ni para catalizar y acelerar el desarrollo sostenible de corte ecológico.

Octava: Los derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales se muestran como herramientas útiles para exigir cambios en el DIIE para poner la inversión al servicio del desarrollo sostenible. Su aplicación en las esferas de regulación de las inversiones extranjeras es posible, pero aun enfrenta algunos retos: 1) que las autoridades reconozcan la negociación de AII, la formulación de políticas de inversiones y la negociación de contratos como información ambiental y como procesos de toma de decisiones ambientales; 2) que el acceso a la información y la participación

Resumen

pública en la toma de decisiones respecto a estas esferas de regulación no es obligatoria conforme al Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú; y 3) que al no ser vinculantes, el acceso a la justicia contra la negativa de proveer información sobre estos o por la falta de participación pública en el proceso de toma de decisiones también se ve afectado. La solución podría ser que los ciudadanos exijamos una ampliación de los derechos procedimentales ambientales para abarcar, de manera vinculante, todas estas esferas de regulación.

Conclusión general: El derecho internacional de la inversión extranjera, en su versión actual, no facilita la transición hacia un desarrollo sostenible, al contrario, podría aumentar los costos de la transición, por lo que es necesario que los ciudadanos impulsemos reformas más profundas al régimen haciendo uso de los derechos procedimentales ambientales.

INTRODUCCIÓN

Hace ya más de 50 años que sabemos que el planeta y sus componentes son limitados, que nuestro ritmo de crecimiento, cada vez más acelerado, es insostenible, que la sobre-explotación y la superación de los límites planetarios tendría graves consecuencias sobre la economía, la biodiversidad, la salud y la vida en el planeta, en general. A día de hoy, ya hemos superado algunos límites planetarios y ya estamos experimentando las consecuencias que se manifiestan a través de desastres naturales cada vez más frecuentes, enfermedades, crisis alimentarias, entre otros. Nos encontramos en un punto crítico, donde tenemos que actuar de manera firme y cambiar el rumbo. Pero ¿qué camino debemos tomar? ¿hacia dónde nos debemos dirigir, si hace ya más de 50 años que estamos persiguiendo el desarrollo sostenible? ¿qué debemos cambiar y cómo podemos hacerlo?

Por un lado, podemos continuar por el mismo camino que hemos transitado durante los últimos 40 años desde que se celebró la Declaración de Río en 1992: el camino de la economía verde y la firme creencia de que el libre mercado, acompañado del progreso científico, son la solución a las crisis ambiental y social. Por otro lado, podemos cambiar el rumbo y tomar el camino del ecologismo profundo, donde los humanos nos sabemos parte de los ecosistemas y asumimos responsabilidad por el cuidado del Planeta y de todos los seres vivos que lo habitan. Un camino donde las actividades humanas se alinean a y refuerzan los procesos naturales que mantienen la funcionalidad de los ecosistemas y la vida en el planeta.

El primer camino tiene un destino ya bien conocido: la pérdida masiva de biodiversidad,¹ el aumento de la temperatura global por encima de los 1.5°C con referencia a niveles pre-industriales,² la contaminación y sobre-explotación de los océanos,³ la desertificación, el aumento de las desigualdades, entre otros.⁴

El segundo camino, el del ecologismo profundo, requiere hacer una transformación profunda en nuestros sistemas de valores y creencias, para dirigir la conducta humana, la economía y la ciencia hacia la comprensión de los complejos procesos naturales, la observación de los efectos que las actividades humanas y las políticas

¹ Ver: IPBES, "Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services" (IPBES Secretariat 2019).

² Ver: IPCC, "Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty" (In Press 2018).

³ Ver: ONU, "Second World Ocean Assessment" (2020).

⁴ Ver: WWF y SZL, "Living Planet Report 2020" (2020); J., ROCKSTRÖM, et. al., "Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity" (2009) *Ecology and Society* Vol. 14, No. 2, p. 32; J., ROCKSTRÖM, et. al., "A safe operating space for humanity" (2009) *Nature* Vol. 462, pp. 472-574; W. STEFFEN, et. al., "Planetary boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet" (2015) *Science* Vol. 347, No. 736, p.1259855.

Introducción

tienen sobre ellos, y el desarrollo de soluciones que restauren los sistemas naturales y los fortalezcan a efectos de mantener su funcionalidad y preservar la vida en el planeta. Supone el cuestionamiento de algunas máximas sobre las que se ha construido el sistema económico global y las estrategias para alcanzar el desarrollo sostenible, así como su sustitución por otras narrativas y paradigmas.

El derecho internacional de la inversión extranjera destaca dentro de la amplia gama de leyes y normas que requieren ser revisadas para transitar hacia un ecologismo profundo, ya que este régimen define el margen de acción que tienen los Estados para regular las relaciones humanas con la naturaleza, en general, y las actividades económicas en su territorio, más específicamente. Además, este régimen tiene el potencial de elevar los costos de las medidas de protección ambiental y transferirlos a los contribuyentes. Por ello, constituye un elemento clave en el engranaje jurídico que podría facilitar o entorpecer la transición ecológica.⁵

En este contexto, mi investigación tiene por objetivo general determinar si el diseño, la estructura y las normas del derecho internacional de la inversión extranjera facilitan la transición hacia un desarrollo ecológicamente sostenible y, si no es así, proponer reformas legales adecuadas, indicando también algunas herramientas disponibles para impulsar las reformas desde nuestra propia esfera de influencia, como ciudadanos.

Para alcanzar este objetivo general, el estudio se divide en cuatro objetivos específicos, que se corresponden con la estructura de la tesis doctoral.

El primer objetivo es comprender las motivaciones, las narrativas y las dinámicas en la política internacional que formaron el derecho internacional de la inversión extranjera que hoy conocemos. La comprensión de las narrativas se muestra fundamental para determinar si el derecho internacional de la inversión extranjera fue diseñado y estructurado con la intención de cumplir con la promesa de acelerar el desarrollo sostenible o no. Si la respuesta es negativa, su comprensión permitirá cuestionarlas y, eventualmente, sustituirlas por otras más acordes con un ecologismo profundo.

Para satisfacer este objetivo apliqué el método histórico-lógico por ser el más adecuado para revelar la génesis y evolución de normas jurídicas y explicar la formación de los sistemas jurídicos. Recurrí a la historia del derecho, basándome en el análisis de normativa internacional, decisiones de la Comisión de Reclamaciones Generales EEUU-México, el Tribunal de Reclamaciones EEUU-Irán, la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Corte Internacional de Justicia, laudos de arbitraje inversionista-Estado, así como de la doctrina en la materia.

⁵ A lo largo de esta investigación utilicé los términos desarrollo sostenible, desarrollo ecológico, desarrollo ecológicamente sostenible y transición ecológica de manera indistinta para referirme a este cambio de rumbo que pone el equilibrio ecológico como un límite al crecimiento económico.

Introducción

El segundo objetivo es determinar qué deben contener los acuerdos internacionales de inversiones (AII) para poder contribuir al desarrollo sostenible. En alcanzar este objetivo apliqué el método inductivo-deductivo para lograr establecer conclusiones sobre la contribución de la inversión extranjera al desarrollo sostenible y las condiciones que deben presentarse para que este efecto positivo se produzca y, sobre esta información, deducir y proponer elementos que deberían contener los AII para acelerar el desarrollo sostenible. Este análisis se basa en estudios teóricos de sociología y ecología política, estudios empíricos macroeconómicos, documentos de política internacional de la ONU y doctrina.

El tercer objetivo es determinar si los tratados internacionales de inversiones, especialmente los de última generación, son aptos para financiar y acelerar el desarrollo sostenible de los países anfitriones. Apliqué el método valorativo para analizar detalladamente los nuevos tratados a la luz de las condiciones previamente identificadas para que la inversión extranjera contribuya al desarrollo sostenible.

El cuarto objetivo es identificar herramientas legales existentes que los ciudadanos podamos utilizar para impulsar cambios en el régimen internacional de la inversión extranjera, de manera tal que podamos, gradualmente, conseguir contar con un régimen que regule la inversión extranjera y la convierta en un vehículo para alcanzar el desarrollo sostenible. Para alcanzar este objetivo elegí el método de análisis-síntesis por ser el más adecuado para analizar los derechos procedimentales ambientales y su posible aplicación a las diversas esferas de regulación de la inversión extranjera. Recurrí al análisis de textos normativos de derechos humanos, especialmente el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú relativos al derecho al acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso de justicia en materia ambiental. También analizo decisiones judiciales de cortes nacionales e internacionales de derechos humanos, comentarios generales de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, recomendaciones del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus y textos doctrinarios.

La tesis doctoral se estructura en cuatro capítulos. El primer capítulo describe el origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera. Demuestro que, a lo largo de su historia, el principal punto de desacuerdo entre los Estados del Norte y Sur global ha sido *qué* derecho ha de aplicar a las diferencias relacionadas con inversiones extranjeras y *quién* resuelve las diferencias. Los países del Norte global siempre han buscado aplicar su propio derecho o el derecho internacional a las diferencias relacionadas con las inversiones de sus nacionales en países del Sur global. Por su parte, los países del Sur global llevan más de dos siglos esforzándose por sujetar las diferencias surgidas en relación con la inversión extranjera a su derecho y sus cortes internos.

Desde la caída del Muro de Berlín y el triunfo del neoliberalismo, los países del Norte global lograron consolidar un régimen internacional que protege la inversión extranjera contra cualquier cambio político y normativo en los países anfitriones

Introducción

que afecte las expectativas de retorno de la inversión. Esto es el producto del uso combinado de seis estrategias: 1) la internacionalización de los contratos de inversiones, con cláusulas de estabilización del derecho aplicable al proyecto de inversión y cláusulas paraguas que atraen las diferencias relacionadas con los contratos bajo la protección de los tratados de inversión; 2) la fabricación de un consentimiento unilateral y abierto de los países firmantes de los tratados de inversiones para someter las diferencias relacionadas con las inversiones protegidas por el tratado al arbitraje inversionista-Estado, esto es, sin asegurar el consentimiento recíproco de los inversionistas antes del surgimiento de una diferencia; 3) la expansión de la jurisdicción de los Tribunales arbitrales a través de interpretaciones amplias de las definiciones de inversionista e inversión extranjera; 4) la liberación de la obligación de los inversionistas agotar los recursos internos antes de acceder a instancias internacionales; 5) la interpretación expansiva de las protecciones de los inversionistas, protegiendo incluso las "expectativas legítimas" que estos pudieran tener sobre la conducta del Estado anfitrión para con sus inversiones; 6) la aplicación exclusiva del tratado de inversiones para resolver la diferencia, en exclusión del derecho internacional de los derechos humanos y ambiental; y 7) la aplicación de estándares de compensación/indemnización *total* a los inversionistas por los daños ocasionados por las conductas de gobierno a la inversión y sus expectativas de retorno.

Asimismo, se pone en evidencia que la internacionalización del DIIE pretende proteger a los inversionistas extranjeros y las inversiones de *los efectos económicos* de la regulación o los actos de gobierno, lo que tiene como consecuencia el posicionamiento del capital (o del lucro) como un valor supremo que prevalece incluso sobre otros valores dignos de protección, como el medio ambiente y los derechos humanos.

El capítulo cierra con la exposición de las debilidades estructurales del régimen que se evidenciaron a partir de la crisis financiera global de 2007, y que derivaron en una profunda crisis de legitimidad, el surgimiento de respuestas aisladas de distintos países y, posteriormente, impulsaron un diálogo global de reforma. En este diálogo, el régimen se intenta mantener, justificar y legitimar bajo el argumento de que es necesario proteger las inversiones para crear confianza en los inversionistas, cuyas inversiones ayudarán a los Estados a lograr su desarrollo sostenible.

El segundo capítulo pone a prueba esta última narrativa de que la inversión extranjera ayudará a alcanzar el desarrollo sostenible. Comienzo por introducir el concepto de desarrollo sostenible, mostrando sus diversas interpretaciones y desacuerdos. Seguido, analizo los resultados de diversos estudios macroeconómicos que valoran los efectos del aumento de la inversión extranjera directa (IED) en la calidad del medio ambiente de los países receptores de la inversión, concluyendo que la IED tiene una tendencia natural a acelerar la degradación ambiental en los países anfitriones, a menos que exista una robusta y cuidadosa regulación de la inversión extranjera. En consecuencia, apunto que el enfoque de liberalización y protección de las inversiones está peligrosamente mal

Introducción

orientado, puesto que promueve la desregulación de las inversiones y, con ello, acelera la degradación de la base natural, la sobreexplotación de los recursos naturales en los países anfitriones pone en riesgo los medios de vida de las comunidades locales y eleva exponencialmente los costos de la acción climática.

Basada en estos resultados y tomando en cuenta mis propias experiencias de trabajo en organizaciones implementadoras de proyectos de conservación hago algunas propuestas de lo que, a mi parecer, deberían incluir los tratados internacionales de inversiones para responder a las necesidades reales de financiamiento para el desarrollo sostenible. Mis propuestas comienzan por que los tratados internacionales de inversiones adopten un objetivo de desarrollo ecológico, apoyándose en principios de derecho internacional ambiental, así como el enfoque de responsabilidad compartida de Estados y empresas de garantizar la vida en el Planeta. Apunto a la necesidad de transitar de un régimen de *liberalización* a uno de *regulación* de la inversión extranjera. Para ello hay que *corregir* las cláusulas de los tratados de inversiones que permitieron la formación de régimen de inversiones de corte neoliberal, así como incluir nuevas cláusulas orientadas a *catalizar* recursos para financiar el desarrollo sostenible, tales como la inclusión de criterios de impacto sostenible de las inversiones, la transferencia de tecnología, la cooperación en investigación y desarrollo, la cooperación internacional en materia fiscal, la eliminación de subsidios a los combustibles fósiles, entre otras.

En el tercer capítulo procedo a analizar las opciones de reforma formuladas por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), a la luz las propuestas hechas en el capítulo dos. Seguido, analizo algunas reformas que ya se han efectuado en el régimen internacional de la inversión extranjera desde 2015 hasta junio de 2021. Comienzo por describir las fases de la reforma y ofrezco un panorama global de la firma de nuevos tratados internacionales de inversiones en África, Asia, las Américas y Europa. Estudio detalladamente tres tratados internacionales de inversiones recientes de una gran importancia en la economía global: el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA), el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP) y el Tratado México, EEUU y Canadá (T-MEC). Concluyo que, aunque es posible apreciar varios cambios importantes en el régimen, en mi opinión, las reformas parecen más bien estéticas, desordenadas y riesgosas, generando un régimen más complejo, más incierto e inequitativo que mantiene las claves del régimen neoliberal y donde el desarrollo sostenible juega un rol tangencial.

El cuarto capítulo se centra en buscar herramientas al alcance de los ciudadanos para exigir cambios en todos los espacios de regulación de la inversión extranjera y así, en ejercicio de nuestros derechos civiles y políticos, forzar cambios normativos que conviertan la inversión extranjera en un vehículo para la transición ecológica. Argumento que los derechos civiles y políticos relacionados con la participación pública en la toma de decisiones ambientales son la principal herramienta con que cuenta la ciudadanía para forzar un cambio profundo. Expongo el desarrollo y contenido de los derechos de acceso a la información,

Introducción

participación pública y acceso a la justicia relacionada con asuntos ambientales en el derecho internacional. Después, teorizo sobre su posible aplicación en los tratados de internacionales de inversiones, las políticas de inversiones, los contratos de inversiones y el arbitraje inversionista-Estado. Concluyo que los ciudadanos tenemos una doble tarea para forzar estos cambios, por un lado, tenemos que exigir que el alcance de estos derechos se expanda para cubrir, con mayor claridad y obligatoriedad, todas las esferas de regulación de la inversión extranjera; y, por otro lado, ejercer estos derechos para desafiar el régimen internacional de la inversión extranjera que se sigue desarrollando muy rápidamente.

La investigación concluye, a grandes rasgos, que el derecho internacional de la inversión extranjera, tanto en su versión neoliberal como en su versión más actualizada, garantiza la desregulación y, por tanto, se reduce seriamente el potencial de esta para financiar un desarrollo ecológicamente sostenible, y se corre el riesgo de acelerar la degradación ambiental, de elevar los costos de la acción climática y de contribuir al endeudamiento/empobrecimiento de los países en desarrollo.

Finalmente, se incluye un anexo donde estudio detalladamente tres casos de arbitraje inversionista-Estado, reflexionando sobre cómo la aplicación de los derechos procedimentales ambientales a las decisiones relacionadas con la inversión extranjera podrían ayudar a prevenir y resolver diferencias de inversiones antes de llegar a instancias internacionales; así como sobre la manera en que el arbitraje inversionista-Estado puede suponer un obstáculo para el disfrute y ejercicio de los derechos procedimentales ambientales de los ciudadanos del país receptor de la inversión. Estos casos se incluyen como un anexo porque el nivel de detalle del análisis escapaba a los objetivos de los cuatro capítulos, pero son relevantes para ilustrar diversos argumentos elaborados a lo largo de la tesis.

Las fuentes utilizadas en esta investigación incluyen tratados bilaterales y multilaterales en materia de inversiones, integración económica, derechos humanos y medio ambiente. Se han consultado documentos de diversos órganos de la ONU, incluyendo resoluciones de la Asamblea General, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, el Consejo de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente; así como de documentos de otras organizaciones internacionales, tales como la Unión Africana, la Unión Europea, la Comunidad del Caribe, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

También he consultado laudos de arbitraje inversionista-Estado, tanto administrados por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relacionadas con las Inversiones como otros *ad hoc*, decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia, Corte Permanente de Justicia Internacional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

Introducción

Tribunal de Reclamaciones EEUU-Irán, Comisión de Reclamaciones Generales EEUU-México, Comité de Derechos Humanos y Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus.

Asimismo, consulté amplia bibliografía sobre desarrollo sostenible, derechos procedimentales ambientales, derecho internacional de inversiones, derecho internacional de los derechos humanos, historia del derecho internacional, neoliberalismo y ecología política.

El desarrollo de esta investigación se ha realizado haciendo uso de los recursos bibliográficos de la Universitat Rovira i Virgili, la Universidad de Bonn, el *Lauterpacht Centre for International Law* de la Universidad de Cambridge, el Centro de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), el *International Investment Law Centre Cologne* y la biblioteca virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La elaboración de esta tesis doctoral se ha beneficiado enormemente de las experiencias de la investigadora en diversas organizaciones internacionales y centros de investigación. Primero, la investigación se benefició de la estancia de investigación en el *Lauterpacht Centre for International Law de la Universidad de Cambridge* de enero a marzo de 2015, donde me centré en analizar aspectos relacionados con la regulación de la conducta de los inversionistas extranjeros y la debida diligencia en el derecho internacional, donde también tuve la oportunidad de intercambiar ideas con otros investigadores visitantes y profesores de la Universidad de Cambridge. Segundo, la investigación también se enriqueció de las prácticas profesionales en el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en la División de Derecho y Convenciones Ambientales, donde trabajé en varios temas, entre ellos, derechos humanos y medio ambiente.

Quisiera resaltar especialmente el período de trabajo como Oficial legal en el Centro de Derecho Ambiental de la UICN, de enero de 2018 a septiembre de 2020, donde tuve la oportunidad de colaborar en el proyecto GO4EbA/AVE enfocado en la implementación de medidas basadas en la naturaleza para la adaptación al cambio climático en países en desarrollo y en el proyecto de la Incubadora para la Conservación de la Naturaleza (INC), el cual tenía por objetivo apoyar a las instituciones u organizaciones encargadas de gestionar áreas protegidas a cerrar sus brechas financieras a través de proyectos sostenibles y la atracción de inversionistas de impacto. Mi participación en ambos proyectos justifican mi decisión de aplicar el “enfoque de ecosistemas” adoptado e impulsado por el Convenio de Diversidad Biológica al derecho internacional de la inversión extranjera y el especial énfasis en la importancia de catalizar inversiones en el sector de la conservación y restauración de ecosistemas. El contacto directo con la problemática de la financiación de la conservación me ayudó a transitar de una posición que rechazaba el derecho internacional de la inversión extranjera por completo, a una que pretende transformarlo profundamente debido a que reconozco las grandes brechas financieras para soportar los costos de la conservación con recursos públicos.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández

CAPÍTULO 1

Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

El derecho internacional de la inversión extranjera (DIIE) es una de las áreas más dinámicas y también controvertidas del derecho, cuya comprensión obliga a indagar en su génesis.

En este capítulo, haré una breve introducción al DIIE para situar al lector en el tema de estudio. Después describiré su evolución desde el expansionismo europeo hasta el año 2012, que marca el inicio de un acelerado proceso de reforma. El desarrollo del DIIE no ha sido ordenado ni lineal, lo que supone un reto de simplificación que intento sortear con la identificación de acontecimientos que, desde mi perspectiva, marcan hitos y que utilizo para definir períodos concretos.⁶ Comenzaré por explicar su origen a través de la doctrina de la “protección diplomática” hasta la firma de tratados que prohibieron el uso de la fuerza para el cobro de deudas. Seguidamente, haré un breve recuento del período posterior a la Segunda Guerra Mundial hasta la caída del Muro de Berlín, remarcando las tensiones entre los antiguos imperios y los nuevos Estados independientes en relación con la inversión extranjera y, de forma central, el acceso y control a los recursos naturales. Continuaré por apuntar los elementos neoliberales que se introdujeron en los AII posteriores a la caída del Muro de Berlín desde la década de 1990 hasta la crisis financiera de 2007. Finalmente, haré una reflexión sobre las debilidades estructurales del régimen que derivaron en la crisis de legitimidad, así como diversas respuestas unilaterales de algunos Estados severamente afectados por el régimen y el subsiguiente proceso de reforma.

1. Consideraciones básicas

El DIIE es la rama que regula las transacciones económicas de nacionales de un Estado en el territorio de otro Estado.⁷ Define estándares de trato que los Estados deben otorgar a los inversionistas extranjeros⁸ dentro de su territorio, así como un mecanismo de solución de diferencias específicas para estas inversiones.

Las fuentes primarias del DIIE son: 1) Acuerdos internacionales de inversiones (AII);⁹ 2) el Derecho internacional consuetudinario; y 3) Principios generales de

⁶ J. PAUWELYN, “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN and J.E. VIÑUALES, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (Oxford University Press 2014) p. 35.

⁷ J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties* (2nd Ed., Oxford University Press 2015) p. 6.

⁸ En esta investigación se usan los términos inversor e inversionista indistintamente.

⁹ Los AII incluyen los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y cualquier otro tratado de libre comercio y/o cooperación económica con disposiciones relativas a la protección de las inversiones.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

derecho.¹⁰ Las fuentes secundarias incluyen las decisiones judiciales y/o laudos arbitrales y la doctrina.

Actualmente los AII tienen una posición predominante en el DIIE, como fuente del derecho aplicable a las diferencias de inversiones.¹¹ El derecho consuetudinario ocupa un rol complementario, principalmente, para resolver lagunas de los tratados o para interpretarlos.¹² Si bien no existe aún un sistema para la aplicación y/o priorización de decisiones o laudos arbitrales, los árbitros hacen referencia a laudos previos para fundamentar sus decisiones, por lo que incluso se habla de que los laudos arbitrales están dando lugar a un *common law* de inversión extranjera.¹³ En esta rama del derecho, la doctrina se aplica con frecuencia en los arbitrajes inversionista-Estado para aclarar conceptos indefinidos y, en ocasiones, para aplicar doctrinas.¹⁴

Las normas no vinculantes (*soft law*) han tenido un rol importante para el desarrollo de mecanismos no-judiciales de control de la inversión extranjera,¹⁵ aunque dichas normas rara vez figuran en los arbitrajes de inversiones como derecho aplicable o para la interpretación de los AII.¹⁶

Los AIIs tienen una estructura más o menos común, aunque muestran algunas diferencias de lenguaje. Las secciones comúnmente descritas son: 1) Disposiciones sobre el ámbito de aplicación del tratado, que incluye las definiciones más importantes y algunas normas sobre sectores o productos que quedan dentro y/o fuera del alcance material del tratado;¹⁷ 2) Disciplinas sustantivas de las

¹⁰ Art. 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Ver también: M. HIRSCH, "Sources of International Investment Law" en A. K. BJORKLUND and A. REINISCH, *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar Publishing 2012) p. 11

¹¹ M. Hirsch, "Sources of International Investment Law", cit., p. 13.

¹² En ausencia de un AII o un contrato de inversiones, sería complicado probar el consentimiento de un Estado a someter la diferencia de inversiones a arbitraje internacional. Por ello, los AII tienen un rol predominante. Sobre este tema ver: K. PARLETT, "Claims under Customary International Law in ICSID Arbitration" (2016) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 31, No. 2, pp. 434-256.

¹³ P. M. NORTON, "The Role of Precedent in the Development of International Investment Law" (2018) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 33, No. 1, pp. 280-301; F. GRIESEL, "The Sources of Foreign Investment" en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN and J.E. VIÑUALES, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (Oxford University Press 2014) pp. 213-234. De hecho, M. Sornarajah critica que el DIIE ha sido formado por académicos y expertos que han representado los intereses de los grandes capitales, en vez de basarse en normas de derecho internacional bien establecidas. Ver: M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 2010) p. 294.

¹⁴ M. HIRSCH, "Sources of International Investment Law", cit., p. 11

¹⁵ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge University Press 2012) pp. 60-82.

¹⁶ Sobre un análisis del rol del *soft law* en el DIIE, ver: A. K. BJORKLUND y A. REINISCH, *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar Publishing 2012). Se debe aclarar que algunos arbitrajes inversionista-Estado los tribunales se han mostrado más abiertos a aplicar estos instrumentos, ver: *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26.

¹⁷ Esta sección suele incluirse al principio o al final del tratado.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

inversiones, que normalmente son los estándares de trato nacional, trato de nación más favorecida, estándar mínimo de trato, expropiación indirecta, libre transferencia de capital, entre otros; y 3) Solución de controversias, donde comúnmente se contempla el arbitraje Estado-Estado y el arbitraje inversionista-Estado.¹⁸ Estas secciones no siempre siguen el mismo orden y muestran diferencias en el lenguaje utilizado.

El arbitraje inversionista-Estado es el mecanismo más utilizado por los inversionistas extranjeros cuando consideran que alguno de sus derechos establecidos en los AII ha sido violado por el Estado anfitrión. Hay tres aspectos fundamentales respecto a este arbitraje: el tribunal, las reglas de procedimiento y el control o revisión del laudo y la ejecución.

Respecto al primer punto, a pesar de que el arbitraje inversionista-Estado se encuentra en casi todos los AII, no existe a la fecha ningún órgano de resolución permanente, sino que los tribunales se constituyen para resolver cada caso concreto y al emitir su laudo o cerrar el caso, se disuelven.¹⁹

En ausencia de dicho órgano, muchos AII señalan un cuerpo de reglas procedimentales de arbitraje, que aplicarán tanto a la conformación del tribunal, como a todos los demás aspectos relativos al consentimiento al arbitraje, la jurisdicción, el derecho aplicable al fondo de la controversia, la participación de terceros en el proceso, pruebas, laudos, etc. Los dos cuerpos de reglas procedimentales más utilizados son los desarrollados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).²⁰

Finalmente, tampoco existe un mecanismo de apelación para la revisión del laudo arbitral, conforme a estas reglas por errores en la interpretación de los hechos o aplicación del derecho.²¹

¹⁸ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 152; UNCTAD, "World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge" (2008) p. 343.

¹⁹ Actualmente la Unión Europea (UE) está en proceso de conformación de un Tribunal de Inversiones, que se acordó en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA). El 30 de abril de 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) confirmó la conformidad de dicha Corte de Inversiones con el derecho de la UE en su Dictamen 1/17, en respuesta a la consulta que le hiciera Bélgica. Ver: Consejo Europeo, "Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes" (1 March 2018) Doc. 12981/17 Add 1; Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) (30 de abril de 2019). Asimismo, en el marco de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se está negociando el establecimiento de un Tribunal Multilateral de Inversiones. Ver: CNUDMI, "Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Report" (sin fecha) (https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state).

²⁰ M. ORELLANA, "Medio ambiente y arbitraje de inversiones" en F. SINDICO, R. FERNÁNDEZ EGEA y S. BORRAS PETINANT (eds.) *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una Visión desde Iberoamérica* (CMP Publishing 2011) p. 394.

²¹ El diseño de un mecanismo de apelación dentro de las reglas de arbitraje del CIADI se ha venido discutiendo tanto desde la academia como dentro del CIADI. Ver: C. TAMS, "An Appealing Option? The Debate About an ICSID Appellate Structure" (2006) *Essays in Transnational Economic Law* No.

2. El expansionismo europeo: el origen de la internacionalización de la inversión extranjera

La edad moderna es fundamental para comprender el DIIE, pues algunos acontecimientos políticos, sociales, económicos y filosóficos de esa época han extendido su influencia hasta la actualidad. Concretamente, me refiero al colapso de las estructuras sociales basadas en el feudalismo y el nacimiento de los Estados nación; la Revolución Industrial, iniciada en Inglaterra; el despliegue económico de Europa, que afianza su predominio en el mundo, en parte, a través del colonialismo comercial²² y la formación de los Estados Unidos de América (EEUU) como una nación dominante en el continente americano.

En la edad moderna, en Europa se fue desarrollando una economía capitalista basada en la división del trabajo y un sistema de agricultura que promueve la apropiación de la tierra para abastecer las necesidades de los centros de poder.²³ Dado que el sistema de producción capitalista necesita extenderse para continuar generando riqueza, los antiguos reinos del continente europeo se embarcaron en la búsqueda de nuevos territorios que pudiesen dominar física o comercialmente.²⁴

Se fue expandiendo el colonialismo mercantilista que consistió en el establecimiento de empresas público-privadas en los territorios asiáticos con los cuales se conformaron relaciones comerciales.²⁵ Estas empresas fueron reconocidas como una extensión del soberano europeo, por lo que las propiedades de estas empresas, así como las personas y los recursos bajo su control, estaban gobernadas por lo que mandare la empresa y su soberano y no por las normas que existieren en el territorio donde se encontrare.²⁶ El ejemplo más importante es la *Dutch East India Company* constituida en 1602, a la que el gobierno holandés

57 <<http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft57.pdf>>. En agosto del 2018, el CIADI publicó un paquete de cambios propuestos a sus reglas de solución de controversias inversionista-Estado. Ver: CIADI, "Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules" (3 August 2018) < https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendment_Backgrounder.pdf>; IISD, "Summary comments to the Proposal for Amendment of the ICSID Arbitration Rules" (2019) < <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/IISD.pdf>>.

²² M. CRAVEN, "Colonialism and Domination" en B. FASSBENDER y A. PETERS (eds.) *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press 2012) p. 870.

²³ Ver: I. WALLERSTEIN, *El moderno sistema mundial I: la agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI* (Siglo Veintiuno 2010).

²⁴ En esta investigación yo no expongo la importancia del colonialismo en las actuales relaciones económicas internacionales, ni en el apoyo al colonialismo por parte del derecho internacional. Sin embargo, esto es estudiado por la escuela *Third World Approaches to International Law* (TWAIL). Ver: R. FALK, "The New States and International Legal Order" (1966) *Collected Courses of the Academy of International Law* Vol. 118, p. 1; A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press 2004); B. RAJAGOPAL, *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance* (Cambridge University Press 2003); B. S. CHIMNI, "Third World Approaches to International Law: A Manifesto" (2006) *International Community Law Review* Vol.8, No. 3.

²⁵ Una versión resumida de esta fase de la historia del DIIE se puede consultar en: J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, cit., pp. 90-95.

²⁶ K. MILES, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguard of Capital* (Cambridge University Press 2013) p. 19.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

le concedió el monopolio para el comercio de especies en el continente asiático. Esta empresa se considera la madre de la inversión extranjera directa del capitalismo moderno.²⁷

La lucha por la dominación de rutas comerciales y territorios de conquista entre los reinos europeos, aunado a la escisión religiosa en el espacio germánico, condujo al estallido de la Guerra de los Treinta años en 1618 en Bohemia. Esta guerra convirtió a Europa en el escenario de un prolongado y sanguinario conflicto que culminó con la firma de los Tratados de Münster y de Osnabrück en 1648, también conocidos como la Paz de Westfalia.²⁸

Algunos autores identifican a la Paz de Westfalia como el nacimiento del Estado y, consecuentemente, también del derecho internacional moderno.²⁹ A partir de este momento, los Estados europeos comenzaron a firmar acuerdos internacionales para establecer derechos, obligaciones y libertades dentro de su territorio, sin estar sujetos al poder de ningún otro soberano. Las relaciones comerciales entre estos establecieron estándares de trato a los ciudadanos que desarrollaban actividades de inversión en la región.³⁰

En este contexto surgió el debate sobre los derechos y obligaciones de los Estados respecto a personas nacionales de otro Estado que se asientan en su territorio. Uno de los filósofos más importantes de la época fue Emmerich de Vattel, quien argumentaba que los extranjeros mantenían su pertenencia al soberano o Estado de origen a través del vínculo de la nacionalidad, por lo que no estaban obligados a someterse a todas las órdenes del soberano en cuyo territorio se asentaran.³¹ Además, según sus ideas, dicha pertenencia se extendía no sólo a la persona, sino también a sus propiedades, las cuales eran consideradas como parte de la riqueza del Estado de origen.³²

Esta ficción jurídica formulada por Vattel en 1758 fue cobrando más importancia conforme fueron estallando los movimientos emancipatorios en las américas, primero de las Trece Colonias que se independizaban de Gran Bretaña, seguido por las colonias españolas en el Centro y Sur del continente americano. Sus postulados sirvieron de base conceptual para la firma de Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (FCN, por sus siglas en inglés) entre la nueva nación

²⁷ *Ibid.* p. 23.

²⁸ J. J. BREMER, *De Westfalia a Post-Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional* (Universidad Nacional Autónoma de México 2013) p. 45.

²⁹ T. A. WALKER, *The History of the Law of Nations* (Cambridge University Press 2006) p. 147.

³⁰ K. MILES, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguard of Capital...*, cit., p. 19.

³¹ F. V. GARCIA-AMADOR, *The Changing Law of International Claims* (Oceana Publications Inc. 1984) p. 53

³² MONSIEUR DE VATTEL, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (6th Ed. From a new edition by Joseph Chitty, T & J. W. Johnson 1849) p. 165; F.V. GARCIA-AMADOR, *The Changing Law of International Claims...*, cit., p. 71.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

independiente de los EEUU y los imperios europeos que incluyeron ya obligaciones de trato a los nacionales de un Estado de la misma manera en que se trata a los nacionales de la nación más favorecida -conocido como el estándar de trato de nación más favorecida-, así como el mismo trato que se da a los nacionales en asuntos tributarios y de otra índole económica -conocido como el estándar de trato nacional.³³ En 1794, los EEUU y Gran Bretaña firmaron el primer FCN con una cláusula sobre reclamaciones para resolver eventuales diferencias relativas a la confiscación de propiedades de los extranjeros.³⁴

En la primera mitad del siglo XIX, Francia y España tenían intención de reconquistar las excolonias en las américas, mientras EEUU y la Gran Bretaña tenían interés por mantener el dominio comercial de los mercados en ellas, con el fin de lograr su propio desarrollo. Así, en 1822 el Presidente de EEUU, James Monroe declaró que el continente americano no debería ser considerado como sujeto de una futura recolonización por parte de ninguna potencia europea. Aseveró que EEUU no intervendría en las guerras europeas, pero que era inevitable que se interesara en los asuntos concernientes al continente americano por la simple vecindad geográfica y que cualquier intento de vulnerar la independencia de las nuevas repúblicas del continente americano sería visto como una amenaza para la seguridad y la paz hemisférica, y en concreto como actos poco amistosos y agresivos contra EEUU.³⁵ Con ello, los intereses de EEUU y de la Gran Bretaña quedaron asegurados. Gran Bretaña envió cónsules a las capitales de las antiguas colonias de centro y sudamérica para firmar tratados de comercio, aprovechando la avenencia que tenían con los insurgentes debido al apoyo armamentístico y económico que les prestaron durante las luchas de independencia.³⁶

A partir de entonces, las naciones latinoamericanas ya no estuvieron bajo la amenaza de recolonización por parte de Europa, sino bajo un acoso comercial tanto por su gran vecino del norte como por las potencias europeas. A excepción de la invasión de EEUU a México a principios del siglo XIX por el territorio de Texas, los siguientes ataques e invasiones efectuadas por naciones europeas ya no serían con motivos de conquista territorial, sino con la intención de reclamar el pago de deudas públicas, incluyendo aquellas resultantes de afectaciones a las propiedades

³³ Ver: F.V. GARCIA-AMADOR, *The Changing Law of International Claims...*, cit., p. 71.

³⁴ A. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Kluwer Law International 2009) p. 2. La firma de FCN se volvió una práctica recurrente: por ejemplo, EEUU firmó también acuerdos con Argentina y Gran Bretaña. Ver: UNITED STATES, *Treaties and Other International Acts of the United States of America: Documents 152-172: 1852-1855* (U.S. Government Printing Office 1931) p. 211, 667.

³⁵ O. HERRERA y A. SANTA CRUZ, *Historia de las relaciones internacionales de México 1821-2010, Vol. 1 América del Norte* (Secretaría de Relaciones Exteriores de México 2011) pp. 56-76.

³⁶ O. HERRERA y A. SANTA CRUZ, *Historia de las relaciones internacionales de México 1821-2010...*, cit., p. 67. Ver también: J. E. VIÑUALES y M. J. LANGER, "Foreign Investment in Latin America: Between Love and Hatred" en C. AUROI and A. HELG (eds.) *Latin America 1810-2010: Dreams and Legacies* (Imperial College Press 2012) p. 320.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

de sus nacionales en los territorios de las nuevas naciones independientes latinoamericanas.³⁷

Los EEUU tenían intereses territoriales sobre una gran parte de lo que, entonces, pertenecía a México. Dicho país intentó renegociar los límites y la adquisición del territorio, pero únicamente logró llegar a un acuerdo de límites, comercio y amistad en 1826. El acuerdo no satisfizo los intereses de EEUU porque no incluyó ninguna disposición para garantizar que los nacionales estadounidenses gozaran el mismo trato que los nacionales de la nación más favorecida que se encontraran en México. México reservaba un trato más favorable para los nacionales de países hispanoamericanos por lo que se negó a ofrecer un trato igual de favorable a los nacionales de su vecino del norte.³⁸

El tratado de límites, comercio y amistad firmado entre estos países no tuvo mayores efectos directos en sus economías puesto que los intercambios mercantiles en la frontera eran muy escasos, pero sí marcó un hito en el desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera. Los particulares o empresas extranjeras, particularmente estadounidenses, utilizaron el tratado para hacer reclamaciones por daños y pérdidas materiales que argumentaban haber sufrido en territorio mexicano como consecuencia de los disturbios políticos que se experimentaron en el país a partir de 1828 como resultado de la inestabilidad política en México.³⁹ Los casos fueron numerosos y, en muchos de ellos, inflados en cuanto a la indemnización solicitada, lo cual fue aprovechado por EEUU para ejercer presión en México e incluso, el gobierno multiplicó los montos para debilitar la resistencia de México ante sus intereses expansionistas.⁴⁰

Ante lo anterior, México respondió que para dar curso a cada reclamación, ésta debía estar sujeta a los procedimientos legales vigentes del Estado mexicano, lo que Estados Unidos interpretó como una elusión de la responsabilidad de garantizar adecuadamente la demanda y, por tanto, representaba una denegación de justicia que justificaba el ejercicio de la protección diplomática del Estado y el uso de la fuerza contra México en 1846.⁴¹

Así, la construcción jurídica formulada por Vattel en 1758 fue utilizada también a mediados del siglo XIX para el desarrollo de la doctrina de protección diplomática, que consiste en que los daños ocasionados a los nacionales de un Estado (en adelante Estado de origen) en el territorio de otro Estado (en adelante Estado

³⁷ Ver: F. ARIAS OSPINA, "Dinámica del derecho a la no-intervención en América del siglo XIX" (2013) *Derecho, Constitución y Justicia* No. 36, pp. 189-204.

³⁸ O. HERRERA Y A. SANTA CRUZ, *Historia de las relaciones internacionales de México 1821-2010...*, cit., p. 85.

³⁹ O. HERRERA y A. SANTA CRUZ, *Historia de las relaciones internacionales de México 1821-2010...*, cit., p. 86. Ver también: A. GÓMEZ ROBLEDO, *México y el arbitraje internacional. El Fondo Piadoso de las Californias. La Isla de la Pasión. El Chamizal* (Porrúa 1965) pp. IX-XII.

⁴⁰ O. HERRERA y A. SANTA CRUZ, *Historia de las relaciones internacionales de México 1821-2010...*, cit., p. 87.

⁴¹ *Ibid*, p. 87.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

anfitrión o Estado receptor), como consecuencia de un hecho ilícito internacional, son daños ocasionados al primero, por lo que puede reclamar reparación al Estado responsable del daño.⁴²

La doctrina de protección diplomática se usó para justificar invasiones y el uso de la fuerza por parte de los Estados europeos en contra de las recién formadas naciones independientes de América Latina -algunas aún sin lograr su pleno reconocimiento internacional como tales.⁴³ En esos turbulentos tiempos, las naciones europeas y las nuevas naciones independientes comenzaron a firmar acuerdos para la solución de reclamaciones de sus nacionales por actos atribuibles a las autoridades de la otra Parte (del Estado anfitrión).⁴⁴ Aunque se tratara de tratados recíprocos formalmente, la realidad es que estos instrumentos internacionales eran una manera de imponer los intereses económicos de las grandes potencias sobre las nuevas naciones latinoamericanas.⁴⁵

En este contexto, EEUU y México firmaron la Convención de Reclamaciones del 4 de julio de 1868 que contemplaba la creación de una Comisión de Reclamaciones Mixtas para resolver las demandas existentes por afectaciones a las personas y sus propiedades de nacionales de los EEUU por autoridades mexicanas, así como a las personas y sus propiedades de nacionales mexicanos por las autoridades norteamericanas.⁴⁶ La Comisión de Reclamaciones Mixtas arbitró más de dos mil demandas entre 1871 y 1876.⁴⁷ Las decisiones de esta comisión comenzaron a

⁴² Más tarde, la protección diplomática fue reconocida como "Principio elemental de derecho internacional" por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1924 en el Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina:

"It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another state, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law."

Ver: CPJI, *Case of the Mavrommatis Palestine Concessions (Greece vs. Palestine) Judgment (30 August 1924) PCIJ Series A: Collection of Judgments (1923-1930) No. 2*, p. 12.

⁴³ K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation* (Oxford University Press 2010) p. 29; O. HERRERA y A. SANTA CRUZ, *Historia de las relaciones internacionales de México 1821-2010...*, cit., pp. 56-76.

⁴⁴ Por ejemplo, el Convenio sobre Reclamaciones Españolas del 14 de noviembre de 1851, firmado entre México y España, entre otros. Ver: Senado de la República LX Legislatura, *Relación de Tratados y Documentos varios de 1848 a 1876* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 2010).

⁴⁵ K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation...*, cit., p. 30.

⁴⁶ O. HERRERA y A. SANTA CRUZ, *Historia de las relaciones internacionales de México 1821-2010...*, cit., p. 88.

⁴⁷ Convención para el Arreglo de Reclamaciones (Estados Unidos de América – Estados Unidos Mexicanos) (firmado el 4 de julio de 1868, entrada en vigor 22 de mayo de 1869). Consultado en <<http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/5RepDictadura/1868-CAR-EU.html>>.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

formar jurisprudencia y a desarrollar el derecho consuetudinario de la responsabilidad de los Estados por daños a extranjeros.⁴⁸

Según este derecho consuetudinario en formación, la violación de un trato a los extranjeros conforme a un *estándar mínimo internacional*, que le produjera algún daño y que fuera atribuible al Estado anfitrión atraía su responsabilidad internacional y autorizaba reclamaciones de protección diplomática por parte del Estado de origen.⁴⁹ Para los Estados exportadores de capital, el estándar mínimo consistía, esencialmente, en dar a los extranjeros en su territorio el mismo trato que se da su propios ciudadanos –mismas leyes, misma administración, misma protección y compensación por daños-, siempre que la protección que diera a sus ciudadanos fuera conforme con el estándar de justicia y trato establecido por la “civilización”, es decir, el trato debía ser acorde a los estándares aceptados por todos “los países civilizados”, y si el sistema jurídico o la Administración del país receptor no alcanzaba ese estándar de justicia, ningún Estado exportador de capital podía ser obligado a aceptarlo como un estándar de trato satisfactorio para sus ciudadanos.⁵⁰

Además, los Estados exportadores de capital argumentaron que la confiscación o expropiación de la propiedad extranjera era un hecho ilícito a menos que fuera acompañada por una *indemnización total*.⁵¹ Para respaldar sus reclamaciones de pago, dichos Estados recurrieron al uso de la fuerza militar, ejerciendo su derecho de protección diplomática.⁵²

Ante el abuso de esta práctica, los países Latinoamericanos reafirmaron la Doctrina Calvo que se había formulado ya desde 1868, que establece que los inversionistas extranjeros no tienen derecho a un trato más favorable que el que da el Estado anfitrión a sus propios inversionistas, que los derechos de los extranjeros se rigen por el Derecho del Estado anfitrión y que las controversias concernientes a daños a inversionistas extranjeros son de jurisdicción exclusiva de las cortes nacionales.⁵³

⁴⁸ A. P. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, cit., p. 2.

⁴⁹ P. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, cit., p. 5.

⁵⁰ E. ROOT, “The Basis of Protection to Citizen’s Residing Abroad” (1910) *American Journal of International Law* Vol. 4, p. 517, citado en P. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, cit., p. 11; J. E. VIÑUALES y M. J. LANGER, “Foreign Investment in Latin America: Between Love and Hatred” en C. AUROI and A. HELG (eds.) *Latin America 1810-2010: Dreams and Legacies* (Imperial College Press 2012) pp. 320 y ss.

⁵¹ E. ROOT, “The Basis of Protection to Citizen’s Residing Abroad” (1910) *American Journal of International Law...*, cit., p.11.

⁵² Entre 1820 y 1914 Gran Bretaña utilizó, por lo menos 40 veces, su fuerza militar en Latinoamérica para proteger a sus nacionales y sus propiedades. Ver: HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, “Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Persons or Property of Foreigners” (1929) *American Journal of International Law Special Supplement* No. 133, pp. 169-173.

⁵³ Ver: C. SEPÚLVEDA, *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo*, Tesis doctoral (Universidad Nacional Autónoma de México 1944); D. R. SHEA, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy* (University of Minnesota Press

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Y la acompañaron por la Doctrina Drago, que defendía que la intervención armada para recaudar deudas públicas es una violación del derecho internacional.⁵⁴

Como respuesta, los países exportadores de capital suavizaron la Doctrina Drago a través de la Doctrina Porter de 1902, que establecía que la intervención militar para forzar el pago de deudas estaba prohibida por el Derecho Internacional, *excepto* cuando el Estado deudor se negara a someter la controversia a arbitraje o, habiendo sido arbitrada, no diera cumplimiento al laudo.⁵⁵

De esta manera, en 1907 la Conferencia de la Haya reconoció la obligación legal internacional de pagar las deudas por daños a los extranjeros o sus propiedades, pero utilizando métodos pacíficos y legales para cobrarlas.⁵⁶ Por tanto, la cuestión del uso de la fuerza para cobrar deudas fue resuelta, pero la obligación de dar un trato a los extranjeros conforme a un estándar mínimo internacional, por un lado, o de dar un trato y una compensación igual a la que reciben los nacionales conforme al derecho interno, por el otro lado, permaneció sin consenso.

En 1910 México inició su Revolución que impulsó la formulación de la nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917, cuyo art. 27 dispuso la redistribución de las tierras, la creación de figuras legales de propiedad comunitaria –los ejidos–, la estatalización del control sobre los recursos naturales con el fin de impulsar la economía, incluyendo tierras, aguas y yacimientos subterráneos, entre otras.⁵⁷ Este artículo fue el fundamento para la reforma agraria y la expropiación petrolera que produjo una oleada de nacionalizaciones, lo cual afectó intereses de grandes propietarios estadounidenses que habían aprovechado la inestabilidad política en México desde la década de 1850 para obtener propiedades y provechosas concesiones, algunas

1955) pp. 17-20; C. SEPÚLVEDA, A. MARTÍNEZ BÁEZ y A. GARCÍA ROBLES, *Carlos Calvo: Tres ensayos mexicanos* (Secretaría de Relaciones Exteriores de México 1974); D. MANNING-CABROL, "The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors" (1995) *Law and Policy in International Business* Vol. 26, no. 4, pp. 1169-1200; F. TAMBURINI, "Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?" (2002) *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* No. 24, pp. 81-101.

⁵⁴ Ver: A. S. HERSHEY, "Calvo and Drago Doctrines" (1907) *American Journal of International Law* Vol. 1, No. 1, pp. 26-45. Ver también, con una visión defensora de los intereses de EEUU: A. B. HART, *Monroe Doctrine an Interpretation* (Little, Brown and Company 1916). Con una visión latinoamericana ver: I. FABELA, *Las doctrinas Monroe y Drago* (Universidad Nacional Autónoma de México 1957) pp. 194-247.

⁵⁵ Esta doctrina surge después de que Alemania, Italia y Reino Unido bloquearan los puertos de Venezuela y amenazaran con tomar acciones militares si el gobierno venezolano no pagaba las deudas públicas que tenía a favor de los ciudadanos de los tres países. K. J. VANDELDELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation...*, cit., p.29

⁵⁶ Convenio relativo a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales (Segunda Conferencia de la Paz, La Haya 18 de octubre de 1907) USTS 537; también conocida como Convención Drago-Porter. Se puede consultar en <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague072.asp>. Sobre las consultas diplomáticas que llevaron a la eventual adopción de la doctrina Drago en la Conferencia de la Haya, ver: I. FABELA, *Homenaje a Isidro Fabela. Tomo I. Antología del pensamiento universal de Isidro Fabela* (Universidad Nacional Autónoma de México 1959) pp. 526-530.

⁵⁷ J. M. TRUJILLO BAUTISTA, "El ejido, símbolo de la revolución mexicana" (2015) *Estudios Agrarios* no. 58, p. 125.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

de ellas ilegales.⁵⁸ La Constitución reclamó la propiedad originaria de los recursos, cuyo dominio podría ser transmitido a los particulares, *pero siempre sujeto al interés público*.⁵⁹

Como respuesta EEUU presionó a México para que derogara el art. 27 de la CPEUM porque afectaba las propiedades de sus nacionales en México, especialmente en el sector del petróleo.⁶⁰ México no cedió a las presiones y, en vez de ello, se firmaron los "Acuerdos de Bucareli" en 1923 donde se acordó la conformación de una Comisión Mixta de Estados Unidos y México para resolver las reclamaciones de los ciudadanos americanos afectados por la reforma.⁶¹ Durante el trabajo de la Comisión, se resolvió que México debía pagar una compensación *adecuada, pronta y efectiva conforme al derecho internacional* por la incautación de la propiedad extranjera y que el propósito social de la reforma en nada modificaba el deber de pagar una indemnización con dichas características:

*"The purpose of this program, however desirable, is entirely unrelated to and apart from the real issue. The issue is not whether Mexico should pursue social and economic policies designed to improve the standard of living of its people. The issue is whether in pursuing them the property of American nationals may be taken without making prompt payment of just compensation under international law".*⁶²

Para Miles, con el desarrollo de esta jurisprudencia se desechó la validez de una excepción a la compensación o la posibilidad de efectuar su cálculo tomando en cuenta la necesidad social o ambiental de la reforma.⁶³ El resultado fue una norma internacional que protege la propiedad privada sin importar el interés público que las medidas persigan. Así, desde mi perspectiva, la protección del capital extranjero adquirió una superioridad sobre la justicia social o el medio ambiente.

Entre 1920 y 1930 se hicieron varios intentos de codificar el estándar mínimo de trato, pero los Estados de la comunidad internacional permanecieron sin llegar a ningún acuerdo. En 1933 los Estados americanos firmaron la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados en Montevideo durante la 17ª Conferencia

⁵⁸ O. HERRERA y A. SANTA CRUZ, *Historia de las relaciones internacionales de México 1821-2010...*, cit., p. 208.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ Ver: L. MEYER, *México y Estados Unidos en el conflicto petrolero: 1917-1942* (Colegio de México 1968) pp. 151-217.

⁶¹ Los Acuerdos de Bucareli son dos tratados internacionales y un texto adicional: 1) la Convención Especial de Reclamaciones; 2) la Convención de Reclamaciones Generales; y 3) las minutas o actas que establecían los acuerdos relacionados con el subsuelo y la redistribución de las tierras. Para más información sobre estos acuerdos ver: P. SERRANO ÁLVAREZ, *Los Tratados de Bucareli y la rebelión delahuertista* (Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México 2012).

⁶² K. MILES, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguard of Capital...*, cit., p. 76, donde cita la Declaración del Secretario de Estado de Estados Unidos Hughes del 7 de Junio de 1921.

⁶³ *Ídem*. Una opinión similar se encuentra en: M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment...*, cit., p. 21.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Internacional de los Estados Americanos, cuyo artículo 9º establece que tanto nacionales como extranjeros se encuentran protegidos por las mismas leyes y que ni las autoridades de extranjeros ni los extranjeros mismos pueden reclamar derechos distintos o más amplios que los que gozan los nacionales en el país anfitrión.⁶⁴ La Convención fue adoptada pero con reservas de EEUU, quien se negaba a aceptar precisamente esta disposición.

En resumen, este período se caracteriza por la falta de acuerdo entre los Estados exportadores de capital y los Estados receptores en torno al derecho que se ha de aplicar en relación al trato a los extranjeros: un estándar de derecho internacional vs. el derecho interno. Ello tiene efectos directos sobre la determinación de los casos en que se ha de pagar una compensación y las características que ésta última debe de tener.

3. La descolonización: auge y caída del derecho interno como estándar de trato de la inversión extranjera

Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, se aceleró el proceso de descolonización en África y Asia. Rápidamente las naciones occidentales establecieron las bases para facilitar el flujo internacional de capital y las inversiones entre estas y los nuevos Estados independientes a través de una serie de tratados e instituciones internacionales. En 1947 se adoptó el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio en Ginebra (GATT, por sus siglas en inglés)⁶⁵ que permitió liberalizar el comercio, pero obvió todo contenido relacionado con las inversiones dado que seguía siendo objeto de tensiones entre las naciones.

En 1948 se negoció la adopción de la Carta de La Habana, que buscaba la creación de una Organización Internacional del Comercio, y que también buscaba conformar un marco jurídico integrado para las inversiones extranjeras y el comercio internacional.⁶⁶ No obstante, dicha Organización nunca se estableció porque EEUU consideró que las disposiciones de protección de las inversiones contenidas en la Carta se habían visto muy suavizadas a insistencia de las nuevas naciones y no la ratificó.⁶⁷ Por ello, a pesar de que el comercio internacional y las inversiones extranjeras están íntimamente relacionados, el Derecho Comercial Internacional y el Derecho de las Inversiones Extranjeras se desarrollaron de manera separada.

⁶⁴ Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados (adopción el 26 de diciembre de 1933, entrada en vigor el 26 de diciembre de 1934) *Serie Derecho y Tratados*, OEA No. 24.

⁶⁵ General Agreement on Tariffs and Trade (adoption 30 October 1947, entry into force 1 January 1948) 55 UNTS, p. 187.

⁶⁶ UNCTAD, Final Act and Related Documents. Interim Commission for the International Trade Organization (21 November 1947 to 24 March 1948) p. 8. Ver: WTO. The GATT years: from Havana to Marrakesh. (https://www.wto.org/English/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm). Ver también: A. PIGRAU I SOLÉ, *Subdesarrollo y adopción de decisiones en la economía mundial: el principio de igualdad de participación de los países en desarrollo en las relaciones económicas mundiales* (Tecnos 1990).

⁶⁷ T. WEILER, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standard of Treatment in Historical Context* (Martinus Nijhoff Publishers 2013) p. 396.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Después se dieron nuevos intentos de crear un marco jurídico multilateral para las inversiones extranjeras: el *International Code of Fair Treatment for Foreign Investment* de la Cámara de Comercio Internacional, conocido como el Código CCI (1949);⁶⁸ y los *Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and the Foreign Investment Court* de la Asociación de Derecho Internacional, que proponía la creación de una corte para la resolución de diferencias relacionadas con las inversiones.⁶⁹ Ninguna de estas propuestas se materializaron, pero lograron modificar el discurso político de “la responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros y sus propiedades” al de “protección de las inversiones extranjeras con el objeto de promover el desarrollo económico”.⁷⁰ Este cambio de enfoque no fue de ninguna manera inocuo ya que modificó la percepción sobre los objetivos que persiguen los acuerdos en materia de inversiones y allanó el camino para su posterior desarrollo en el período neoliberal.

En la década de los 1950 los nuevos Estados independientes comenzaron a nacionalizar sectores clave⁷¹ y a expropiar las inversiones extranjeras en el sector de los recursos naturales.⁷² Naturalmente surgieron controversias con los antiguos imperios, pero los nuevos Estados y los países latinoamericanos defendieron que tenían derecho de revisar las concesiones que se otorgaron a extranjeros bajo los gobiernos coloniales y que las compensaciones se determinarían con base en las leyes del Estado anfitrión.⁷³

En este contexto, los antiguos imperios consideraron necesario proteger las propiedades de sus nacionales en los nuevos Estados independientes a través de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI), mismos que son de carácter bilateral.⁷⁴ Dichos tratados ofrecían un método efectivo para asegurar un trato conforme a estándares internacionales y garantizar compensaciones totales ante la ola de nacionalizaciones. Los tratados de la época preveían únicamente el arbitraje Estado-Estado frente a un tribunal arbitral *ad hoc*, o alternativamente, ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), como

⁶⁸ International Chamber of Commerce, “Fair Treatment for Foreign Investment. International Code” (1949) *ICC Brochure* no. 129.

⁶⁹ A. P. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, cit., p. 21.

⁷⁰ A. P. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, cit., p. 21.

⁷¹ Por ejemplo, Indonesia nacionalizó las propiedades holandesas; Egipto nacionalizó el Canal de Suez; en todo el Oriente Medio y África del Norte se nacionalizó la industria del petróleo, etc. Ver: M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment...* p. 22.

⁷² *Idem*, pp. 38-43.

⁷³ A. P. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, cit., p. 26.

⁷⁴ En noviembre de 1959, Alemania firmó el primer Tratado de Promoción y Protección de Inversiones (más comúnmente referidos como APPRI) con Pakistán. Tres semanas después concluyó otro con República Dominicana. Ver: J. KARL, “The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad” (1996) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 11, No.1, pp. 1-36.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

mecanismo de solución de controversias relacionadas con la aplicación del tratado.⁷⁵

Los APPRI se caracterizaron por su asimetría ya que aunque formalmente obligaban a las dos partes, en realidad únicamente tenían disposiciones para la protección de la inversión extranjera en el país anfitrión, sin incluir obligaciones a cargo del Estado de origen para promover el flujo de inversiones hacia el Estado receptor. Por tanto, las obligaciones únicamente recayeron sobre el país en desarrollo que necesitaba el capital extranjero para poder desarrollarse.⁷⁶

En 1958 se firmó la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras,⁷⁷ también conocida como la Convención de Nueva York, que contempla el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y limita los casos en que los tribunales locales pueden rehusarse a reconocer o ejecutar los laudos. Ello dotó de mayor eficacia a los laudos en materia de inversiones y favoreció su ejecución forzosa donde el Estado deudor tuviera activos.⁷⁸ A la fecha, este acuerdo aplica a los laudos arbitrales inversionista-Estado, aunque su ejecución sigue siendo un proceso complejo.

En este contexto, se llevó a cabo un nuevo intento para firmar un acuerdo multilateral sobre inversiones extranjeras con el *Draft Convention on Investment Abroad*, conocida también como *Abs-Shawcross Draft Convention*, que introdujo conceptos que ahora son las disciplinas sustantivas básicas del DIIE: los estándares de "trato justo y equitativo", protección contra "medidas discriminatorias y desproporcionadas", prácticas de garantías, compensación "justa y efectiva" ante las expropiaciones, y, por primera vez, se prevé el arbitraje de inversiones directamente entre el inversor y el Estado anfitrión.⁷⁹ Este intento de alcanzar un acuerdo multilateral también falló.

A insistencia de los países en desarrollo, en 1962 la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) adoptó la Resolución 1803 "Declaración sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales".⁸⁰ La Declaración reconoció que el derecho a la libre determinación de los Estados tenía como uno de sus

⁷⁵ D. M. PRICE, "NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve? (2001) *Canadian-United States Law Journal* Vol. 26, p. 107.

⁷⁶ K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation...*, cit., p. 32.

⁷⁷ Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (firma 10 de junio de 1958, entrada en vigor 7 de junio de 1959) 330 *UNTS* p. 3. A nivel regional y en un momento posterior (1979), también se firmó la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales.

⁷⁸ E. GAILLARD y J. SAVAGE (eds.) *Fouchards, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) pp. 889 y ss.

⁷⁹ G. SCHWARZENBERGER, "The Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad: A Critical Commentary" (1961) *Current Legal Problems* Vol.21, No. 1, p. 230; S. D. METZGER, "Multilateral Conventions for the Protection of Private Foreign Investment" (1960) *Journal of Public Law* Vol. 9, p. 133.

⁸⁰ AGNU Resolución 1803 (XVII), "Soberanía permanente sobre los recursos naturales" (14 de diciembre de 1962).(Declaración sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales)

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

elementos básicos la soberanía de los pueblos y de las naciones sobre sus riquezas y recursos naturales y, por tanto, los Estados tienen el derecho inalienable a disponer de esas riquezas de conformidad con sus intereses nacionales.

Las claves de la soberanía permanente sobre los recursos naturales son: 1) la importación de capital extranjero para la exploración, desarrollo y disposición de los recursos naturales en el territorio de un Estado, deberán hacerse conforme a las reglas y condiciones que los Estados consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades; 2) cuando se otorgue una autorización de inversión, el capital y sus incrementos se rigen por esta, la ley nacional vigente y el derecho internacional; 3) la nacionalización, la expropiación o la requisición deben fundarse en razones o motivos de utilidad pública, mismos que son superiores al mero interés particular, por lo que la indemnización que se pague de determina con arreglo a las normas en vigor del Estado anfitrión, ello con independencia de la nacionalidad del afectado; y 4) en caso de surgir una controversia legal respecto a la indemnización, se deben agotar los recursos internos en el Estado anfitrión.⁸¹ Por tanto, a través de esta Resolución los nuevos Estados independientes lograron recuperar su facultad de aplicar el derecho interno sobre los bienes que se encontraran en su territorio, sin que la nacionalidad del propietario pudiese condicionar dicha aplicación.⁸²

La Declaración, sin embargo, también reflejó los intereses de los países desarrollados, al dejar abierta la posibilidad de resolver las controversias relativas a las expropiaciones y nacionalizaciones a través de arbitraje o procedimiento judicial internacional:

“En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional”.⁸³

No es coincidencia, entonces, que a tres años de la adopción de la Resolución 1803, en 1965 se creara el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI), bajo los auspicios del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, ahora conocido como Banco Mundial.⁸⁴ De acuerdo con los directores ejecutivos del Banco Mundial, el objetivo del CIADI es establecer un mecanismo “imparcial” que tuviera una “atmósfera de confianza mutua y así estimulara un mayor flujo internacional de capital privado hacia los países que

⁸¹ Declaración sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales.

⁸² Ver: F. SÁNCHEZ y A. VALDERRAMA, “La soberanía permanente sobre los recursos naturales: orígenes y contenidos” (1981) *Anuario Español de Derecho Internacional* Vol. 5, pp. 3-41.

⁸³ (lo resaltado es añadido) Declaración sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales, párrafo 4.

⁸⁴ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (concluded on 18 March 1965, entry into force on 14 October 1966) 575 *UNTS* p. 159. (Convenio del CIADI)

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

desean atraerla”.⁸⁵ El Convenio del CIADI, también conocido como el Convenio de Washington, trajo muchas novedades: 1) el arbitraje de diferencias en esta materia dejó de ser Estado-Estado y aplica únicamente a controversias entre el inversor extranjero y el Estado anfitrión;⁸⁶ 2) libera al inversor de la obligación de agotar los recursos internos en la jurisdicción nacional del Estado anfitrión;⁸⁷ 3) previene la aplicación de la protección diplomática entre Estados Parte en el Convenio;⁸⁸ 4) establece que las diferencias se decidirán de acuerdo con las normas acordadas por las partes o, en su defecto, por la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables;⁸⁹ 5) define las normas de procedimiento que aplican al arbitraje;⁹⁰ y 6) los laudos de los tribunales del CIADI son obligatorios para las partes⁹¹ y sólo pueden ser anulados por un comité *ad hoc* establecido según el mismo Convenio.⁹² En resumen, el Convenio del CIADI allanó el camino hacia la posterior internacionalización de la regulación de la inversión extranjera, pero de manera sutil, conforme a su tiempo, suavizando el requisito de agotar los recursos internos antes de acudir al arbitraje y la norma de aplicar a la controversia es el derecho interno de manera prioritaria. Cabe mencionar que si bien el CIADI se creó en 1965, este permaneció inactivo hasta 1972.⁹³

En 1968 se firmó el primer APPRI entre Indonesia y Holanda que expresamente preveía el arbitraje entre inversor y Estado, pero con requisitos claros para acceder a dicho mecanismo de solución de controversias, como contar previamente con el consentimiento de ambas partes en la diferencia para someterse al arbitraje.⁹⁴ En 1969 el CIADI publicó las *Cláusulas Modelo relativas a la Convención sobre el Arreglo de Disputas de Inversiones diseñadas para usarse en los Acuerdos Bilaterales de Inversiones*, que incluyó un menú de opciones que los Estados podrían establecer en sus APPRIs abarcando cuestiones de consentimiento,

⁸⁵ CIADI, “Reporte de los directores ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo en la Convención para el Arreglo de Disputas de Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” (2006) *CIADI* Vol. 15, pp. 35 y ss. Ver también: CIADI, “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention” (1970) ICSID Vol. I.

⁸⁶ Art. 1 y 25, Convenio del CIADI.

⁸⁷ Art. 26 del Convenio del CIADI.

⁸⁸ Art. 27 del Convenio del CIADI.

⁸⁹ Art. 42 del Convenio del CIADI.

⁹⁰ Art. 44 del Convenio del CIADI.

⁹¹ Art. 53 del Convenio del CIADI.

⁹² Art. 52 del Convenio del CIADI.

⁹³ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 101. El primer caso administrado por el CIADI fue iniciado en marzo de 1972: *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1.

⁹⁴ Art. 22(1) del Agreement on economic cooperation (with protocol and exchanges of letters dated on 17 June 1968) (Indonesia – Netherlands) (concluded on 7 July 1968, entry into force 17 July 1971) 799 *UNTS* p. 13.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

alcance en razón de la materia y de la persona, derecho aplicable, y la relación del arbitraje con otros recursos, que como veremos en la siguiente sección forman la espina dorsal del arbitraje de inversiones.⁹⁵ En ese mismo año, Chad e Italia firmaron un APPRI con la cláusula de arbitraje inversor-Estado sin limitaciones, tal como recomendaba el CIADI, es decir, sin muchas condiciones o criterios para que el inversionista pueda acceder al arbitraje fácilmente.⁹⁶ Con el tiempo estas cláusulas se convirtieron en la práctica general.

En 1970, la CIJ emitió su sentencia en el caso *Barcelona Traction*, que puso de manifiesto la insuficiencia sustantiva y procedimental de la doctrina de protección diplomática para salvaguardar los intereses de los inversionistas con complejas estructuras corporativas. *Barcelona Traction* era una compañía registrada en Canadá, que operaba en España y cuyas acciones eran propiedad de ciudadanos Belgas. Bélgica demandó a España con el objeto de reclamar la reparación de los perjuicios que, según Bélgica, habían sufridos sus nacionales – los accionistas de *Barcelona Traction*- debido a actos que habían cometido los órganos del Estado español hacia la empresa y que, de acuerdo con la demandante, eran contrarios al derecho internacional.⁹⁷ España alegó que la compañía estaba incorporada en Canadá, por tanto Bélgica no tenía derecho de ejercer la protección diplomática a favor de una compañía canadiense aun cuando las acciones fueran propiedad de nacionales belgas.⁹⁸ La CIJ se declaró incompetente para conocer del caso, al interpretar que Bélgica carecía *jus standi* para ejercitar la protección diplomática de los accionistas de una sociedad canadiense respecto a las medidas adoptadas contra esa empresa en España. En otras palabras, sólo el Estado cuya nacionalidad ostenta la compañía podía ejercer la protección diplomática ante la CIJ⁹⁹ y agregó que un Estado podía hacer una reclamación cuando las inversiones de sus nacionales fueran perjudicadas en violación del derecho del propio Estado, sólo cuando existiera un acuerdo o tratado especial para hacer que sus nacionales se beneficiaran de cierto trato.¹⁰⁰ Se podría argumentar que esta decisión no sólo daría más impulso a la introducción del arbitraje inversor-Estado en los tratados

⁹⁵ CIADI, "Model Clauses Relating to the Convention on the Settlement of Investment Disputes Designed for Use in Bilateral Investment Agreements" (1969) *International Legal Materials* Vol. 8 no. 6, pp. 1341-1352. También ver: T. S. JOHN, *The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law and Unintended Consequences* (Oxford University Press 2018) p. 196.

⁹⁶ P. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, cit., p. 35.

⁹⁷ CJI, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New application: 1962) (Belgium v. Spain)* ICJ Reports Vol. I. (Institution of proceedings and initial pleadings) p. 2.

⁹⁸ CJI, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New application: 1962) (Belgium v. Spain)* Preliminary Objections submitted by the Spanish Government (15 March 1963) pp. 175 y ss.

⁹⁹ CJI, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New application: 1962) (Belgium v. Spain)* Judgment (5 February 1970) ICJ Reports 1970, p. 3, párr. 31-101.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 90. Se puede consultar un resumen del caso en español en: NACIONES UNIDAS. Resúmenes de fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991 (Naciones Unidas 1992) p. 104.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

de inversiones, sino además a la expansión DE su alcance material para incluir cualquier acción como inversión protegida por el mismo.

En 1974 la AGNU, a instancia de los países no alineados, adoptó la Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional, donde se confirmó la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, con lo que tienen "el derecho de nacionalizar o transferir la titularidad a sus nacionales", que se ya se había adoptado en la Resolución 1803.¹⁰¹

En diciembre del mismo año la AGNU adoptó la Carta de los Derechos Económicos y Deberes de los Estados,¹⁰² según la cual los Estados tienen el derecho de regular la inversión extranjera dentro de sus jurisdicciones y prevé que ningún Estado puede ser obligado a otorgar un trato preferencial a los inversores extranjeros; establece que las corporaciones transnacionales no pueden intervenir en asuntos internos de los Estados anfitriones; y prevé que la compensación ante una nacionalización, expropiación o transferencia de titularidad de la propiedad a los nacionales se debe determinar de acuerdo con las leyes nacionales y omite cualquier referencia al Derecho Internacional o a un estándar mínimo internacional. La Carta incluso fue más ambiciosa al establecer que se tomarían en cuenta también todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes al determinar si existía una expropiación o no.¹⁰³

En 1979 la Revolución Islámica de Irán provocó que se duplicara el precio del petróleo, de por sí ya alto, desencadenándose la más severa recesión mundial en cinco décadas.¹⁰⁴ Con la recesión, los países desarrollados redujeron sus importaciones de los países en desarrollo, con lo que estos países ya no pudieron hacer frente a la deuda externa que adquirieron durante la década 1973-1983.¹⁰⁵ Además, ante las condiciones económicas cada vez más deterioradas en los países en desarrollo, las élites económicas prefirieron invertir su dinero en el extranjero, dándose una fuga masiva de capital y un vaciamiento de las arcas nacionales.¹⁰⁶

¹⁰¹ AGNU Resolución 3201 (S-VI), "Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional" (1 de mayo de 1974). Sobre el impulso del NOEI por parte de los países en desarrollo, con la finalidad de alcanzar una igualdad en la arena económica internacional ver: A. PIGRAU SOLÉ, "El principio de igualdad de participación de los países en desarrollo en las relaciones económicas internacionales" Tesis doctoral (Universitat de Barcelona 1989).

¹⁰² AGNU Resolución 3281 (XXIX), "Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados" (12 de diciembre de 1974) Art. 2.2.

¹⁰³ *Ibid.*, Art. 2.2 (c). También ver: C. N. BROWER y J. B. TEPE, Jr., "The Charter of Economic Rights and Duties of States: A Reflection or a Rejection of International Law?" (1975) *International Lawyer* Vol. 9, No. 2, p. 295.

¹⁰⁴ La deuda externa de todos los países en desarrollo creció de \$68.4 billones de dólares a \$635.8 billones en 1980. K. J. VANDELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation...*, cit., p. 38. Ver también: J. H. STREET, "Los ajustes de la América Latina ante la crisis de la OPEP y la recesión mundial" (1979) *El Trimestre Económico* Vol. 46, No. 182, pp. 867-888.

¹⁰⁵ K. J. VANDELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation...*, cit., p. 38.

¹⁰⁶ *Idem.*, p. 40.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Para hacer frente a esta situación los países en desarrollo comenzaron a refinanciar sus deudas a los bancos comerciales con los préstamos que pudieran recibir del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Los créditos del Banco Mundial se vieron reducidos en un 40%, y los pocos préstamos disponibles estaban condicionados a la adopción de estrictas políticas de ajuste estructural macroeconómico que requerían fuertes devaluaciones de moneda, reducciones de déficit presupuestario, privatizaciones de servicios públicos y la firma de APPRI.¹⁰⁷

Todos estos factores combinados hicieron que los países en desarrollo no pudieran financiar su desarrollo y desconfiaran de las instituciones financieras. Paralelamente, las economías asiáticas, como Singapur, que habían apostado por la promoción de la importación de inversiones y la producción para la exportación, se estaban desarrollando rápidamente.¹⁰⁸ En consecuencia, se fue creando una convicción de que el libre flujo de bienes, servicios e inversiones permitían el crecimiento económico de los países y se observó un cambio de percepción en relación a la inversión extranjera,¹⁰⁹ lo que sentó las bases para el siguiente período.¹¹⁰ Asimismo, el régimen comunista de la antigua URSS se encontraba en plena crisis, anunciando su pronta disolución.

Ante este panorama de incertidumbre y de transición entre dos sistemas: del comunismo al capitalismo, los inversionistas -principalmente los occidentales- se mostraban cautos para a invertir su capital en el extranjero debido a los altos riesgos políticos y financieros que ello comportaba.¹¹¹ Dichos riesgos incluían, en especial, cambios en las políticas económicas o de sistemas de gobierno del Estado anfitrión, que se llamaron los "riesgos políticos" que podrían tener diversas causas: 1) hostilidad ideológica de los países comunistas; 2) movimientos nacionalistas, especialmente cuando el Estado anfitrión entra en crisis económicas; 3) factores de etnicidad; 4) cambios en los patrones de las industrias; 5) renegociaciones de contratos firmados con gobiernos o regímenes previos ante cambios de gobierno; 6) la regulación de la economía; 7) preocupaciones de derechos humanos y medio ambiente; 8) contratos que se vuelven muy onerosos para los Estados ante cambios en los mercados o crisis; 9) asuntos de corrupción.¹¹²

Así, en 1988 se creó el Organismo Multilateral de Garantía de las Inversiones (OMGI) con el objetivo de promover el flujo de capital y tecnologías a países en

¹⁰⁷ P. NEWCOMBE y L. PARADELI, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, cit., p. 38.

¹⁰⁸ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment...*, cit., p. 185.

¹⁰⁹ UNCTAD, "World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance" (2015) p. 121.

¹¹⁰ J. W. SALACUSE, "From Developing Countries to Emerging Markets: A Changing Role for Law in the Third World" (1999) *International Lawyer* Vol. 33, No. 4, p. 875.

¹¹¹ I.F. SHIHATA, *MIGA and Foreign Investment: Origins, Operations, Policies and Basic Documents of the Multilateral Investment Guarantee Agency* (Martinus Nijhoff Publishers 1988) p. 31.

¹¹² Una explicación detallada de cada uno de estos riesgos se puede consultar en: M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment...*, cit., pp. 69-79.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

desarrollo con propósitos productivos, a través de seguros contra riesgos políticos.¹¹³

Por todo ello, los países en desarrollo se vieron en una carrera por atraer la IED, abandonando la Cláusula Calvo y firmando APPRIIs donde se comprometían, entre otras cosas, a conceder un trato a los extranjeros conforme un estándar mínimo internacional y resolver las diferencias que surgieran relacionadas con la inversión en instancias supra-nacionales, comúnmente, el arbitraje inversionista-Estado.¹¹⁴

En resumen, este período se ve marcado por: 1) varios intentos fallidos de codificar normas internacionales relativas a la inversión extranjera; 2) la afirmación de los países en desarrollo de sus derechos soberanos, entre ellos, a tratar a los extranjeros conforme a su derecho interno y a someterlos, en principio, a las cortes internas en caso de surgir alguna controversia relacionada con su inversión; 3) la creación del CIADI; 4) la inclusión de disposiciones de arbitraje inversionista-Estado en los AII, expresando consentimiento para someter la diferencia a la jurisdicción del CIADI; y 5) el cambio de percepción hacia la inversión extranjera.

4. El neoliberalismo: consolidación de un régimen internacional sobre la protección de la inversión extranjera

La caída del Muro de Berlín en 1989 marcó el inicio de una nueva era en la historia del DIIE, pues la ideología dominante, el neoliberalismo, penetró en el contenido de los AII y las instituciones que los aplican, como el CIADI.¹¹⁵ El neoliberalismo se puede entender como una teoría de prácticas económicas;¹¹⁶ como un programa

¹¹³ Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (conclusion on 11 October 1985, entry into force 12 April 1988) 1508 *UNTS* p. 99.

¹¹⁴ K. J. VANDEVELDE, "Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties" (1998) *Columbia Journal of Transnational Law* Vol. 36, No. 3, p. 501.

¹¹⁵ J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 104.; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 2015) p. 9.

¹¹⁶ David Harvey considera que el neoliberalismo es, ante todo, "una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio". D. HARVEY, *Breve historia del neoliberalismo* (Akal 2005) p. 6.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

intelectual, político y cultural;¹¹⁷ o como un orden de racionalidad normativa¹¹⁸ que afirman que la mejor manera de promover el bienestar humano consiste en garantizar las libertades empresariales dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes y el libre comercio.

El neoliberalismo redefine el rol y límites del Estado. A diferencia del liberalismo clásico, el neoliberalismo reconoce que los mercados no son fenómenos naturales, sino producto de un orden legal que presupone la intervención deliberada del Estado.¹¹⁹ El mercado se produce y depende de un extenso sistema de leyes, normas e instituciones: derechos de propiedad, patentes, legislación sobre contratos, sobre quiebras y bancarrotas, sobre el estatus de las asociaciones profesionales, los oficios, las empresas, la legislación laboral, financiera y bancaria.¹²⁰ Así, la modificación de la relación del Estado respecto la economía y la sociedad se puede comprender de la siguiente manera: si la protección de las libertades y la dignidad del individuo son tanto el fundamento como el límite del Estado, y estos ideales son equiparados a la libertad de comercio y de mercado de los individuos y las grandes corporaciones, entonces el fundamento y límites del Estado son la protección del libre comercio y del mercado. Por tanto, el rol del Estado es la creación de mercados y el establecimiento del sistema de leyes, normas e instituciones que protejan los derechos de propiedad.¹²¹

Se llega así al llamado *Estado neoliberal*, caracterizado por intervenir, no para controlar las desigualdades sociales y ambientales que provoca el mercado –como pretende el liberalismo keynesiano o liberalismo embrizado-,¹²² sino para eliminar

¹¹⁷ Para Fernando Escalante el neoliberalismo es un programa intelectual, es decir, un conjunto de ideas cuya esencia es compartida por economistas, filósofos, sociólogos y juristas, que se caracteriza por el propósito de restaurar el liberalismo que se vio amenazado por las tendencias colectivas del siglo XX, pero de manera mucho más extrema al liberalismo clásico.¹¹⁷ El neoliberalismo es también un programa político que se conforma de una serie de leyes que tienen el propósito de frenar el colectivismo que se estaba configurando. Está caracterizado por la desregulación, la privatización y la protección de los intereses del capital. Finalmente –y quizá lo más preocupante desde el punto de vista de la sustentabilidad– es que es también un programa cultural. F. ESCALANTE GONZALBO, *Historia mínima del neoliberalismo* (Colegio de México 2015) p. 23.

¹¹⁸ Wendy Brown piensa el neoliberalismo como “un orden de razón normativa que, cuando está en auge, toma la forma de una racionalidad rectora que extiende una formulación específica de valores, prácticas y mediciones de la economía a cada dimensión de la vida humana” (la cursiva es añadida). El sello distintivo de esta racionalidad es la “economización” de todas las esferas de la vida y del conocimiento, que transforma los sujetos (tanto individuos y el Estado) como actores implacablemente económicos, que a su vez transforma la organización, el propósito y el carácter de cada esfera, incluida la vida política, cuyo efecto –uno de ellos– es la derrota de la democracia. W. BROWN, *El pueblo sin atributos: La secreta revolución del neoliberalismo* (Traducción de Víctor Altamirano, Malpasó 2015) pp. 35-42.

¹¹⁹ W. LIPPMAN, *An Inquiry into the Principles of The Good Society* (Little, Brown and Company 1938) pp. 184-191, 241-245.

¹²⁰ F. ESCALANTE GONZALBO, *Historia mínima del neoliberalismo...*, cit., p. 29.

¹²¹ W. LIPPMAN, *An Inquiry into the Principles of The Good...*, cit., pp. 184-191.

¹²² Se llama “liberalismo embrizado” a la organización político-económica donde los procesos del mercado, así como las actividades empresariales y corporativas se encontraban cercadas por una red de límites sociales y políticos, que se desplegaban en un entorno regulador que restringía y señalaba la estrategia económica e industrial. D. HARVEY, *Breve historia del neoliberalismo...*, cit., p. 47

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

impedimentos regulatorios y cualquier otro tipo de intervención a la libre competencia y al “libre comercio”,¹²³ incluido el control de las colectividades y del proteccionismo ambiental.¹²⁴

Dado que el derecho es la piedra angular del capitalismo,¹²⁵ el proyecto neoliberal buscó alejar las normas que garantizan el libre comercio y la transferencia de capitales del control del Estado porque se quería prevenir que gobiernos dictatoriales, cambios de administración o incluso movimientos sociales pudieran alterar dichas normas. Por tanto, el objetivo último del proyecto neoliberal, en lo que se refiere al capital extranjero, fue *internacionalizar* la inversión extranjera. De ahí que fuese tan importante que el *derecho aplicable* a cualquier *controversia* relacionada con las inversiones fuera el *derecho internacional*.¹²⁶

La liberalización del comercio internacional y la inversión se vio claramente reflejada en las Rondas de Uruguay de 1994, que resultó en la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que se encargaría de administrar el GATT y los tratados relacionados a él. El primero de estos tratados es el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, por sus siglas en inglés),¹²⁷ que aplica a las inversiones ya que compromete a los Estados a permitir el comercio en cierto sector de servicios a través de “presencia comercial” de subsidiarias. El segundo acuerdo es el *Agreement on Trade Related Investment Measures*

¹²³ J. CÁRDENAS GRACIA, *El modelo jurídico del neoliberalismo* (UNAM 2016) p. 3.

¹²⁴ El neoliberalismo establece una primacía absoluta de lo individual sobre lo colectivo. Según Von Mises, uno de los padres del neoliberalismo, lo colectivo sólo tiene cabida en la medida en que se derive de un reconocimiento racional de su utilidad y sólo es legítimo si los individuos que contribuyen a la colectividad ven reflejado su interés. Desde una perspectiva crítica, se dice que la individualidad es necesaria para el funcionamiento del capitalismo porque todas las formas de solidaridad social estorban a la flexibilidad competitiva y la acumulación de capital. Sobre la cuestión de la colectividad ver: J. CÁRDENAS GRACIA, *El modelo jurídico del neoliberalismo...*, cit., p. 36; F. ESCALANTE GONZALBO, *Historia mínima del neoliberalismo...*, cit., p. 32. Sobre la crítica al liberalismo vid.: K. POLANYI [1944], *La gran transformación* (Traducción y reimpresión, Quipu Editorial 2001).

¹²⁵ K. Polanyi [1944], *La gran transformación...* p. 83.

¹²⁶ John Jackson, uno de los más grandes impulsores del derecho internacional económico, abogó por la extracción de ciertas medidas económicas del poder regulatorio del Estado para transferirlas a la OMC. Para ello, creó una matriz horizontal y vertical sobre la distribución de los poderes regulatorios (nacional o internacional) a partir de ciertos criterios. En primer lugar, había que analizar si el asunto en cuestión debía ser regulado por los gobiernos o los mercados. En segundo lugar, se debe determinar el nivel de “gobernanza” en que se deben tomar las decisiones, es decir, si es algo que se cree que los Estados pueden regular efectivamente o si era preferible dejarlo a las organizaciones internacionales. Ver: J. H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law* (Cambridge University Press 2006) p. 219. Para más información sobre las transformaciones de la soberanía según Jackson, Ver: J. H. JACKSON, “Sovereignty: Outdated Concept or New Approaches” en W. SHAN, P. SIMMONS y D. SINGH (eds.) *Redefining Sovereignty in International Economic Law* (Hart Publishing 2008) p. 3; J. H. JACKSON, “Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept” (2003) *American Journal of International Law* Vol. 97, No. 4, p. 782. Sobre una crítica ver también: J. JARÍA I MANZANO, “El Constitucionalismo de la escasez: derechos, justicia y sostenibilidad” (2015) *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* No. 30, pp. 295-349. (REVISAR NUEVAMENTE)

¹²⁷ General Agreement on Trade in Services (adoption 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B) 1869 *UNTS* p. 183.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

(TRIM),¹²⁸ que prohíbe la imposición de requisitos de desempeño, sobre las inversiones extranjeras que puedan ser contrarios a las obligaciones del GATT de trato nacional y la prohibición de restricciones cuantitativas. El *Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights* (TRIP)¹²⁹ obliga a las partes a proteger la propiedad intelectual, que es también una forma de inversión.¹³⁰

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), celebrado por Canadá, México y Estados Unidos en 1992, tuvo como principal objetivo la remoción de barreras al comercio y las inversiones, incluyendo un capítulo de inversiones.¹³¹ Este tratado entró en vigor en 1994 y sentó un precedente que fue seguido en los siguientes años tanto en Tratados de Libre Comercio (TLCs) con capítulos de inversiones como en APPRIs.¹³²

Asimismo, se firmó el Tratado de la Carta de la Energía (TCE) en 1994 y entró en vigor en 1998, que liberaliza la inversión y el comercio en el sector de la energía.¹³³ De hecho, el aumento de AII fue tan acelerado, que tan sólo en esa década se cuadruplicó el número de APPRIs que existía hasta 1989.¹³⁴

A partir de 1990 también se observó el aumento de arbitrajes inversionista-Estado. Ello favoreció el desarrollo del DIIE a través de laudos arbitrales que, a pesar de que el lenguaje y las Partes en los tratados presentaran diferencias, se fueron repitiendo y formando la idea de un régimen autosuficiente.

De esta manera, mientras, por un lado, los AII se fueron encargando de eliminar los controles y las barreras para la admisión de la inversión¹³⁵ y la transferencia

¹²⁸ Agreement on Trade-Related Investment Measures (adoption 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A) 1868 *UNTS* p. 186

¹²⁹ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (adoption 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C) 1869 *UNTS* p. 299.

¹³⁰ K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation...*, cit., p. 45

¹³¹ North American Free Trade Agreement (1993) 32 *International Legal Materials*, p. 28. (TLCAN)

¹³² K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation...*, cit., p. 43.

¹³³ The Energy Charter Treaty (signature 17 December 1994, entry into force 16 April 1998) 2080 *UNTS* p. 95. (ECT)

¹³⁴ UNCTAD Press Release, "Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s" (15 December 2000) TAD/INF/2877. Entre 1956 hasta 1989 únicamente se firmaron 404 APPRIs, en cambio, entre 1990 y 2007 se firmaron 2663 AII y se pasó de 1 arbitraje de inversiones (basado en un tratado) registrado hasta 1990 a 292 casos en 2007. Ver: UNCTAD, "World Investment Report 2015..." cit., p. 121.

¹³⁵ Por ejemplo, el art. 2 del Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones reza "(1) Cada parte contratante promoverá en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones de inversionistas de la otra parte contratante y las admitirá de acuerdo a sus leyes y reglamentaciones. (2) La parte contratante que haya admitido una inversión en su territorio, otorgará las autorizaciones necesarias relacionadas con dicha inversión, inclusive con la ejecución de contratos de licencia, asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada parte facilitará, cuando así se requiera las autorizaciones necesarias para las actividades de consultores o de terceras personas calificadas de nacionalidad extranjera". Ver: Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (República del Perú - Confederación Suiza) (firmado 22 de noviembre de 1991, entrada en vigor 23 de noviembre de 1993) (APPRI Perú-Suiza).

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

internacional de capital,¹³⁶ por otro lado, otras disposiciones de los AII y las interpretaciones de los tribunales arbitrales fueron creando una burbuja que protege la inversión extranjera de cualquier cambio en las políticas públicas desfavorable a los intereses del capital. Se podría argumentar que se creó una suerte de estado de derecho internacional para eliminar impedimentos regulatorios y cualquier otro tipo de intervención a la "libre competencia" y al "libre comercio" incluido el control de las colectividades.¹³⁷

Los AII y las decisiones de los Tribunales fueron construyendo este estado de derecho para las inversiones a través de: 1) la internacionalización de los contratos inversionista-Estado; 2) la interpretación de un consentimiento del Estado para someter la controversia a arbitraje sin una relación contractual con el inversionista (*consent without privity*); 3) la expansión de la jurisdicción de los tribunales a través de las definiciones de "inversión" e "inversionista"; 4) la liberación del deber de agotar los recursos internos para acceder a instancias internacionales de solución de diferencias; 5) la formación de protecciones absolutas a favor de los inversionistas; 6) la conformación de un régimen autosuficiente basado en AII; y 7) la formación de una obligación de pagar indemnizaciones totales o absolutas por violaciones a los AII.¹³⁸ Procederé a hacer una breve descripción de cada uno de estos puntos, que ilustraré únicamente con algunos casos emblemáticos.¹³⁹

4.1. La internacionalización de los contratos inversionista-Estado

Los contratos inversionista-Estado son el principal medio a través del cual la inversión ingresa en el Estado anfitrión, por ejemplo, una concesión, una empresa

¹³⁶ Por ejemplo, el art. 4 del APPRI Perú-Suiza reza "Cada parte contratante en cuyo territorio inversionista de la otra parte contratante hayan efectuado inversiones, garantizará a dichos inversionistas la libre transferencia de los pagos relacionados con tales inversiones, particularmente de:

- (a) Intereses, dividendos, beneficios y otras ganancias de las inversiones;
- (b) Amortizaciones de préstamos;
- (c) Importes destinados a cubrir gastos relativos a la administración de las inversiones;
- (d) Regalías y otros ingresos derivados de los derechos enumerados en el artículo 1, párrafo (2), incisos (c), (d) y (e) del presente convenio;
- (e) Aportes adicionales de capital necesarios para el mantenimiento o desarrollo de las inversiones;
- (f) El producto de la venta o liquidación parcial o total de las inversiones, incluyendo posibles aumentos de valor".

¹³⁷ J. CÁRDENAS GRACIA, *El modelo jurídico del neoliberalismo...*, cit., p. 3; D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise* (Cambridge University Press 2008) p. 223.

¹³⁸ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., pp. 10-45.

¹³⁹ Cabe mencionar que hay varios matices que no he capturado en las próximas secciones porque mi objetivo aquí es resaltar los elementos clave del régimen internacional de la inversión extranjera, con el fin de estar en una mejor posición de ofrecer propuestas de reforma. Todo el período neoliberal está marcado por la incertidumbre respecto a la interpretación que cada Tribunal haría al AII, sin embargo, entrar en todas estas discusiones dificultaría la clara identificación de los elementos clave del andamiaje del DIIE neoliberal que requieren reforma.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

conjunta, etc. Al ser el Estado una parte en el contrato y desarrollarse la actividad dentro de su territorio, las inversiones, los contratos y las normas procesales para la resolución de conflictos relacionados con estos están, por regla general, sujetos al derecho interno del Estado anfitrión. No obstante, a partir de 1990 se observa una serie de estrategias dirigidas a sustraer la inversión extranjera del derecho interno y aplicar, en la medida de lo posible, el derecho internacional a los contratos inversionista-Estado y a las diferencias relacionadas con las inversiones.¹⁴⁰

En primer lugar, se incluyeron cláusulas de estabilización dentro de los contratos inversionista-Estado que intentaban proteger al inversionista de cambios regulatorios.¹⁴¹ Las cláusulas de estabilización se definen como "*contractual clauses in private contracts between investors and host states that address the issue of changes in law in the host state during the life of the project*".¹⁴²

A efectos analíticos, se han identificado tres grandes categorías de cláusulas de estabilización: 1) las cláusulas de congelamiento (*freezing clauses*), que congelan el derecho interno del Estado anfitrión con respecto al proyecto de inversión durante todo su ciclo de vida; 2) las cláusulas de equilibrio económico (*economic equilibrium clauses*), que obligan al Estado a compensar al inversionista por los costos relacionados con el cumplimiento con nuevas legislaciones adoptadas durante el ciclo de vida del proyecto de inversión; y 3) las cláusulas híbridas, que obligan al Estado a restaurar al estado anterior al cambio en la normativa a través de diversos métodos, incluyendo, excepciones a las nuevas leyes.¹⁴³

Un estudio realizado en 2009 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) y la Corporación Financiera Internacional (CFI) que logró obtener acceso a 75 modelos de contratos de inversiones, concluye que la inclusión de dichas cláusulas y su enfoque pro-inversionista o pro-Estado difiere conforme el nivel de desarrollo de los países anfitriones. Los contratos de países sub-saharianos, Europa del sur y del este, así como del Medio Oriente y del norte de África tienen cláusulas de congelamiento de la legislación. De estos, 4 de 11 contratos de países sub-saharianos congelan *toda*

¹⁴⁰ Si bien hubo varios intentos desde 1921 de aplicar el derecho internacional a los contratos, con el fin de contrarrestar el control que tenían los Estados anfitriones sobre estos, en particular en las industrias extractivas, no existía una norma internacional que permitiera aislarlos del alcance del derecho interno. Ver: LEAGUE OF NATIONS, "Report of the Committee of the League of Nations for the Study of International Loan Contracts" (1939) II.A.10, p. 21 <https://biblio-archive.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-145-M-93-1939-II-A_EN.pdf>.

¹⁴¹ K. GEHNE y R. BRILLO, "Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment" (2017) *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Vol. 143, p. 5. Ver también: A. V. KUZNETSOV, "The limits of contractual stabilization clauses for protecting international oil and gas investments examined through the prism of the Sakhalin-2 PSA: Mandatory Law, the Umbrella Clause, and the Fair and Equitable Treatment Standard" (2014) *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* Vol. 22, p. 223.

¹⁴² IFC y OHCHR, "Stabilization Clauses and Human Rights" (27 May 2009) p. vii. Disponible en <<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/stabilization-clauses-and-human-rights-27-may-2009.pdf>>.

¹⁴³ *Ídem*.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

la legislación, incluyendo la ambiental y la social. En América Latina, sólo un contrato hace un congelamiento parcial, aplicable solo a la legislación en materia laboral. Por otro lado, los contratos de países pertenecientes a la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE) no incluyen cláusulas de congelamiento, sino sólo de equilibrio económico (la forma menos agresiva de estabilización), y en ocasiones estas cláusulas contienen un límite de lo que se puede compensar a los inversionistas por cambios regulatorios.¹⁴⁴

Asimismo, en 20 de 22 contratos de países que *no* son de la OCDE que contienen cláusulas de equilibrio económico, otorgan al inversionista un derecho a recibir una compensación por los costos que les supone cumplir con leyes ambientales y sociales de aplicación general, así como de leyes en otras materias, incluso cuando no sean discriminatorias hacia el inversionista. Mientras que 5 de 6 cláusulas de equilibrio económico de países que *sí* forman parte de la OCDE no abarcan compensaciones por cambios regulatorios en leyes de aplicación general, ni normativa adoptada por autoridades federales.¹⁴⁵

En resumen, en este período se incluyeron disposiciones en los contratos de inversiones con el mero objetivo de garantizar que no se harían cambios regulatorios *que afectarían a la inversión* o que, de hacerse, los inversionistas serían compensados por los efectos adversos sobre el equilibrio económico de la inversión derivado de su aplicación.¹⁴⁶ Lo anterior con independencia del objetivo de interés público -social o ambiental- que la legislación pueda perseguir.¹⁴⁷ Así pues, las cláusulas no impiden a los Estados adoptar nueva legislación ambiental, sino que protegen a la inversión de la ejecución de la nueva legislación o de sus efectos, acarreando una compensación.¹⁴⁸

La ejecución de los contratos con cláusulas de estabilización ante las cortes internas podría ser problemática, al existir el riesgo de que las cortes del país anfitrión las declararan nulas o ilegales por exceder las facultades del ejecutivo, dado que dichos contratos podrán tener efectos sobre las facultades regulatorias

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 17.

¹⁴⁵ *Ídem*.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹⁴⁷ Ver: L. COTULA, "Stabilization Clauses and the Evolution of Environmental Standards in Foreign Investment Contracts" (2007) *Yearbook of International Environmental Law* Vol. 17, No. 1, pp. 111-138; L. COTULA, "Reconciling regulatory stability and evolution of environmental standards in investment contracts: Towards a rethink of stabilization clauses" (2008) *The Journal of World Energy Law & Business* Vol. 1, No. 2, pp. 158-179.

¹⁴⁸ Por ejemplo, en *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of Libyan Arab Republic*, Award (19 January 1977) el tribunal sostuvo que la cláusula de estabilización no afecta los cambios legislativos, sino que los convierte en ilegales respecto a la inversión protegida por la cláusula y da lugar a una compensación monetaria. Y en *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, Award (12 of April 1977) el tribunal presume que las cláusulas de estabilización no afectan los derechos soberanos del Estado, sino que acarrean una compensación. Estos casos en etapas tempranas del DIIE sentaron las bases para la siguiente interpretación de que las cláusulas de estabilización constituyen *expectativas legítimas* de los inversionistas de que el marco normativo relativo a la inversión no será modificado en detrimento de su inversión.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

del legislativo.¹⁴⁹ Por tanto, la última característica de la internacionalización de los contratos fue su protección bajo el amparo de los AII a efectos de someter las controversias relacionadas a jurisdicciones supranacionales y aplicarles el derecho internacional.

Los AII posteriores a 1990 incluyeron las cláusulas paraguas (*umbrella clauses*), que atraen los contratos bajo la protección del AII.¹⁵⁰ Un ejemplo de este tipo de cláusulas se encuentra en el APPRI Filipinas-Suiza:

*"Each contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party".*¹⁵¹

A través de las cláusulas paraguas el incumplimiento con un contrato podría suponer la responsabilidad interaccional del Estado anfitrión, por incumplimiento del tratado.¹⁵² Aunque inicialmente algunos Tribunales fueron cautelosos al

¹⁴⁹ Por ejemplo, en *Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, la Suprema Corte de Justicia de Jamaica declaró que la cláusula de estabilización del contrato era nula "*void ab initio*". Sin embargo, cuando la diferencia llegó a un arbitraje internacional de inversiones, el Tribunal dejó de aplicar el derecho interno y aplicó el derecho internacional. En este caso, el Tribunal decidió que el contrato era legal porque formaba parte del proceso internacional contemporáneo de desarrollo económico, donde las garantías contractuales jugaban un papel fundamental que estaban respaldadas por tratados internacionales. En consecuencia, el contrato era obligatorio para el Estado, incluyendo los poderes parlamentarios y otros poderes gubernamentales constituidos conforme la constitución, quienes no podían nulificar dichos compromisos internacionales. Ver: *Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, American Arbitration Association Case No. 16100013776, Award (24 August 1978) para. 37-39. Disponible en < <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-revere-copper-and-brass-inc-v-overseas-private-investment-corporation-award-thursday-24th-august-1978>>. También ver: K. GEHNE y R. BRILLO, "Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment" (2014) *Swiss National Centre of Competence in Research Working Paper* no. 2013/46 <https://www.wti.org/media/filer_public/c7/83/c783ecf8-11cf-4e3c-88c4-6214f8f7b51e/stab_clauses_final_final.pdf>.

¹⁵⁰ Actualmente, al menos el 40% de los AII cuenta con cláusulas paraguas. Ver: G. CAHIN, "La clause de couverture (dite umbrella clause)" (2015) *Revue Générale de Droit International*, pp. 103-144; A. SINCLAIR, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection" (2004) *Arbitration International* Vol. 20, No. 4, pp. 411-434.

¹⁵¹ Art. X del Agreement between the Republic of the Philippines and the Swiss Confederation on the Promotion and Reciprocal Protection (Philippines-Switzerland) (signature 31 March 1997, entry into force 23 April 1999).

¹⁵² J. HO, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts* (Cambridge University Press 2018) pp. 180-221. Ver también: J. HO, "State Responsibility for Breaches of Investment Contracts" (2017) *United Nations Audiovisual Library of International Law*, Codification Division, Office of Legal Affairs. Disponible en <http://legal.un.org/avl/ls/Ho_S_video_1.html>. Hay que notar que no es así en todos los casos. A lo largo del desarrollo del DIIE los tribunales han adoptado diferentes enfoques respecto a las cláusulas paraguas, que se pueden dividir en: 1) Tribunales que consideran que el incumplimiento con un contrato por parte de una entidad gubernamental constituye en sí mismo una violación a un AII; 2) Tribunales que consideran que el incumplimiento con un contrato únicamente constituye una violación a un AII cuando dicho incumplimiento deriva de un uso de los poderes de gobierno; y 3) Tribunales que rechazan que el incumplimiento con un contrato constituye por sí mismo una violación a un AII. En esta sección yo únicamente resalto el primer enfoque con fines ilustrativos, es decir, con el propósito de visualizar dicho enfoque como una pieza clave del andamiaje que dio lugar al AII neoliberal y agresivo que conocemos. De ninguna manera se debe interpretar esta sección como una afirmación de que todos los Tribunales siguen el mismo enfoque. Ver: K. YANNACA-SMALL, "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements" (2006) *OECD Working Papers on International Investment* No. 2006/03 <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf>.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

abordar este asunto,¹⁵³ algunos otros adoptaron un enfoque proteccionista del inversionista, transformando la naturaleza de la diferencia y el derecho aplicable a la misma.

Por ejemplo, en *(SGS) Société Générale de Surveillance v. The Republic of Paraguay* el Tribunal analizó si el incumplimiento de un contrato supone el incumplimiento del art. 11 del APPRI en aplicación de la cláusula paraguas. Interpretó que:

*"Article 11 requires the "observance" of commitments. Also as a matter of the ordinary meaning of the term, a failure to meet one's obligations under a contract is clearly a failure to "observe" one's commitments. There is nothing in Article 11 that states or implies that a government will only fail to observe its commitments if it abuses its sovereign authority. Hence, again applying standard principles of treaty interpretation, a breach of contract by Paraguay with respect to an investment of a Swiss investor is a breach of Article 11."*¹⁵⁴

Cuando se entiende que el incumplimiento con un contrato es también una violación a una disposición de un AII, el derecho aplicable a la controversia ya no es *prima facie* el derecho interno, sino la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹⁵⁵ el AII que se considera violado y las normas secundarias internacionales.¹⁵⁶ El derecho interno se aplicaría únicamente como un hecho o, como mucho, de manera complementaria al derecho internacional.¹⁵⁷

En dicho contexto, se podría decir que los contratos de inversiones, normalmente firmados por el poder ejecutivo, adquieren la misma protección que un tratado

¹⁵³ Uno de los primeros Tribunales que tuvo que interpretar una cláusula paraguas fue el de *SGS Société Générale de Surveillance v. the Islamic Republic of Pakistan*, donde el Tribunal advirtió que aceptar los argumentos de la demandante de que la cláusula paraguas tenía el efecto de elevar una diferencia contractual a una diferencia internacional -basada en un tratado- tendría efectos de alto impacto en los países contratantes del AII y pondría al Estado en una posición de desventaja en relación con el inversionista extranjero. Por tal motivo, dicho Tribunal determinó que, ante la falta de claridad de la disposición contenida en el AII, se debía adoptar una interpretación cautelosa, garantizando una igualdad entre las partes y rechazó los argumentos de la demandante. Ver: *SGS Société Générale de Surveillance v. the Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (6 August 2006) párr. 163-174. También ver: B. SAMSON y A. UGALÉ, "Umbrella Clause" (21 September 2021) *Jus Mundi* < <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-umbrella-clause> >. La empresa siguió elevando el mismo argumento ante diversos tribunales hasta que logró una decisión que confirmara su posición en *(SGS) Société Générale de Surveillance v. The Republic of Paraguay*.

¹⁵⁴ *SGS Société Générale de Surveillance v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Award (10 February 2012) párr. 91.

¹⁵⁵ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008) párr. 76.

¹⁵⁶ AGNU Resolución 56/83, "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" (12 de diciembre de 2001); J. CRAWFORD, "Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility" (2010) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* Vol. 25, No. 1, pp. 127-199.

¹⁵⁷ Sobre la relación entre derecho interno y derecho internacional ver: A. KULICK, *Global Public Interest in international investment law* (Cambridge University Press 2012) pp. 11-56. Ver también: Art. 42(1) del Convenio del CIADI.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

internacional, sin pasar por los controles constitucionales de ratificación del poder legislativo, menoscabando la democracia en el país anfitrión.

La cláusula paraguas también tiene el efecto de dar acceso al mecanismo de solución de controversias supranacional previsto por el AII, en vez de acudir a la jurisdicción interna del país anfitrión. Con ello, el riesgo de que el contrato y el AII pasaran por un proceso de control de legalidad y/o constitucionalidad en las cortes internas también se redujo.

La internacionalización de los contratos también se ha manifestado a través de la aplicación de las protecciones de expropiación indirecta y trato justo y equitativo, que abordo páginas adelante. Ahora basta mencionar las cláusulas paraguas para ilustrar los diversos fenómenos que se observaron en el período de estudio.¹⁵⁸

4.2. La expresión del consentimiento abierto para someter la diferencia a arbitraje (*consent without privity*)

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de diferencias, de carácter voluntario, por lo que ambas partes en la diferencia deben expresar su consentimiento a someter su diferencia al arbitraje y comprometerse a acatar o ejecutar la decisión de los árbitros. El consentimiento es la piedra angular del arbitraje porque confiere jurisdicción al tribunal y define sus límites.¹⁵⁹ Normalmente, el consentimiento al arbitraje se expresa por escrito, por medio de un contrato o acuerdo entre las partes en virtud del cual se comprometen a someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica.¹⁶⁰ También se puede celebrar un acuerdo para ello una vez ha surgido una controversia concreta.

Se podría decir que, ya desde 1965, el art. 26 del Convenio del CIADI relajó el requerimiento del acuerdo arbitral donde ambas partes en la diferencia expresan su mutuo consentimiento a someter la diferencia a arbitraje, a saber:

"Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso".

El convenio no especifica en forma alguna el momento o la forma en que debe darse el consentimiento, ni tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Según el Informe de los directores ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio del CIADI, la cláusula del

¹⁵⁸ Sobre el funcionamiento de la cláusula paraguas ver: R. SUPAPA, "Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador: Enforcing Economic Stability Guarantees through an Umbrella Mechanism: "Caveat Upstream Petroleum Investor?" (2017) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 2, pp. 275-286. También ver: A. V. KUZNETSOV, "The limits of contractual stabilization clauses for protecting international oil and gas investments...", cit., p. 223.

¹⁵⁹ CIADI, "Reporte de los directores ejecutivos del Banco Internacional...", cit., pp. 23-5.

¹⁶⁰ A. C. DONOSO BUSTAMANTE, "Análisis de derecho comparado. Las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)" (2011) *Ius Humani. Revista de Derecho* Vol. 2, p. 159.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

consentimiento al arbitraje inversionista-Estado contenido en una ley o un AII se entiende como una *oferta* hecha por el Estado, que el inversionista puede aceptar por escrito en un momento posterior.¹⁶¹

Posteriormente, en 1968 el CIADI publicó sus cláusulas modelo que fueron desarrolladas para sugerir cómo se puede expresar el consentimiento al arbitraje administrado por el CIADI.¹⁶² El CIADI ofreció un menú de posibilidades y, concretamente en relación al art. 26, presentó el siguiente modelo de disposición para que los Estados los incluyeran en todos los AII que firmaran:

"The Government of name of Contracting State hereby consents to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter the 'Centre'), for settlement by [conciliation]/[arbitration]/ (conciliation followed, if the dispute remains unresolved within time limit of the communication of the report of the Conciliation Commission to the parties, by arbitration] pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereinafter the 'Convention'), all/ disputes arising out of any investment made, by a national of another Contracting State (as defined by the Convention), pursuant to this [Law]/[Decree], provided that the investor files a similar consent in writing with name of official or office, and complies with the following additional conditions: ...

"¹⁶³

Así, los AII y las leyes en materia de inversiones post-1990 fueron incluyendo disposiciones sobre arbitraje inversionista-Estado, alineadas a dicho modelo.¹⁶⁴ A diferencia de disposiciones de arbitraje previas, las de este período se redactaron en términos generales y eliminaron referencias a un procedimiento o requerimiento adicional al contenido en el AII relativo al consentimiento o un convenio arbitral entre las partes.¹⁶⁵ A esto se le llama actualmente *consent without privity* consentimiento sin una relación contractual.¹⁶⁶

¹⁶¹ El Reporte de los directores ejecutivos reza:

"un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta".

Ver: CIADI, "Reporte de los directores ejecutivos del Banco Internacional...", cit., pp. 23-5.

¹⁶² Las cláusulas modelo se presentaron primero en 1986 y actualmente se encuentran, en su segunda versión, en la página del CIADI. Ver: CIADI, "ICSID Model Clauses" (sin fecha) <<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-en/main-eng.htm>>.

¹⁶³ ICSID, "Model Clauses Recording Consent for Settlement of Investment Disputes" (1968) *International Law Materials* Vol.7, No. 1159, pp. 5-6.

¹⁶⁴ Ver: UNCTAD, "2.3. Consent to Arbitration" (2003) *UNCTAD Dispute Settlement Series* No. 2.3. <https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add2_en.pdf>.

¹⁶⁵ J. PAULSSON, "Arbitration Without Privity" (1995) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 10, No. 2, pp. 232-257.

¹⁶⁶ J. PAULSSON, "Arbitration Without Privity...", cit., pp. 232-257; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., p. 139. Un ejemplo de estas disposiciones es el art. 1122 del TLCAN:

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Las primeras solicitudes de arbitraje de inversiones llevaron a los tribunales a analizar si dichas disposiciones constituían una expresión inequívoca del consentimiento del Estado suficiente para que el tribunal afirmara su jurisdicción para conocer del caso. En *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, el Estado demandado argumentó que su Ley No. 43 de inversiones no era aplicable al caso y que, de aplicar, no se podría considerar como un otorgamiento de consentimiento al arbitraje de manera cierta e inequívoca. Para Egipto el consentimiento a la jurisdicción del CIADI conlleva una renuncia a su inmunidad soberana, por lo que dicho consentimiento debía ser "cierto e inequívoco":

*"Egypt's principal contention concerning the effect of Law No. 43 is that it is too ambiguous and equivocal to establish consent to ICSID arbitration. According to Egypt, such consent must be "certain and unequivocal" because consent of a State to ICSID jurisdiction entails a waiver of sovereign immunity which itself requires a clear and unequivocal intent."*¹⁶⁷

El tribunal no hizo un análisis exhaustivo de la práctica o de las normas de derecho internacional vigentes al momento, sino que se refirió directamente al reporte de los Directores Ejecutivos para afirmar el consentimiento y su jurisdicción para resolver la diferencia, afirmando que el consentimiento no tiene que encontrarse en un mismo instrumento y que puede estar en una ley de inversiones.¹⁶⁸

-
1. *"Each Party consents to the submission of a claim to arbitration in procedures set out in this Agreement.*
 2. *The consent given by paragraph 1 and the submission by a disputing arbitration shall satisfy the requirement of:*
 - (a) *Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and Rules for written consent of the parties;*
 - (b) *Article II of the New York Convention for an agreement in writing; and*
 - (c) *Article I of the Inter-American Convention for an agreement."*

¹⁶⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction (27 November 1985) párr. 72. Sobre las implicaciones de esta decisión ver: S. PALEVICIENE, "Consent to arbitration and the legacy of the SPP v. Egypt case" (2014) *Baltic Journal of Law & Politics* Vol. 7, No. 1, pp. 149-162; C. LÉVESQUE, "Investor-State Arbitration Under Nafta Chapter 11: What Lies Beneath Jurisdictional Challenges" (2002) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 17, no. 2, pp. 320-379. También ver: S. MULLEN, E. WHITSITT, "ICSID and Legislative Consent to Arbitrate: Questions of Applicable Law" (2008) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 23, no. 2, pp. 92-115.

¹⁶⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction (27 November 1985) pa. 50.

"The Convention does not prescribe any particular form for the consent required to establish the Centre's jurisdiction, other than that it be "in writing". The consent need not be contained in a single written instrument, as made clear in the Report of the Executive Directors, which states:

Nor does the Convention require that consent of both parties be expressed in a single instrument. Thus, a host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing."

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

En 1990 también se decidió el caso *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, donde un tribunal, por primera vez, afirmó su jurisdicción en base a una disposición de arbitraje en un AII. En ese caso, el Tribunal ni siquiera justificó su jurisdicción, sino que simplemente la *asumió* -dado que la parte demandada nunca la objetó- y continuó con el proceso sin abordar el tema del consentimiento.¹⁶⁹

Se podría decir que, como efecto secundario, el *consent without privity* eliminó la posibilidad de que el Estado anfitrión pudiese demandar al inversionista, ante tribunales supranacionales, por incumplimiento de este con el contrato de inversión, daños en su territorio o contra su población derivados de la conducta del inversionista.¹⁷⁰ En *American Manufacturing & Trading Inc. v. Republic of Zaire* se planteó la pregunta de si una cláusula de arbitraje en un AII -donde el Estado de origen del inversionista otorga su consentimiento al arbitraje- creaba una obligación a cargo de sus nacionales de someterse a la jurisdicción del CIADI.¹⁷¹ La interpretación fue que la cláusula supone el consentimiento (abierto) del Estado a la jurisdicción del CIADI, pero no el del inversionista:

*"It seems that upon reading this provision of the Treaty, it cannot be contended that consent of the parties to come before ICSID simply results from a pre-existing agreement by the United States and Zaire. It is therefore necessary to show that there has also been an agreement between the Parties, or in the absence of this agreement, it would have been necessary to apply Article VII, paragraph 4 in fine which confers upon a national of the other State the power to compel the State party to the dispute to appear before the Centre. This is very much the case before us. In the present case, it appears that AMT has opted for a proceeding before ICSID. AMT has expressed its choice without any equivocation; this willingness together with that of Zaire expressed in the Treaty, creates the consent necessary to validate the assumption of jurisdiction by the Centre".*¹⁷²

En consecuencia, hoy en día, los arbitrajes sólo pueden ser iniciados por el inversionista y no por el Estado anfitrión e, incluso las contrademandas en

¹⁶⁹ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award (27 June 1990) párr. 2.

¹⁷⁰ Por ejemplo, en *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim (7 May 2004) el Tribunal negó tener jurisdicción para resolver la contra-demanda de la demanda. Recientemente, la cuestión de la posibilidad de presentar contra-demandas en el arbitraje inversionista-Estado por las conductas de los inversionistas se está cuestionando y algunos tribunales parecen estar un poco más abiertos a aceptar contra-demandas. Ver: P. ABEL, "Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration" (2018) *Brill Open Law* No. 1, pp. 61-90.

¹⁷¹ "In other words, does the consent of the United States creates an obligation for its national? Should there not be, in addition to that consent, also the consent by AMT itself relating to a specific dispute? Can the United States impose upon its national the passage of consent to ICSID? Or, better still, in the absence of AMT's consent, will the treaty signed by the United States of America and Zaire suffice to take its place?". *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, (21 February 1997) párr. 5.17. Otras decisiones similares son: *Lanco International Inc. v. The Argentinian Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary decision: Jurisdiction of the Arbitral Tribunal (8 December 1998) párr. 43-44; *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award (16 September 2003) párr. 12.1-12.4.

¹⁷² *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award (21 February 1997) pa. 5.23.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

arbitrajes iniciados por los inversionistas, tienen dificultades para prosperar en la fase de jurisdicción porque exceden el consentimiento del inversionista.¹⁷³

4.3. La expansión de la jurisdicción

Una vez que se afirma el consentimiento de las partes a someter la controversia a arbitraje, un tribunal arbitral debe analizar el alcance de su jurisdicción. Para los casos que se someten bajo el Convenio del CIADI y sus reglas, los límites se derivan del art. 25(1) según el cual el Centro es competente para conocer de las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una "inversión" entre un Estado contratante y el "nacional de otro Estado contratante".

4.3.1. *Rationae materia*

El Convenio del CIADI no define el término "inversión", por lo que la jurisdicción se determina en base al contenido del AII o la ley de inversión en que se base la reclamación.¹⁷⁴ La ausencia dicha definición responde a la intención de permitir que cada Estado contratante pudiera delimitar la jurisdicción del CIADI, según sus propias necesidades, al definir qué transacciones constituyen una inversión en sus AII.¹⁷⁵

Los AII post-1990 comúnmente definieron la "inversión" como "cualquier tipo de activo", sin clarificar qué se entiende por "activo" a los efectos del tratado.¹⁷⁶

¹⁷³ La cuestión de las contrademandas es ampliamente debatido. Desde una perspectiva pro-contrademandada, ver: T. KENDRA, "State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life?" (2013) *Arbitration International* Vol. 29, No. 4, pp. 575-606. Sobre las divergencias de este tipo de consentimiento con la teoría básica del arbitraje comercial y el arbitraje interno y las implicaciones que ello tiene en términos de jurisdicción, ver: R. RAMEAU, "The Battle Between Consent and the Principles of Competence-Competence in Investment Arbitration" (2015) *University of Ghana Law Journal* No. 28, pp. 84-102.

¹⁷⁴ La definición requiere un estudio detallado que escapa los objetivos de este apartado. Ver: A. PARRA, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment" (1997) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 12, No. 1, pp. 287-364; M. SORNARAJAH, "Portfolio Investments and the Definition of Investment" (2009) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 24, No. 2, pp. 516-520; C. LEVESQUE, "Abaclat and Others v. Argentine Republic: The Definition of Investment" (2012) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 27, No. 2, pp. 247-254.

¹⁷⁵ CIADI, "Informe de los directores ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio...", cit., p. 44, párr. 27.

¹⁷⁶ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 176. Para mayor claridad he revisado la definición de "activo" el Diccionario de la Real Academia Española. Un "activo" es el "conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo". Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica 23.4, actualización 2020 < <https://dle.rae.es/activo?m=form>>.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Además de incluir "cualquier activo" algunos AII de la época incluyeron una lista *ilustrativa* de las formas que puede tomar la inversión;¹⁷⁷ mientras que otros especifican algunas características sustantivas de la inversión.¹⁷⁸

Como se puede apreciar, este tipo de definiciones se prestan a interpretaciones expansivas de la jurisdicción del tribunal. En este período, muchos tribunales utilizaron su poder de decidir su propia competencia¹⁷⁹ para afirmar su jurisdicción

¹⁷⁷ Un ejemplo de las primeras, que fueron las más comunes, lo encontramos en el APPRI Argentina-Italia:

"For the purposes of this Agreement:

1. Investment shall mean, in compliance with the legislation of the receiving State and independent of the legal form adopted or of any other legislation of reference, any conferment or asset invested or reinvested by an individual or corporation of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, in compliance with the laws and regulations of the latter party.

In particular, investment includes, without limitation:

a. movable and immovable property and any other property rights such as collateral securities over the property of third parties – to the extent they may be used for investment;

b. shares, quotas and other holdings, including minority or indirect holdings, in companies incorporated in the territory of one of the Contracting Parties;

c. bonds, private or public financial instruments or any other right to performances or services having economic value, including capitalized revenues;

d. credits which are directly related to an investment, lawfully created and documented pursuant to the legislation in force in the State where the investment is made;

e. copyrights, intellectual or industrial property rights – such as patents, licenses, registered trademarks, secrets, industrial models and designs – as well as technical;

f. processes, transferrals of technological know-how, registered business names and goodwill;

g. any right of economic nature conferred under any law or agreement, as well as any license and concession granted in compliance with the applicable provisions governing the performance of the related economic activities, including prospecting, cultivating, extracting and exploiting of natural resources" (lo subrayado es añadido).

Fra la Repubblica Italiana e la Repubblica Argentina sulla Promozione e Protezione degli investimenti (signature 22 May 1990, entry into force 14 October 1993). Esta traducción del artículo fue tomada de *Abaclat y Otros v. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (4 de agosto de 2011) párr. 336.

¹⁷⁸ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., pp. 17-183.

¹⁷⁹ Este poder se le llama competencia-competencia. Significa que el tribunal tiene competencia exclusiva para decidir sobre su propia competencia. Ver: Reglas de Arbitraje del CIADI, regla 41. Ver también: *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile I*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on Jurisdiction (8 May 2002) párr. 80-81; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2 (16 October 2002) párr. 22; *AIG Capital Partners, Inc. And CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, Award (7 October 2003) párr. 8.1; *LESI, S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. People's Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision (12 July 2006) párr. 57; entre otros.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

sobre casos relativos a bonos, deudas soberanas¹⁸⁰ y otros tipos de instrumentos financieros, e incluso para contratos de servicios.¹⁸¹

Expandir la jurisdicción de esta manera acarrea dos grandes problemas. Primero, deja expuesto al Estado a reclamaciones de muy diversa índole, que quizá van más allá de la idea que los Estados tuvieron al firmar los AII.¹⁸² Y segundo, se contraviene el objetivo establecido en el Convenio del CIADI de acelerar el desarrollo de los países anfitriones. Como recordaremos, los países en desarrollo firmaron el Convenio del CIADI bajo la promesa de que eso sería un canal para atraer las inversiones y alcanzar el añorado desarrollo.¹⁸³ El Convenio del CIADI estaba diseñado, al menos en el discurso de los directores ejecutivos del Banco Mundial, para proteger inversiones que verdaderamente hicieran una contribución al desarrollo económico del país anfitrión, no para proteger los intereses del capital por encima de los intereses de los Estados.¹⁸⁴

4.3.2. *Rationae persona*

Para las diferencias que se deciden por un tribunal administrado por el CIADI, normalmente un Tribunal tendría que determinar los límites de su jurisdicción tomando en cuenta tanto la definición del art. 25(1) del Convenio del CIADI, como aquella de "inversionista extranjero" o "nacional de la otra Parte" en el AII en cuestión. En este apartado me enfocaré únicamente en la definición de "inversionista extranjero".¹⁸⁵

¹⁸⁰ En el caso *Abaclat y Otros v. la República Argentina* el Tribunal interpretó que los "derechos sobre valores consistentes en los bonos argentinos" (los bonos soberanos) y los derechos sobre esos valores están protegidos por el AII. Ver: *Abaclat y Otros v. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (4 de agosto de 2011) párr. 355.

¹⁸¹ Por ejemplo, en *Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt*, el Tribunal tuvo que decidir si las actividades relacionadas con el dragado del Canal de Suez constituían una "inversión" en los términos del tratado. Normalmente, dichas actividades se considerarían *servicios* y no *inversiones*, pero dado que el tratado aplicable incluía en la definición de inversión "any direct or indirect contribution in cash, in kind, or in services, invested or reinvested in any sector of economic activity", el Tribunal interpretó que las actividades eran una *contribución* en servicios y, por tanto, eran una inversión protegida por el tratado. Ver: *Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction (16 June 2006) pa. 106. Ver también: *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on objection to jurisdiction (6 August 2003) pa. 133-140; *Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on objections to Jurisdiction (24 January 2004) pa. 99-112. Estos casos se referían a contratos de servicios que se desarrollaron en gran parte fuera del territorio del Estado anfitrión, donde los Tribunales entendieron que los contratos eran inversiones sobre los que podrían tener jurisdicción.

¹⁸² M. SORNARAJAH, "Portfolio Investments and the Definition of Investment...", cit., pp. 516-520.

¹⁸³ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 179.

¹⁸⁴ G. KAUFMANN-KOHLER y M. POTESTÀ, *Investor State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* (Springer Open 2020) pp. 11-16.

¹⁸⁵ Al igual que en el caso de la definición de "inversión", la definición de "inversionista extranjero" requiere una consideración más cuidadosa que la que se puede agotar en este apartado. Ver: A. ROMANETTI, "Defining Investors: Who Is Eligible to Claim" (2012) *Journal of International Law* Vol. 29, No. 3, pp. 231-254; A. TURINOV, "Investment and Investor in Energy Charter Treaty Arbitration:

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

El punto toral en la jurisdicción *personae materia* es el vínculo que debe existir entre un inversionista y una Parte en el Convenio del CIADI y en el AII base de la reclamación.¹⁸⁶ El inversionista extranjero puede ser tanto una persona física como una persona jurídica.¹⁸⁷ Para el caso de las personas físicas, basta con que se demuestre contar con dicho vínculo con el Estado de origen conforme a su derecho interno, tanto al momento de expresar el consentimiento de someter la diferencia a arbitraje como en el momento de registrar la solicitud de arbitraje.¹⁸⁸ En algunos AII el vínculo es la nacionalidad, mientras que en otros AII se extiende también a la ciudadanía y, en algunas ocasiones, la residencia permanente o una combinación de ambos.¹⁸⁹ Por ejemplo, el Tratado sobre la Carta de la Energía define en el Art. 1(7)(a)(i) que el "inversor" es "*la persona que posea la ciudadanía o nacionalidad de dicha Parte o resida permanente en ésta, con arreglo a la legislación nacional aplicable*".

Para el caso de las personas jurídicas, en especial las multinacionales, determinar el vínculo de nacionalidad es mucho más complejo, pues pueden constituirse en un Estado y ser controladas por empresas en otro Estado o pertenecer a nacionales de un tercer Estado. Precisamente por las complejas estructuras corporativas, el Convenio del CIADI no excluye a las empresas que tengan la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, siempre y cuando estén sometidas a "control extranjero" de otra empresa que sea nacional en un Estado parte en el AII -distinto al Estado parte en la diferencia-.¹⁹⁰ No obstante, no se aclara qué se entiende por "control extranjero" ni se ofrecen criterios o lineamientos para determinar qué características debe tener el vínculo entre la empresa controlada y la empresa

Uncertain Jurisdiction" (2009) *Journal of International Arbitration* Vol. 26, No. 1, pp. 1-24; E. C. SCHLEMMER, "Investment, Investor, Nationality, and Shareholders" en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO y C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press 2008) pp. 49-88.

¹⁸⁶ Art. 25(2)(a) del Convenio del CIADI; J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 207.

¹⁸⁷ Por ejemplo, "Inversionista de una Parte significa un nacional o una empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión". Ver: Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (Estados Unidos Mexicanos-Confederación Suiza) (firma 10 de julio de 1995, entrada en vigor 13 de marzo de 1996).

¹⁸⁸ Ver: J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., pp. 206-212.

¹⁸⁹ En casos en que el inversionista tiene la doble nacionalidad, el acceso al arbitraje inversionista-Estado puede ser más complejo. Ver: S. MICHALOPOULOS y E. HICKS, "Dual Nationality Revisited: A Modern Approach to Dual Nationals in Non-ICSID Arbitration" (2019) *Arbitration International* Vol. 35, No. 2, pp. 121-148.

¹⁹⁰ El Convenio del CIADI entiende por "nacional de otro Estado Contratante":

"Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes presentaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero" (art. 25(2)(b)).

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

extranjera, ni entre la empresa extranjera y el Estado Contratante que no es parte en la diferencia.¹⁹¹

En este contexto, diversos tribunales aplicaron el test de la incorporación, es decir, se reconoce como "nacionales de un Estado Contratante" a empresas que se constituyeran en un Estado Parte (distinto a aquél que es parte en la diferencia) conforme a su derecho interno, incluso sin tener una actividad significativa en dicho Estado.¹⁹² Con ello se expandió la protección de los AII y la jurisdicción del Centro a empresas fantasma.¹⁹³

En *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire* el Tribunal hizo una interpretación expansiva de la definición de inversionista extranjero, recurriendo al preámbulo del APPRI EEUU-República de Zaire, para proteger a inversionistas nacionales de EEUU que únicamente tenían acciones en una empresa constituida en Zaire y que fue afectada por actos atribuibles al gobierno -pero no hubo una inversión directa-.¹⁹⁴

Posteriormente, en *Tokios Tokeles v. Ukraine*, los inversionistas, de nacionalidad ucraniana, migraron la empresa a Lituania con la intención de beneficiarse del APPRI Lituania-Ucrania. La empresa Tokios Tokeles no tenía negocios sustanciales en Lituania y la empresa matriz se encontraba en Ucrania (el Estado demandado). Ucrania solicitó expresamente al Tribunal que identificara la verdadera nacionalidad de la demandante, ya que de lo contrario se llegaría un resultado de permitir a nacionales de Ucrania iniciar un procedimiento de arbitraje internacional contra su propio gobierno, en contravención a los objetivos del Convenio del CIADI.¹⁹⁵ El Tribunal respondió que el "test del control" sólo se debería utilizar para *extender* la protección al inversionista, mas no para restringirla:¹⁹⁶

"The object and purpose of the Treaty likewise confirm that the control-test should not be used to restrict the scope of "investors" in Article 1(2)(b). The preamble expresses the Contracting Parties' intent to "intensify economic cooperation to the mutual benefit of both States" and "create and maintain favourable conditions for investment of investors of one State in the territory of the other State." The Tribunal in SGS v. Philippines interpreted nearly identical preambular language in the Philippines-Switzerland BIT as indicative of the treaty's broad scope of

¹⁹¹ Esto no parece haber sido intencional por parte del CIADI, ya que las Cláusulas Modelo del CIADI recomendaban a los Estados establecer una cláusula en sus contratos de inversiones donde se especificara claramente quién era la empresa que controlaba a aquella establecida en el Estado anfitrión y su nacionalidad. ICSID, "Model Clauses Recording Consent for Settlement of Investment Disputes...", cit., pp. 8-9.

¹⁹² M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., p. 175.

¹⁹³ Ver: F. de SWART, "The Use of Mailbox Companies in International Investment Arbitration" (2015) *European Company Law* Vol. 12, No. 1, pp. 19-25.

¹⁹⁴ *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award (21 February 1997) párr. 5.07-5.16.

¹⁹⁵ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (29 April 2004) párr. 21-23.

¹⁹⁶ *Ibid.*, párr. 30.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

*investment protection. We concur in that interpretation and find that the object and purpose of the Ukraine-Lithuania BIT is to provide broad protection of investors and their investments.”.*¹⁹⁷

La decisión se apartó de la forma en que se entendía el derecho internacional a tal grado que incluso el Presidente del Tribunal que conoció del caso emitió una opinión disidente a la decisión de la mayoría sobre la jurisdicción. Expresó:

*“If I have decided to dissent, it is because the approach of the Tribunal on the issue of principle raised in this case for the first time in ICSID’s history is in my view at odds with the object and purpose of the ICSID Convention and might jeopardize the future of the institution. In other words, my dissent does not relate to any particular aspect of this brilliantly drafted Decision, or to any particular assessment of the facts, but rather what I would call the philosophy of the Decision”.*¹⁹⁸

Para Sornarajah, la filosofía a la que obedeció la interpretación expansiva de la jurisdicción de los Tribunales de arbitraje inversionista-Estado fue la del neoliberalismo, donde claramente el interés era la creación de un estado de derecho al servicio del capital.¹⁹⁹

A partir de entonces se han observado múltiples escenarios de expansión de la jurisdicción de los tribunales arbitrales: i) cuando un nacional de un Estado constituye una empresa fantasma en otro Estado para demandar a su propio gobierno; y ii) cuando una empresa transnacional que ya ha comenzado inversiones en un Estado crea una empresa fantasma en otro Estado buscando las condiciones más beneficiosas, ya sea porque su Estado de origen no tiene un AII con el Estado donde ha hecho la inversión o porque un tercer Estado ofrece estándares más altos de protección que los acordados por el Estado del que es nacional; iii) cuando el inversionista ni siquiera tiene una inversión en el territorio del Estado demandado y sólo cuenta con acciones en una empresa constituida en dicho país.²⁰⁰ Hoy en día, estas prácticas se denominan *treaty shopping* – para

¹⁹⁷ *Ibid.*, párr. 31.

¹⁹⁸ *Tokios Tokelos v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, Dissenting Opinion (Chairman Prosper Weil) (29 April 2004) párr. 1.

¹⁹⁹ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., p. 176.

²⁰⁰ J. BAUMGARTNER, *Treaty Shopping in International Investment Law* (Oxford University Press 2016) p. 10. Algunos otros casos donde se ha discutido el asunto de la reestructuración corporativa para beneficiarse de un tratado o el derecho de los accionistas de beneficiarse de un tratado: *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic (8 December 2003) párr. 108; *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado (21 de octubre de 2005) párr. 156-180; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006) párr. 222-244; *Mytilineos Holding SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia I*, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction (8 September 2006) párr. 100; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case no. ARB/06/16, Award of the Tribunal (2 October 2006) párr. 332-362. También hay muchos casos posteriores al período de estudio que no se mencionan aquí. También ver: H. KLODT y S. LANG, “Treaty Shopping beim Investorenschutz” (2015) *Analysen und Berichte: Handelspolitik*, p. 7.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

quienes ven la práctica con ojos críticos- o *corporate planning*-para los defensores del sistema.

4.3.3. Por motivos de “no discriminación”

Una tercera forma de expansión de la jurisdicción se dio a través de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida (MFN) contenida en el AII. Originalmente, el MFN se incluyó en los AII neoliberales con el objetivo de prevenir la discriminación en contra del inversionista o la inversión extranjera por motivo de la nacionalidad u origen del capital. Sin embargo, el MFN fue invocado para acceder a protecciones más amplias que las establecidas en el AII base. Por ejemplo, en *Emilio Agustini Maffezini v. Kingdom of Spain*, el estándar MFN se usó para importar el consentimiento del Estado al arbitraje inversionista-Estado y afirmar la jurisdicción del Tribunal;²⁰¹ y en el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, el estándar MFN se usó para ampliar el alcance del estándar FET al aplicar uno más amplio incluido en otros AII firmados por el Estado demandado, nuevamente ampliando la jurisdicción del Tribunal.²⁰²

²⁰¹ *Emilio Agustini Maffezini v. Kingdom of Spain*, el Tribunal interpretó que

“Varios tratados bilaterales de inversión han dispuesto expresamente que el tratamiento de la nación más favorecida se extiende a las disposiciones sobre solución de controversias. Este es particularmente el caso de los tratados de inversión suscritos por el Reino Unido. Así, el Artículo 3(3) del Acuerdo entre el Reino Unido y Albania estipula que: “Para evitar cualquier duda, se confirma que el tratamiento dispuesto en los párrafos (1) y (2) se aplicará a las disposiciones de los Artículos 1 a 11 de este Acuerdo”. Entre las disposiciones enumeradas se encuentran aquellas sobre solución de controversias y las relativas al consentimiento de someter las controversias a conciliación o arbitraje en el marco del CIADI. En este caso, no cabe duda alguna de que las partes quisieron que la cláusula de la nación más favorecida comprendiera la solución de controversias, cumpliendo así con el criterio propuesto por la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos*.”

Emilio Agustini Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (25 January 2000) párr. 52-56. Otros casos que se han basado en esta interpretación para conceder acceso a los inversionistas al arbitraje inversionista-Estado sin cumplir con los requisitos previos establecidos en el AII base son: *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (17 June 2005) párr. 46-49; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction (16 May 2006) párr. 48-66; *Telefónica S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/20, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (25 May 2006) párr. 104-108; *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction (20 June 2006) párr. 88-94; *AWG Group Ltd. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction (3 August 2006) pa. 61-68; *RosInvestCo UK Ltd. v. Russia*, SSC Case No. Arb V 079/2005, Award on Jurisdiction (5 October 2007) párr. 132-135. Otros casos similares fuera del período de estudio: *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic I*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (21 June 2011) párr. 104-108; *Hochtied Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction (24 October 2011) párr. 59-76; *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent (3 July 2013) párr. 40-46; *Krederi Ltd. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/14/17, Excerpts of Award (2 July 2018) párr. 292-341.

²⁰² *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004) párr. 100-104; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSDI Case No. ARB/05/16, Award (29 July 2008) párr. 581, 591. Otros casos similares fuera del período de estudio: *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v.*

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Otros Tribunales rechazaron el uso de este estándar para ampliar la protección de los AII. Por ejemplo, en *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* el Tribunal interpretó que no se podía utilizar el estándar MFN para reemplazar el mecanismo de solución de controversias contemplado en el AII por otro distinto.²⁰³

En cualquier caso, en el período neoliberal las mismas disposiciones del AII se invocaron para ampliar la jurisdicción de los tribunales, afectando con ello la voluntad de los Estados Partes y cualquier control constitucional que se hubiese llevado a cabo en el proceso de ratificación de los AII.

4.4. El acceso directo a instancias internacionales de solución de diferencias de inversiones

El sometimiento de diferencias de nacionales extranjeros a la jurisdicción las cortes internas de los países anfitriones antes de acceder a instancias internacionales fue uno de los puntos torales de la Doctrina Calvo y de la Declaración sobre la soberanía sobre los recursos naturales.²⁰⁴ En el período neoliberal se observa la liberación de la obligación de agotar los recursos internos en el Estado anfitrión antes de presentar una reclamación en el arbitraje supranacional.

Ya desde 1965 el Convenio del CIADI sentó las bases para eliminar este requisito del agotamiento de los recursos internos en relación a diferencias entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores. El artículo 26 dispone:

Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award (27 August 2009) párr. 153-160; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award (18 May 2010) párr. 125 footnote 16; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability (28 April 2011) párr. 571-573; *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India*, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits (25 July 2016) párr. 496; *Krederi Ltd. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/14/17, Excerpts of Award (2 July 2018) párr. 300.

²⁰³ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (8 February 2005) párr. 201-227. Otros casos similares fuera del período de estudio: *Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008) párr. 179-197; *Daimler Financial Services AG V. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award (11 August 2012) párr. 267-278; *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. Argentine Republic*, PCA Case No. 2010-9, Award on Jurisdiction (10 February 2012) párr. 301-304.

²⁰⁴ C. SCHREUER, "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration" (2005) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* Vol. 4, No. 1, pp. 1-17; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., pp. 98-99. También ocupó un lugar importante en las diferencias que surgieron entre países del Medio Oriente productores de petróleo y Gran Bretaña entre 1950 y 1970. De acuerdo con Sornarajah, estas diferencias surgieron en torno a concesiones para la exploración y explotación de petróleo por parte de empresas de origen británico. Gran Bretaña impuso el sistema de la extraterritorialidad, según el cual los comerciantes europeos estaban aislados de ciertas leyes de los países anfitriones que formaban parte del imperio. No obstante, conforme Gran Bretaña fue perdiendo su posición de poder durante la descolonización, fue necesario crear un sistema alternativo de derecho internacional que mantuviera a sus nacionales aislados del derecho interno de los nuevos países independientes. Las cláusulas de arbitraje inversionista-Estado que autorizan el acceso directo a instancias internacionales sin pasar por las cortes internas permiten aislar a la inversión del derecho interno casi de la misma manera en que lo hacía el sistema de extraterritorialidad, en el sentido de permitir que las diferencias se resolvieran por cortes externas y en aplicación de un derecho externo.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.” (lo resaltado es añadido)

Esta disposición tiene dos grandes elementos. El primero es que una vez que se ha consentido al procedimiento del CIADI, las partes han renunciado a su derecho a hacer uso de cualquier otro recurso nacional o internacional disponible, a menos que exista un acuerdo expreso en un sentido distinto. El segundo implica que, por regla general, los inversionistas no están obligados a agotar los recursos internos antes de acceder al arbitraje internacional, a menos que el Estado lo exija expresamente como una condición de su consentimiento. En consecuencia, los Estados que quisieran retener su derecho a conocer de las diferencias de inversiones, necesitaban hacerlo claro *en todos los instrumentos* en los cuales hubiera expresado su consentimiento al arbitraje (los contratos de inversiones, las leyes de inversiones y los AII).

Los AII post-1990 no tuvieron el cuidado de exigir el agotamiento de recursos internos y, en vez de ello, detallaron procedimientos previos al sometimiento de la diferencia a arbitraje. Por ejemplo, el TLCAN establecía que: a) las partes deberán intentar dirimir la controversia por vía de consulta o negociación;²⁰⁵ b) si lo anterior falla, el inversionista debe presentar notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de someter formalmente la reclamación; y c) el inversionista debe dejar transcurrir 6 meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación para poder someterla (a este periodo se le conoce como “*cooling off period*”).²⁰⁶

Otros AII dejaron a elección del inversionista el foro para resolver la diferencia: las cortes internas o el arbitraje inversionista-Estado, pero no exigen el agotamiento de los recursos internos. El APPRI Mexico-Argentina de 1996 establece que:

“1. Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Acuerdo entre un inversor de una Parte Contratante y otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas o negociación.

3. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de 6 meses contados a partir del momento en que hubiera sido planteada por la parte contendiente en cuestión, aquella podrá ser sometida, a pedido del inversor:

- *A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o*
- *Al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (4).*

²⁰⁵ Art. 1118 del TLCAN.

²⁰⁶ Art. 1119 del TLCAN.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

*Una vez que el inversor haya sometido la controversia a la jurisdicción de la parte contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva”.*²⁰⁷

Adicionalmente, algunos AII establecieron que para someter la controversia a arbitraje, el inversionista debe presentar su consentimiento escrito, junto con su renuncia al derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria del tratado. A este tipo de disposiciones se le llama *fork-in-the-road* y tienen por objeto evitar decisiones contradictorias y la duplicidad de procedimientos en instancias diferentes. En la práctica desincentiva su agotamiento de los recursos internos porque podría implicar la pérdida de los privilegios que le ofrece el tratado de acudir a instancias internacionales.²⁰⁸

En algunos casos, los Estado receptores exigen el agotamiento de los recursos internos en APPRI firmados con unos países y en otros no. En este contexto, se observan prácticas donde los inversionistas intentan *importar* la ausencia de requerimiento de agotamiento de los recursos en AII con terceros países a sus propios AII, haciendo uso de la cláusula de la Nación Más Favorecida (MFN en inglés). La cláusula MFN tiene por objetivo prevenir que un Estado dé un trato más favorable a inversiones de un tercer país.²⁰⁹ En *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, un arbitraje en el marco de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Rusia objetó la jurisdicción del tribunal argumentando que el inversionista no agotó los recursos internos, según establecía el APPRI Rusia-Reino Unido.²¹⁰ El Tribunal resolvió que si el Estado anfitrión ha firmado otro AII con terceros países que contiene condiciones más favorables al no requerir el agotamiento de los recursos internos previo al arbitraje inversionista-Estado, el Estado estaba obligado a aplicar esas mismas condiciones favorables al inversionista en función de la cláusula de MFN.²¹¹ En consecuencia, el principio del agotamiento de los recursos internos quedó excluido del APPRI Rusia-Reino Unido.

En resumen, se podría decir que el art. 26 de Convenio del CIADI convirtió la excepción en la regla y viceversa, donde la regla, según el derecho internacional,

²⁰⁷ Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Argentina para la promoción y protección recíproca de las inversiones (Estados Unidos Mexicanos y Argentina) (firma 13 de noviembre de 1996, entrada en vigor el 22 de junio de 1998).

²⁰⁸ Ver: S. COSAC, “New trends in international arbitration in relation with the “Fork-in-the-road” Principle” (2016) *Romanian Arbitration Journal* Vol. 48, No. 3, pp. 48-58. Sobre las dificultades para conocer si una diferencia sometida en las cortes internas es la misma diferencia a la sometida en el arbitraje internacional y la incertidumbre que ello genera, ver: M. A PETSCHKE, “The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between Formalistic and Pragmatic Approaches” (2019) *Washington University Global Studies Law Review* Vol. 18, No. 2, pp. 391-428.

²⁰⁹ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 280.

²¹⁰ *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction (1 October 2007) párr. 142-144.

²¹¹ *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction (1 October 2007) párr. 153.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

era exigir el agotamiento de los recursos internos antes de acceder a instancias internacionales y la excepción era no obligar a dicho agotamiento en virtud de una expresión de la voluntad del Estado en este sentido.²¹² Esta inversión de la regla ha sido señalada como un abuso de poder por parte del Tribunal, con poco éxito. En los procedimientos de anulación del Laudo en *Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Indonesia vs. Republic of Indonesia*, la demandada argumentó que:

*"The Tribunal manifestly exceeded its powers by holding that AMCO could bring its claim for compensations of damages based on the acts of the army and police personnel involved directly to an ICSID Tribunal without previously seeking redress before the Indonesian courts in conformity with the general international law rule of exhaustion of domestic remedies".*²¹³

El Comité de anulación no tuvo problemas en rechazar este argumento, haciendo referencia directa al art. 26 del Convenio del CIADI:

*"By acceptance of ICSID jurisdiction without reserving under Article 26 of the Convention a right to require prior exhaustion of local remedies as a condition to obtaining access to an ICSID tribunal, Indonesia must be deemed to have waived such right".*²¹⁴

En la práctica, la ausencia del agotamiento de los recursos internos tiene el efecto de obstruir los controles internos de pesos y contrapesos propios de un Estado de derecho. Sin el agotamiento de los recursos internos, el poder judicial no puede pronunciarse sobre la legalidad, constitucionalidad o debido proceso de los actos de autoridad impugnados y pierde la posibilidad de corregir la conducta o reparar el daño antes de ser demandado en instancias internacionales.²¹⁵

4.5. El desarrollo de protecciones amplias de la inversión extranjera bajo el derecho internacional

Los AII de los 90's también dieron un giro hacia derechos de protección del capital amplios y casi ilimitados, que se observan en dos disposiciones, principalmente:

²¹² CIADI, "Commentary on the ICSID Convention: Article 26" (1997) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 12, no. 1, pp. 151-204. Ver también: W. C. GASKINS JR, "Exhaustion Requirements and Dispute Resolution Reform in Bilateral Investment Treaties" (2021) *Georgia Journal of International and Comparative Law* Vol. 49, No. 2, pp. 371-406.

²¹³ R. RAYFUSE, *ICSID Reports: Volume 1: Reports of Cases Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965* (Cambridge University Press 1993) p. 526.

²¹⁴ R. RAYFUSE, *ICSID Reports: Volume 1: Reports of Cases...*, cit., p. 526. Ver también: *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction (1 October 2007) párr. 142-4.

²¹⁵ W. S. DODGE, "National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter Eleven of NAFTA" (2000) *Hastings International and Comparative Law Review* Vol. 23, No. 3, pp. 358-384.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés).²¹⁶

El común denominador en la transformación de estas disciplinas en protecciones absolutas es que los Tribunales analizaron la conducta del Estado en función de sus efectos sobre la inversión, incluyendo los beneficios futuros esperados, así como la aplicación del concepto de “expectativas legítimas” o “presunciones justificadas” del inversor. En las siguientes secciones me dedico a ilustrar este proceso.

4.5.1. La expropiación indirecta y medidas equivalentes a una expropiación

La expropiación de la propiedad extranjera fue el tema central en la historia del DIIE. Hasta finales de la década de 1980, la inversión extranjera por excelencia era la inversión extranjera directa (IED). Las expropiaciones relevantes para el derecho internacional se daban, normalmente, en el contexto de programas de nacionalizaciones que afectaban a todo un sector y que claramente pretendían la toma de control de la economía (o algún sector económico) por parte del Estado.²¹⁷

No obstante, la globalización económica fue transformando los tipos de inversión transnacional y, por tanto, también las formas en que esta podía ser afectada. Por ejemplo, realizar una inversión extranjera no necesariamente implica desarrollar una actividad dentro del territorio del Estado anfitrión, sino que adquirir un activo a través de un contrato de asociación con empresas locales puede ser una forma de inversión. En este tipo de casos, ni la inversión ni la obtención de beneficios depende de la propiedad física de un bien. En este tipo de inversiones, la interferencia del gobierno con los contratos puede afectar la inversión, sin implicar la toma física de la inversión.²¹⁸

Paralelamente, los regímenes de permisos y licencias, entre otros, los ambientales, se fueron detallando y complejizando, cuya obtención se volvió un requisito necesario para desarrollar proyectos de inversión. Al ser una condición para operar la inversión, la denegación o cancelación de permisos y licencias puede “interferir” con la inversión sin necesidad de efectuar un cambio de titularidad.²¹⁹

²¹⁶ También son relevantes las disciplinas de trato nacional, trato de nación más favorecida, prohibición de establecer requisitos de desempeño, libre transferencia de capital, entre otros. No obstante, en este capítulo se excluye su análisis por exceder los objetivos de investigación.

²¹⁷ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., pp. 191-193.

²¹⁸ *Ibid.*, p.199. Un caso muy temprano donde se analizó la expropiación indirecta a través de la afectación de un contrato, sin efectuar un cambio de titularidad de una propiedad ni seguir in procedimiento de nacionalización se encuentra en: CPJI, *Case Concerning certain German Interest in Polish Upper Silecia (Germany and the Polish Republic) Judgement on the Merits (25 May 1926) PCIJ Series A: Collection of Judgements (1923-1930) No. 7*, p. 44. Este caso fue muy utilizado para el desarrollo del DIIE en el período neoliberal, tanto por el concepto de la expropiación indirecta como para la determinación de la reparación del daño. Ver: Sección 4.7 de este capítulo.

²¹⁹ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., p. 201; Ver también: sobre las tensiones que surgen entre el derecho internacional de las inversiones y la protección ambiental en J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., pp. 13-14.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Los AII post-1990 intentaron ajustarse a las nuevas realidades económicas e introdujeron dos conceptos nuevos, basados en *las teorías de la propiedad* del sistema jurídico de EEUU, que tiene un capitalismo agresivo: la "expropiación indirecta" y "las medidas equivalentes a una expropiación".²²⁰ Por ejemplo, el TLCAN dispone que:

"1. Ninguna de las Partes podrá **nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente**, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, **ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización** de esa inversión ("expropiación"), salvo que sea:

- a) por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1);
- d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6."²²¹

Disposiciones como esta contemplan tres tipos distintos de expropiación: la directa, la indirecta y las medidas equivalentes a una expropiación, aunque en la práctica se da un trato indistinto a la expropiación indirecta y las "medidas equivalentes a una expropiación".²²²

Los AII de la época omitieron incluir una definición de expropiación indirecta y criterios para identificar la ocurrencia de esta. Por tanto, se dejó a los Tribunales la tarea de determinar, en cada caso concreto, qué actuaciones de gobierno constituían una expropiación y cuáles no, quienes encontraron dificultades para distinguir entre el ejercicio normal de los poderes de gobierno de los Estados y medidas equivalentes a una expropiación.²²³ Incluso se podría decir que hubo una

²²⁰ Ver: C. BARKLEM y E. A. PRIETO-RÍOS, "The Concept of "Indirect Expropriation", its appearance in the international system and its effects in the regulatory activity of governments" (2011) *Civilizar* [online] Vol. 11, No. 21, pp. 77-98; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., pp. 223-225.

²²¹ (lo resaltado es añadido) TLCAN. A diciembre de 2021, un total de 2491 de 2574 AII analizados contienen disposiciones similares a la del TLCAN. Ver la base de datos de la UNCTAD: UNCTAD, International Investment Agreements Navigator <
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping>>.

²²² J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 327.

²²³ Entre los primeros casos donde los Tribunales intentaron interpretar y/o diferenciar la "expropiación indirecta" y las "medidas equivalentes a una expropiación" se encuentran: *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Interim Award (26 June 2000) párr. 104; *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13 November 2000) párr. 285-286; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) párr. 115; *GAMI Investments, Inc. v. Government of the United Mexican States*, UNCITRAL, Final Award (15 November 2004) párr. 125; *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award (13 September 2006) párr. 63. Ver también: R. DOLZER y F. BLOCH, "Indirect Expropriation: Conceptual Realignment?" (2003) *International Law FORUM Du Droit International* Vol. 5, No. 3, pp. 155-165; B. KUNOY, "The Notion of Time in ICSID's Case Law on Indirect Expropriation" (2006) *Journal of International Arbitration* Vol. 23, Vol. 4. Pp. 337-349; B. STERN, "In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation" (2007) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* Vol. 1, pp. 29-52; L. YVES FORTIER y S. L. DRYMER, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor" (2016) *Asia Pacific*

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

aparente confusión de la “expropiación” con una “privación” de la propiedad, siendo que en la primera lo que prima es el interés público perseguido y en la segunda es la pérdida que sufre el propietario.²²⁴

En algunos de los primeros casos de arbitraje de inversiones del período neoliberal, el punto de partida para analizar la actualización de una expropiación indirecta fue el efecto de una conducta o medida del Estado sobre *el valor de la inversión, el uso económico y el goce de los derechos de propiedad*.²²⁵ A partir de ahí, los Tribunales, a su discreción, tomaron en cuenta otras consideraciones -además de los efectos- para decidir si las medidas impugnadas constituían una expropiación indirecta o no, por ejemplo, la proporcionalidad del interés perseguido por la medida de gobierno y los efectos sobre la inversión, la legalidad de las medidas y el interés público protegido por la medida del Estado.²²⁶

4.5.1.1 Medidas que pueden constituir una expropiación

En el derecho internacional tradicional, la expropiación se entendía como la *transferencia de la propiedad en beneficio del Estado*.²²⁷ Por tanto, la conducta que ordenaba la norma era relativamente clara y su incumplimiento también: el cambio de titularidad de una propiedad en favor del Estado. El cambio de titularidad es un acto identificable y verificable, que puede ocurrir que en un momento concreto y que tiene efectos totales y definitivos de pérdida de un derecho.

La expropiación indirecta, sin embargo, produjo varios cambios importantes: 1) la sustitución del elemento objetivo de la norma, “la transferencia de la propiedad”, por uno más amplio “la interferencia” con la propiedad, que no es identificable, verificable, ni tiene efectos totales y definitivos; y 2) la eliminación de una condición de realización de la conducta, que la transferencia de la propiedad fuera “en beneficio del Estado”. Esto se observa claramente en el caso *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* donde el Tribunal interpretó que

“la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, sino (sic) también una interferencia disimulada o incidental del

Law Review Vol. 13, No. 1, pp. 79-110; B. KUNOY, “The Notion of Time in ICSID’s Case Law on Indirect Expropriation” (2006) *Journal of International Arbitration* Vol. 23, Vol. 4, pp. 337-349.

²²⁴ Ver: *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Submission of the Government of Canada (28 July 1999) p. 9.

²²⁵ *Fireman’s Fund Insurance Company v. Estados Unidos Mexicanos*, caso del CIADI No. ARB(AF)/02/01, Laudo (17 de julio de 2006) párr. 176; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (30 November 2012) párr. 6.62; *UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33, Award (22 December 2017) párr. 1075-1076.

²²⁶ Ver apartado 4.4.1.3 en este mismo capítulo.

²²⁷ *Amoco International Finance Corporation v The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited*, Iran- United States of America Claims Tribunal Case No. 56, Award no. 310-56-3 (14 July 1987) párr. 74.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor."²²⁸

Al sustituir "la transferencia" de la propiedad por "la interferencia" con la propiedad, se dejó la puerta abierta a considerar como una expropiación indirecta *cualquier acción u omisión* de las autoridades públicas que obstruyera la obtención de los beneficios económicos que el inversionista espera de su inversión, ya sea de manera intencional, directa o incidental.²²⁹ El umbral entre una medida expropiatoria o no, parece haberse definido por el efecto de "privar, totalmente o en parte significativa" del uso de la propiedad o del beneficio económico esperado. Dicho umbral también se tiñó con un grado de subjetividad y especulación al abarcar no sólo la propiedad sino también la "expectativa de beneficios".

La amplitud de la protección facilitó que entre 1990 y 2007 se presentaran reclamaciones contra medidas de muy diversa naturaleza, presuntamente equivalentes a una expropiación, entre ellas: actos administrativos y ejecutivos (resoluciones, decretos, anulaciones o denegaciones de permisos, licencias, concesiones o autorizaciones necesarias para que el negocio pueda operar)²³⁰;

²²⁸ (lo resaltado es añadido) *Metalcal Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000) p. 103. Ver también: *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992) párr. 164-168.

²²⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo Arbitral (16 de diciembre de 2002) párr. 100. También ver: J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 326; A. ASTERITI, "Regulatory Expropriation Claims in International Investment Arbitrations: A Bridge Too Far?" in A. K. BJORKLUND (ed.) *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013* (Oxford University Press 2014) pp. 451 y ss.

²³⁰ *Metalcal Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1 (caso relacionado con la denegación de un permiso ambiental); *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7 (caso relacionado con un proceso de evaluación de impacto ambiental); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) (caso relacionado con la no renovación de un permiso ambiental); *Waste Management Inc. V. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (caso relacionado con permisos de operación de una planta de confinamiento y tratamiento de residuos peligrosos); *MTD Equity Sdn and MTD Chile SA v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (caso relacionado con la denegación de un permiso de construcción); *Empresa Lucchetti S A and Lucchetti Peru SA v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4 (caso relacionado con la anulación de permisos de operación); *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. Estados Unidos Mexicanos*, caso del CIADI no. ARB(AF)/97/2 (caso relacionado con un contrato de provisión de servicios públicos); *Georg Nepolsky v. The Czech Republic*, UNCITRAL (caso relacionado con un contrato de concesión para la extracción de recursos hídricos); entre otros. Cabe mencionar que no en todos estos casos, los tribunales una expropiación indirecta. Los casos se mencionan sólo para ilustrar la expansión de los tipos de medidas que dieron lugar a una reclamación de inversiones en el período de estudio.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

instrumentos legislativos y regulatorios;²³¹ y, cada vez con más frecuencia, de decisiones judiciales.²³²

4.5.1.2. La legalidad de la conducta del Estado en la consideración de la expropiación

La legalidad de la conducta de Estado durante toda la vida del proyecto de inversión es un elemento fundamental al analizar si una medida es expropiatoria o no. Cuando un funcionario público adopta una decisión o medida excediendo sus facultades, se dice que ha realizado un acto *ultra vires*, mismo que puede ser declarado nulo por las cortes internas por violar el principio de legalidad.²³³ No obstante, de acuerdo con el derecho internacional, los actos *ultra vires* se consideran hechos del Estado con independencia de su (i)legalidad conforme al derecho interno y podrían acarrear la responsabilidad internacional del Estado.²³⁴

En *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, Egipto dio por terminado un *contrato de inversión* firmado entre la demandante y *Egyptian General Organization for Tourism and Hotels* (una empresa pública controlada por el Ministerio de Turismo) para el desarrollo de un proyecto turístico en una zona arqueológica. De acuerdo con el inversionista, la terminación del contrato destruyó su inversión, por lo que reclamaba el pago de una compensación.²³⁵ Egipto (la demandada) se defendió argumentando que dicho acto no era una expropiación porque el contrato era nulo por ser contrario al derecho egipcio y se había obtenido por medios corruptos.²³⁶ El Tribunal resolvió que las autoridades de Egipto habían firmado un contrato de inversión con el

²³¹ Algunos ejemplos de estos casos en el período de estudio son: *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL; *Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL; *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24; *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL; *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1; *Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) v. Government of Canada*, UNCITRAL; *Dow Agrosciences LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6.

²³² UNCTAD, "Expropriation" (2012) *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* Vol. II, p. 32; J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., pp. 328-334.

²³³ Esta doctrina nace en sistemas de derecho común, pero se asemeja al principio de legalidad en los sistemas de derecho civil. Ver: P. CRAIG, "Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review" (1998) *The Cambridge Journal of Law* Vol. 57, No. 1, pp. 63-90. En el período de estudio, la cuestión de la legalidad y los actos *ultra vires* se abordaron desde dos perspectivas: 1) en relación a la medida que interfiere con la inversión (por ejemplo, la cancelación de un contrato, la denegación de un permiso, etc.); y 2) en relación a la inversión (por ejemplo, que un contrato de inversión se haya firmado por medios de corrupción) para aplicar/no aplicar la protección de expropiación. Ver: T. WOOD, "State Responsibility for the Acts of Corrupt Officials: Applying the "Reasonable Foreign Investor" Standard" (2018) *Journal of International Arbitration* Vol. 35, No. 1, pp. 103-117.

²³⁴ AGNU, Resolución 56/83, "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" (12 de diciembre de 2001) Anexo, art. 7. (Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos).

²³⁵ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992) párr. 1.

²³⁶ *Ibid.*, párr. 34, 127.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

inversionista; y que de acuerdo con el derecho internacional, el Estado era internacionalmente responsable por los actos de sus funcionarios aunque su conducta excediera sus competencias o facultades, por lo que debía compensar al inversionista por los daños causados a su inversión.²³⁷ La justificación del Tribunal es que el contrato, aunque pudiera ser nulo, tenía el manto de la autoridad, por lo que el inversionista podía confiar en que el contrato era legal, generándole una “expectativa legítima” de que su inversión irá bien.²³⁸

En este mismo período, otros tribunales adoptaron un enfoque distinto, más respetuoso de la soberanía del Estado. En otro caso contra México también se estudió la anulación del contrato de inversión porque contenía cláusulas que favorecían al inversionista excediendo aquello que el municipio podía ceder conforme al derecho mexicano. En *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. los Estados Unidos Mexicanos*, los inversionistas alegaron que la anulación de un contrato de concesión para prestar servicios públicos de recolección de basura constituyó un acto de expropiación. México (la demandada) argumentó que las cortes anulaban el contrato de concesión porque excedía las facultades del municipio. El Tribunal resolvió que la anulación del contrato no fue un acto unilateral y arbitrario del Municipio, sino que fue una decisión de las cortes internas, analizada y confirmada por tres instancias; por tanto, lo que debía analizarse no era la conducta *ultra vires* del municipio, sino si la decisión judicial constituía una infracción al TLCAN. Dado que el inversionista nunca objetó la actuación de los tribunales mexicanos, ni alegó denegación de justicia, el Tribunal resolvió que

“si no hay objeción respecto a la decisión de un tribunal competente sobre la nulidad – con base en la ley mexicana – de un contrato regido por esa ley, no hay por definición contrato a expropiar.”²³⁹

En resumen, en este caso el tribunal sí tomó en consideración la legalidad de la inversión misma como una precondition para resolver si un acto que interfiere con esta es equivalente a una expropiación.

Se podría decir, entonces, que entre 1990 y 2006 se dieron algunos laudos donde la protección del inversionista contra la expropiación indirecta se amplió al punto de cubrir inversiones nulas o anulables. Asimismo, se observaron casos donde incluso si la medida del Estado cumplía con el principio de legalidad, aún podía

²³⁷ *Ibid.*, párr. 82-85. Otro caso con un enfoque similar: *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (10 May 1992) párr. 193-194.

²³⁸ En otros casos fuera del período de estudio, pero también relevantes al argumento: *Mr. Frank Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award (8 April 2013) párr. 539. *Gravrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award (26 July 2018) párr. 398.

²³⁹ *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999) párr. 100.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

llegar a considerarse expropiatoria y violatoria del AII.²⁴⁰ Y finalmente también hubo casos donde los Tribunales se negaron a ampliar la jurisdicción a tal grado.

4.5.1.3. *El motivo u objetivo perseguido por las medidas*

Dada la amplitud de la protección de expropiación indirecta, en el período de estudio se iniciaron varios arbitrajes inversionista-Estado contra medidas de gobierno que, aunque perseguían un objetivo social o ambiental, afectaron adversamente el balance económico de la inversión.²⁴¹ En ese contexto, surgieron tres enfoques principalmente para determinar la actualización de una expropiación indirecta: 1) el que se basa únicamente en los efectos de la medida sobre la inversión; 2) el que aplica un análisis de proporcionalidad; y 3) el que se basa en el interés perseguido por el Estado, siempre y cuando se cumplan algunas condiciones.²⁴² Estos enfoques se pueden ver como un continuum de enfoques que van desde el más pro-inversionista al más pro-Estado.

El primer enfoque fue el más utilizado en el período de estudio.²⁴³ Uno de los primeros casos que aplicaron el enfoque de los efectos fue en *Saar Papier Vertriebs v. Republic of Poland*. Un inversor alemán constituyó una empresa en Polonia para la elaboración de productos a base de papel reciclado importado de Alemania. Inicialmente obtuvo una licencia de la Agencia Polaca de Inversiones Extranjeras para operar su inversión y en poco tiempo triplicó las importaciones de papel reciclado. En el año 1991, Polonia prohibió la importación de residuos provenientes de Alemania como parte de una política ambiental. Según la demandante, esa acción constituyó una expropiación pues, al no tener acceso a la materia prima para la producción de sus mercancías, su empresa se fue a la quiebra.²⁴⁴ El Estado respondió, entre otras cosas, que la prohibición no constituía una expropiación porque la medida intentaba proteger el ambiente contra el aumento de desechos y que la empresa habría podido y aún podría conseguir papel reciclado dentro de Polonia para continuar con sus operaciones. El Tribunal resolvió que la medida sí era expropiatoria porque, al limitar el acceso a la materia prima, la medida llevó a la empresa a la quiebra.²⁴⁵

Además, al igual que en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, el Tribunal utilizó el concepto de las "expectativas legítimas" para justificar su decisión. Según el Tribunal, el Estado había dado información engañosa al inversor al concederle una licencia de inversión y

²⁴⁰ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment...*, cit., p. 364.

²⁴¹ Viñuales ofrece un listado de casos ambientales de este período: J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment ...*, cit., pp. 19-23.

²⁴² B. MOSTAFA, "The sole effects doctrine, police powers and indirect expropriation...", cit., pp. 267-296.

²⁴³ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 326.

²⁴⁴ *Saar Papier Vertriebs v. Republic of Poland*, UNCITRAL Rules, Final Award (16 October 1995) párr. 25-68.

²⁴⁵ *Ibid.*, párr. 84-87.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

permitirle temporalmente importar materias primas de Alemania, aun cuando ya había publicado la prohibición. Según el Tribunal, dado que el inversionista confió en dicha información para hacer la inversión debía quedar excluido de la aplicación de la ley o, si se le aplicaba, se le debía compensar por los daños ocasionados.²⁴⁶

Por otra parte, algunos Tribunales comenzaron a aplicar la teoría de la proporcionalidad al decidir sobre la calidad expropiatoria de una medida del Estado.²⁴⁷ Esta teoría toma en consideración no sólo el impacto económico de las medidas gubernamentales sobre la inversión, sino también el interés público que persigue la medida, buscando un equilibrio. Así, el test de proporcionalidad exige que la afectación al inversionista extranjero no sea excesiva a la luz de los beneficios públicos.²⁴⁸ Aquí el problema que se presenta es el de definir, de manera objetiva, cuándo se considera que la carga sobre el inversionista es aceptable en vista del beneficio público obtenido por la medida.²⁴⁹ En palabras de Sornarajah, esto ha permitido que casos en que claramente se trataba de medidas regulatorias normales, los Tribunales consideraran las medidas como expropiatorias puesto que no deja de ser una valoración subjetiva.²⁵⁰

²⁴⁶ *Saar Papier Vertriebs v. Republic of Poland*, UNCITRAL Rules, Final Award (16 October 1995) párr. 91. El Tribunal utilizó el principio de derecho internacional de la buena fe para encajar el concepto de las "expectativas legítimas". Ante la interpretación excesiva y débil motivación y justificación jurídica, el Dr. Habil Tadeusz Szurki emitió una opinión disidente expresando serias dudas de que se pudiera invocar el principio de *buena fe* para excusar al inversor extranjero de utilizar los mecanismos disponibles en el sistema jurídico polaco contra dificultades administrativas por lo que, en su opinión, el Tribunal había excedido sus poderes. Ver: *Saar Papier Vertriebs v. Republic of Poland*, UNCITRAL Rules, Votum Separatum to the Final Award of October 16, 1995 (16 October 1995) párr. 4. También se debe mencionar que hay otros casos que, aplicando la teoría de los efectos, decidieron que no había una expropiación porque no se alcanzaba el umbral de una pérdida tan grave y definitiva que fuera "equivalente a una expropiación". Ver: *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Interim Award (26 June 2000) párr. 99; *Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI no. ARB(AF)/99/1, Laudo (6 de diciembre de 2002) párr. 112; *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999) párr. 83.

²⁴⁷ N. BESNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON y D. VISDUNBAR, *Investment Treaties & Why the Matter to Sustainable Development: Questions & Answers* (IISD 2012) p. 21.

²⁴⁸ M. ORELLANA, "Medio ambiente y arbitraje de inversiones...", cit., p. 409; Para un cuidadoso trabajo sobre la proporcionalidad en el arbitraje inversionista-Estado Ver: C. HENCKELS, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy* (Cambridge University Press, Cambridge 2015) pp. 160-179; V. VADI, *Proportionality, Reasonableness and Standards in International Investment Law and Arbitration* (Edward Elgar 2018) pp. 241-267.

²⁴⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) párr. 122. Otro caso relevante posterior al período de estudio en este apartado: *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. la República del Ecuador*, Caso CIADI no. ARB/06/11, Laudo (5 de octubre de 2012) párr. 402-409, 442-452; B. SABAHI y K. DUGGAL, "Occidental Petroleum v Ecuador (2012): Observations on Proportionality, Assessment of Damages and Contributor Fault" (2013) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 28, No. 2, pp. 279-290; M. ORELLANA, "Medio ambiente y arbitraje de inversiones...", cit., p. 410.

²⁵⁰ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., p. 208. Con una valoración similar sobre el efecto equilibrador del interés público y el privado en el arbitraje de inversiones: L. TIGABU MENGIE, "Host States' Police Power and the Proportionality Test in International Investment Arbitration" (2016)

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

En *Técnicas Medioambientales Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos* las autoridades ambientales de México denegaron la renovación de la autorización de funcionamiento del confinamiento de residuos peligrosos "Las Víboras", medida que, según la empresa constituyó una expropiación indirecta, privándole de los beneficios y utilidad económica de su inversión.²⁵¹ México (la demandada) argumentó que la resolución de denegación no fue ni arbitraria ni discriminatoria y perseguía un objetivo ambiental legítimo, por lo que no constituía una expropiación. Se trataba, según México, de "un acto regulatorio dictado dentro del marco de los poderes de policía del Estado en el contexto altamente regulado y particularmente delicado de la protección del medio ambiente y de la salud de la población".²⁵² El inversionista no negó la existencia de irregularidades en el cumplimiento con las condiciones de la autorización de funcionamiento de la planta, pero alegó que los efectos de la denegación de la renovación de la autorización era una medida desproporcionada al daño sufrido por la inversión.²⁵³

El Tribunal interpretó que las medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta si es irreversible y de carácter permanente, y si el valor económico de la utilización o goce de los bienes o derechos afectados por la medida o de los beneficios esperados de la inversión ha sido neutralizado o destruido.²⁵⁴ Para determinar si la medida constituye una expropiación el Tribunal estimó oportuno considerar no sólo sus efectos sobre la inversión, sino también

"la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad."

²⁵⁵

Al aplicar la proporcionalidad, el Tribunal analizó las motivaciones de la resolución que negaba la renovación de la autorización de funcionamiento del confinamiento y, a pesar de que existían irregularidades en la operación del confinamiento, en opinión del Tribunal, estas no suponían un verdadero peligro para el medio ambiente y la salud de las personas, y la motivación real de fondo de la medida era de naturaleza socio-político: la oposición de la sociedad civil al

Jimma University Journal of Law Vol. 8, pp. 81-89. Con una postura distinta, defensora de la prueba de proporcionalidad, ver: S. W. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press 2010) pp. 101-104.

²⁵¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) párr. 96.

²⁵² *Ibid.*, párr. 97.

²⁵³ *Ibid.*, párr. 98.

²⁵⁴ *Ibid.*, párr. 116.

²⁵⁵ *Ibid.*, párr. 122.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

confinamiento.²⁵⁶ Seguido, el Tribunal procedió a analizar si dichas presiones sociales y sus consecuencias fueron de dimensión tal como para causar una grave situación de emergencia, crisis social o conmoción pública.

El Tribunal resolvió que ni las deficiencias en la operación de la inversión ni la oposición social suscitaron una genuina crisis social o conmoción o urgencia públicas, que por su gravedad hubieran motivado a las autoridades a negar la renovación de permisos o licencias.²⁵⁷ Por ello y considerando que la no renovación de la autorización supuso que la actividad económica y comercial del inversionista resultaran total e irremisiblemente destruidas, corriendo igual destino los beneficios o utilidad derivados o esperables de la inversión, la conducta de la demandada constituía una expropiación indirecta.

Este caso ilustra una apertura a tomar en cuenta otras consideraciones además de los efectos de las medidas sobre la inversión y los beneficios esperados, sin embargo, estos últimos siguen teniendo un valor preponderante sobre el interés público, como lo expresara el Tribunal:

*“La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quien detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquéllos; y la forma bajo la cual se presenta la medida que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto”.*²⁵⁸

Finalmente, la doctrina de los poderes de policía centra sus análisis en las características de la norma cuestionada, más que en los efectos.²⁵⁹ De acuerdo con esta defensa, el Estado no es responsable por la pérdida de propiedad o de otras desventajas económicas resultantes de las regulaciones sean adoptadas de buena fe por razones de bienestar público, no sean discriminatorias y se adopten conforme al proceso legalmente establecido al efecto.²⁶⁰

En *Methanex Corporation v. United States of America*, el gobierno de California prohibió el uso del aditivo *Methyl tertiary-butyl ether* (MTBE) en las gasolinas

²⁵⁶ *Ibid.*, párr. 122-131. Según el Tribunal:

“En síntesis, fueron razones vinculadas con circunstancias de orden social o político y las presiones sobre las autoridades municipales, estatales y el mismo INE originadas en tales circunstancias, y no otras, las que en realidad preponderaron en la decisión del INE de no renovar la autorización”.

²⁵⁷ *Ibid.*, párr. 147

²⁵⁸ *Ibid.*, párr. 116. Otros casos hacen referencia a la prueba de proporcionalidad, pero terminan dando mayor importancia a los efectos de la medida sobre la inversión para determinar si hay o no una expropiación. Ver: *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008) párr. 192-193.

²⁵⁹ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., p. 369.

²⁶⁰ American Law Institute. Restatement (Third) of the Law of Foreign Relations of the United States (ALI 1987) Vol. 2, Section 501-End, Section 712, commentary, letter g). Ver también: J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., p. 367; N. ZAMIR, “The Police Powers Doctrine in International Investment Law” (2017) *Manchester Journal of International Economic Law* Vol. 14, No. 3, pp. 318-337; C. TITI, “Police Powers Doctrine and International Investment Law” en A. GATINNI, A. TANZI y F. FONTANELLI (eds.) *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (Brill 2018) pp. 323-343.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

después de que se tuvo conocimiento de que dicha sustancia contaminaba las aguas subterráneas. El inversionista, un productor canadiense de metanol, una sustancia que se utiliza para la producción de MTBE, argumentó que la medida del gobierno de California era discriminatoria y proteccionista, que constituía una expropiación de sus derechos y su cuota en el mercado de California y otras partes de Estados Unidos.²⁶¹ El Tribunal resolvió que, de acuerdo con el derecho internacional, una medida regulatoria adoptada en el interés público, de acuerdo con el debido proceso y que afecte, entre otros, a inversionistas extranjeros no se puede considerar expropiatoria, a menos que el gobierno se hubiera comprometido con el inversionista de no adoptar dichas regulaciones; y dado que el gobierno no se comprometió a no regular estas sustancias, la medida no era expropiatoria.²⁶²

La defensa de los poderes de policía da una prevalencia a la intención de la medida, por encima de los efectos que tiene sobre la inversión y los beneficios esperados de ella. Sin embargo, para aplicar esta defensa, el gobierno demandado no debe haberse comprometido con el inversionista a abstenerse de emitir normas que pudiesen afectarle (ver sección 4.4.2.1. y sección 4.1. respecto a los compromisos de estabilizar la legislación aplicable a la inversión).²⁶³ Esto significa que si un Estado firma un contrato de inversión donde incluye una cláusula de estabilización o le hace otro tipo de declaraciones para inducirlo a hacer la inversión, es posible que el Tribunal determine que sí hay una expropiación indirecta.²⁶⁴

Entonces, se podría decir que entre 1990 y el 2006 se produce un período de incertidumbre respecto a la expropiación indirecta. Los AII ampliaron el concepto de expropiación y, en ausencia de criterios o directrices, algunos tribunales la interpretaron como una protección amplia que abarca cualquier medida que neutralice o elimine el valor de la inversión y los beneficios esperados de ésta; mientras que otros tribunales aplicaron otras fórmulas que también consideraban los objetivos de interés público de las medidas y la forma de adoptarse la medida, además de los efectos sobre la inversión.

4.5.1.4. Indemnización por una medida expropiatoria

Los AII post-1990 integraron la fórmula Hull para la indemnización, que se refiere a una indemnización, pronta, adecuada y efectiva al precio del mercado previo al

²⁶¹ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Statement of Claim (3 December 1999) p. 35; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Award (3 August 2005) Part IV, Chapter D, párr. 1.

²⁶² *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Award (3 August 2005) Part IV, Chapter D, párr. 7.

²⁶³ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., p. 371.

²⁶⁴ Ver: A. DE LUCA, "Indirect Expropriations and Regulatory Takings: What Role for the "Legitimate Expectations" of Foreign Investors?" en G. SACERDOTI, P. ACCONCI, M. VALENTI y A. DE LUCA (eds) *General Interests of Host States in International Investment Law* (Cambridge University Press 2014) pp. 58-76.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

acto de expropiación, es decir, antes de que la propiedad pudiera perder algún valor en el mercado.²⁶⁵ Por ejemplo, el TLCAN disponía que:

"2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación"), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

(...)

*6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109."*²⁶⁶

Este tipo de disposiciones deja poco espacio para determinar la indemnización tomando en cuenta el derecho interno y el interés público perseguido por las medidas.²⁶⁷

En *Compañía de Desarrollo Santa Elena vs. Costa Rica*, se planteó un caso donde el Estado realizó una expropiación (directa) de la propiedad para ampliar un área protegida debido al gran valor natural del área y la biodiversidad existente. La diferencia de inversiones surgió en relación al estándar de la indemnización que se debía de pagar: mientras el inversionista reclamaba USD \$41,200,000 (por una propiedad que adquirió por USD \$395,000), Costa Rica consideraba que la indemnización debía ser de USD \$1,900,00.²⁶⁸ El Tribunal resolvió que la motivación ambiental era irrelevante a la valoración de la indemnización que se debía de pagar:

"While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal

²⁶⁵J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., pp. 123-129. Para consultar un estudio cuidadoso del tema. Ver: I. MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford University Press 2017).

²⁶⁶ A diciembre de 2021, un total de 2491 de 2574 AII analizados por la UNCTAD contienen disposiciones similares a esta del TLCAN. Ver: UNCTAD, *International Investment Agreement Navigator, 2021* < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping>>.

²⁶⁷ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., pp.191-193. Con un enfoque similar ver: Y. RADI, "Philip Morris v. Uruguay: Regulatory Measures in International Investment Law: To Be or Not to Be Compensated?" (2018) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 33, No. 1, pp. 74-80.

²⁶⁸ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award (17 February 2000) párr. 57-59.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

*character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference”.*²⁶⁹

Si bien ambas partes estaban de acuerdo en la obligación de pagar una indemnización al precio justo del mercado, la diferencia estaba en determinar la fecha que se debía usar para determinar el valor comercial de la propiedad. Para el inversionista, este debía basarse en el mejor uso de la propiedad en el mercado, *en la fecha del arbitraje*, sin ninguna alteración derivada de los actos expropiatorios ni de la normativa ambiental posterior a 1978.²⁷⁰ Costa Rica argumentaba que se debía pagar una compensación al valor del mercado en la fecha en que se publicó el decreto de expropiación (el 5 de mayo de 1978).²⁷¹ El Tribunal resolvió que la fecha que se debía utilizar era la del decreto de expropiación, pero que se debían tomar en cuenta todas las circunstancias del caso y determinó que se debía incluir en la indemnización un interés compuesto porque

*“CDSE is entitled to the full present value of the compensation that it should have received at the time of the taking. Conversely, the taking state is not entitled unjustly to enrich itself by reason of the fact that the payment of compensation has been long delayed”.*²⁷²

El Tribunal, por tanto, ordenó el pago de una indemnización de USD \$16,000,000.²⁷³

Se podría decir que este tipo de disposiciones ignora la mencionada Declaración sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, que establece que los Estados pueden definir, conforme a su derecho interno, la fórmula y los métodos para determinar la indemnización ante una expropiación.²⁷⁴ Por tanto, las disposiciones sobre expropiación y las decisiones de los Tribunales en el período neoliberal lograron desplazar esta Declaración y asegurar la aplicación del derecho internacional en cuanto a la indemnización, cuyo objetivo último es proteger el valor de la inversión en su *totalidad*.

Se podría pensar que lo anterior deja poca flexibilidad para tomar en cuenta el interés público perseguido por medidas regulatorias, entre otras, las de carácter ambiental. Una expropiación que se hace con el fin de beneficiarse económicamente de un bien o actividad es diferente de aquella que se hace con

²⁶⁹ (lo subrayado es añadido) *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award (17 February 2000) párr. 71.

²⁷⁰ *Ibid.*, párr. 75.

²⁷¹ *Ibid.*, párr. 75.

²⁷² *Ibid.*, párr. 101.

²⁷³ *Ibid.*, párr. 107 y 111.

²⁷⁴ AGNU, Resolución 1803 (XVII), “Soberanía permanente sobre los recursos naturales” (14 de diciembre de 1962).

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

finés de conservación de la naturaleza,²⁷⁵ de resolver injusticias históricas²⁷⁶ o de hacer frente a una crisis financiera o económica grave del país.²⁷⁷ Su diferencia radica en que en la primera hay una ganancia económica por parte del Estado, mientras que en la segunda no la hay, por lo que es importante poder diferenciarlas al momento de calcular la indemnización u otras formas de reparación.

²⁷⁵ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award (17 February 2000). Otros casos ambientales relevantes son: *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana*, Ad hoc arbitration, Award on Jurisdiction and Liability (27 October 1989) párr. 81-85 (el Tribunal decidió que la demolición de una construcción que inició el inversionista sin obtener el permiso necesario constituía una expropiación indirecta); *Empresa Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award (7 February 2005) párr. 23 (el Tribunal determinó que no tenía jurisdicción para resolver el caso, por lo que no analizó el asunto de la expropiación); *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award (16 May 2009) párr. 353- 366 (el Tribunal resolvió que no había una expropiación porque las medidas estatales no tuvieron un impacto significativo en el valor de la inversión); *MTD Equity Sdn. Bhd. And MRD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004) párr. 207-214 (el inversionista alegó que la negativa del gobierno a conceder un permiso ambiental constituía una expropiación. El Tribunal decidió que no hubo expropiación porque la negativa estaba fundada en la normativa existente y que el Estado habría podido cambiar la normativa para conceder el permiso, pero no estaba obligado a hacerlo. El inversionista no tenía un derecho a esperar que el Estado demandado cambiara la normativa para obtener el permiso necesario para su inversión); *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case no. ARB/05/8, Award (11 September 2007) párr. 437-456 (el inversionista alegó que la rescisión de un contrato para la construcción de un estacionamiento en una zona Patrimonio de la Humanidad por parte del Municipio de Vilnius constituía una expropiación indirecta, pero el Tribunal resolvió que la mera terminación de un contrato, por el incumplimiento con los términos por parte del inversionista, no era una expropiación indirecta). Como se puede observar, en varios de estos casos, los Tribunales no han encontrado una expropiación indirecta, pero sí han encontrado violaciones al estándar de trato justo y equitativo. La cuestión de la indemnización sigue siendo igual de importante para las violaciones de expropiación indirecta que en las de trato just y equitativo.

²⁷⁶ *Piero Foresti, Ida Laura del Carli, Dora Foresti, Maria Teresa Suardo, Paola Suardo, Antonio Foresti, Luigi Foreste, Massimiliano Foresti, Franca Conti, Daniela Conti, Finstone s.a.r.l. v. The Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, Award (4 August 2010) párr. 54-77 (el caso se cerró, por lo que el tribunal no se pronunció sobre las alegaciones de expropiación con motivos de corregir injusticias históricas en el sector de la minería en el país). Otros casos similares, posteriores al período de estudio son: *Border Timber Limited and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/25, Award (28 July 2015) (el laudo no es público, pero se puede obtener algo de información en J. GREENBERG, "ICSID tribunal orders Zimbabwe to return expropriated farms" (2016) *Investment Treaty News* Vol. 7, No. 2, p. 20) y *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case no. ARB/10/15, Award (28 July 2015) párr. 488-521.

²⁷⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, caso CIADI ARB/97/3, Laudo (20 de agosto de 2007) párr. 7.5.1-7.5.34 (las diversas medidas adoptadas por el gobierno de Argentina para hacer frente a la crisis, además de la rescisión del contrato de concesión del provisión de servicios de agua y saneamiento, se consideraron expropiatorias basándose en los efectos de las medidas en la inversión); *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/01/8, Award (12 May 2005) párr. 262; *AWG Group v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Liability (30 July 2010) párr. 128-157; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. and The Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/03/19 (10 July 2010) párr. 128-157 (en estos tres casos, los tribunales determinaron que las medidas del Estado argentino, en especial aquellas de rescisión de un contrato, no constituían una expropiación indirecta, pero ello no significaba que no fueran violatorias del tratado. Las violaciones se encontraron en relación al estándar de trato justo y equitativo).

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

4.5.2. Trato justo y equitativo

Prácticamente todos los AII post-1990 incluyen la protección del trato justo y equitativo (FET), aunque su formulación precisa y las condiciones de la obligación de trato varían considerablemente entre los distintos tratados.²⁷⁸ Se dice que el FET es “la regla de oro” de los AII²⁷⁹ y es un estándar “*catch all*”, ya que cuando las pretensiones de los inversionistas no encuentran cabida en la protección de expropiación indirecta o en cualquiera de los otros estándares de trato, la encuentran en el estándar FET.²⁸⁰

La redacción más común requiere que el Estado receptor conceda al inversionista un trato justo y equitativo, sin definir qué se entiende por dichos conceptos. Por ejemplo, el APPRI entre México y Argentina establece en el artículo tercero que:

“Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a los inversores y a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.”²⁸¹

En algunas ocasiones el estándar aparece solo en el artículo y en otras ocasiones aparece junto a los estándares de seguridad y protección, la prohibición de medidas “arbitrarias” y discriminatorias,²⁸² o junto con los estándares de trato nacional y nación más favorecida, requiriendo normalmente que en ningún caso el FET sea menos favorable que el trato nacional y/o nación más favorecida.²⁸³ Estos

²⁷⁸ A diciembre de 2021, se tiene conocimiento de que 1989 de 257 AII firmados incluyen disposiciones de FET con diversas formulaciones. Ver: UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator* (2021) < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>>.

²⁷⁹ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 241.

²⁸⁰ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON, D. VISDUNBAR, *Investment Treaties...* p. 17; R. KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* (Cambridge University Press 2011) p. 3.

²⁸¹ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección recíproca de las Inversiones (firma el 13 de noviembre de 1996, entrada en vigor el 22 de junio de 1998). A diciembre de 2021, se tiene conocimiento de que 1989 de 2574 AII analizados incluyen disposiciones de FET con diversas formulaciones. Ver: UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator* (2021) < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>>.

²⁸² Por ejemplo, el APPRI entre México y Alemania establece en el art. 2 que:

“Each Contracting State shall in any case accord investments of the other Contracting State fair and equitable treatment. Neither Contracting State shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal of such investments.”

Agreement between the United Mexican States and the Federal Republic of Germany on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (signature 25 August 1998, entry into force 23 February 2001).

²⁸³ Cuando el FET está junto a los estándares de trato nacional y nación más favorecida establecen un mínimo de trato por debajo del cual el FET nunca se puede encontrar, pero sí puede ser superior

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

estándares articulan los principios de seguridad, proporcionalidad y no discriminación, que forman parte integral del estándar de FET.²⁸⁴

Otros AII establecen que cada Estado parte debe dar un trato justo y equitativo a las inversiones cubiertas por el tratado, el cual no puede ser, en ningún caso, menor al trato requerido por el Derecho Internacional consuetudinario o el estándar mínimo internacional.²⁸⁵

Normalmente, los AII no incluyen criterios sobre qué es un trato justo y equitativo o qué es injusto e inequitativo.²⁸⁶ Ante dicha indeterminación y ambigüedad, quedó en manos de los Tribunales determinar, en cada caso concreto, el contenido y los límites de esta obligación.

Entre los elementos más citados por los Tribunales al determinar el contenido del FET se encuentran: A) proteger las expectativas legítimas del inversor; B) actuar con transparencia; C) actuar sin arbitrariedad y sin discriminación; D) garantizar el acceso a la justicia y el debido proceso; y E) actuar de buena fe.²⁸⁷

No es mi intención agotar este tema que puede tener muchos matices. Me interesa únicamente resaltar, a efectos argumentativos, los aspectos que permitieron la formación de protecciones casi absolutas, sin tener la intención de hacer

a dichos estándares. Por ejemplo, el APPRI entre Dinamarca y Etiopía, Art. 3 primer párrafo establece que:

“Each Contracting Party shall in its territory accord to investments made by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment which in no case shall be less favourable than that accorded to its own investors or to investors of any third state, whichever is the more favourable from the point of view of the investor.”

Agreement between the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Ethiopia-Denmark) (signature 24 April 2001, entry into force 21 August 2005).

A diciembre de 2021, 639 de 2574 AII analizados tenían este tipo de disposición. Ver: UNCTAD, International Investment Agreements Navigator (2021) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>>.

²⁸⁴ K. J. VANDELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation...*, cit., p. 191; J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 241.

²⁸⁵ Este tipo de formulación se consideró menos amplia, pues los Tribunales debían aplicar el FET conforme a normas de derecho internacional consuetudinario, en especial el estándar mínimo de trato cuyo contenido había sido disputado entre los Estados desarrollados y los Estados Latinoamericanos. A diciembre de 2021, sólo 82 de 2574 AII analizados cuentan con este tipo de lenguaje. Ver: UNCTAD, International Investment Agreements Navigator (2021) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>>.

²⁸⁶ Esto comenzó a cambiar en el período de reforma. Ver capítulo 3.

²⁸⁷ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 253. El FET ha mantenido ocupados tanto a académicos como tribunales, quienes intentan desarrollar criterios específicos, elementos y normas para determinar si los Estados habían dado un trato justo y equitativo a los inversionistas. Ver: I. TUDOR, *The Fair and Equitable Standard in International Foreign Investment Law* (Oxford University Press 2008); UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment” (2012) *Series on Issues in International Investment Agreements* Vol. 2; R. KLAGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law...*, cit.; A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection* (Wolters Kluwer International 2012); M. PAPANISKIS, *International Minimum Standard and the Fair and Equitable Treatment* (Oxford University Press 2013); F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles* (T.M.C. Asser Press 2018).

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

generalizaciones sesgadas. Por ello, a continuación me enfoco sólo brevemente en las “expectativas legítimas”, que engloban, en mayor o menor medida, los demás elementos arriba mencionados.²⁸⁸

4.5.2.1. Las “expectativas legítimas” de los inversionistas

Se dice que los Estados intentan influir la decisión de los inversionistas de invertir en su territorio ofreciendo marcos regulatorios atractivos o creando otras condiciones favorables al inversionista. Cuando los inversionistas deciden invertir, basados en dichas ofertas esperan que el Estado cumpla con sus declaraciones y compromisos y aplique *de buena fe* su marco normativo, en beneficio del inversionista.²⁸⁹ A eso se le llama, comúnmente “expectativas legítimas” del inversionista.

Las “expectativas legítimas” son el resultado del *cálculo de los riesgos* y las ganancias de la inversión que determinan la decisión de invertir o no en un determinado sector, actividad o jurisdicción.²⁹⁰ Dicho cálculo toma en cuenta las leyes, regulaciones y políticas en las diversas jurisdicciones, así como compromisos y declaraciones hechas *explícita o implícitamente* por las autoridades del Estado anfitrión a fin de atraer la inversión.²⁹¹ Por tanto, los cambios en los marcos normativos sobre los que se han tomado decisiones cruciales para la inversión pueden afectar el equilibrio económico de la misma y los beneficios esperados de la operación.²⁹²

Se trata de un concepto que no sólo pretende estabilizar los marcos normativos *existentes*, sino también garantizar el cumplimiento de *promesas, declaraciones o compromisos* que hagan funcionarios públicos y *en los que haya confiado el inversor para hacer la inversión*.²⁹³

Específicamente en relación a la protección FET, el concepto se aplicó en *Técnicas Medioambientales Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos*, donde el Tribunal sostuvo que el FET debe interpretarse a la luz de los imperativos de buena fé requeridos por el derecho internacional, lo cual exige a de las Partes contratantes del APPRI brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas

²⁸⁸ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 260.

²⁸⁹ F. MUTIS TÉLLEZ, “Conditions and Criteria For the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law” (2012) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* Vol. 27, No. 2, pp. 434-442. Esta teoría se asemeja a la teoría económica del *race to the bottom* que se abordará en el Capítulo 2.

²⁹⁰ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change...*, cit., p. 258.

²⁹¹ R. DOLZER y SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press 2008) p. 134.

²⁹² F. MUTIS TÉLLEZ, “Conditions and Criteria For the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law...”, cit., p. 433.

²⁹³ F. MUTIS TÉLLEZ, “Conditions and Criteria For the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law...”, cit., p. 434.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión.²⁹⁴

El Tribunal detalló lo que, a su juicio, implica el respeto a dichas expectativas por parte del Estado:

*"Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación".*²⁹⁵

Para justificar su decisión, el Tribunal argumentó que había hecho una interpretación del AII conforme al art. 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que manda a tomar en cuenta los objetivos y el propósito del tratado aplicable, que es "fortalecer y acrecentar el nivel de seguridad y confianza del inversor extranjero para invertir en los Estados miembros".²⁹⁶ Esta interpretación dejó la puerta abierta a que se iniciaran más arbitrajes inversionista-Estado para impugnar una serie de medidas que "frustraban las expectativas legítimas de los inversionistas", tales como, cambios legislativos, revisión de actos administrativos, renegociación o modificación de contratos, etc.²⁹⁷

No obstante, la ausencia de criterios en los AII respecto al contenido y límites del FET propició decisiones con diversos enfoques. Algunos Tribunales relacionaron el FET con el Derecho internacional consuetudinario,²⁹⁸ donde las "expectativas

²⁹⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI no. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) párr. 116.

²⁹⁵ *Ibid.*, párr. 154.

²⁹⁶ *Ibid.*, párr. 157.

²⁹⁷ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 254.

²⁹⁸ Por ejemplo, *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13 November 2000) párr. 263-268.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

legítimas” no tenían cabida pues no era posible derivarlas de ninguna norma de derecho internacional consuetudinario.²⁹⁹

El tribunal en *Glamis Gold, Ltd. Vs. Estados Unidos de América* comenzó el análisis refiriéndose al caso *Neer vs. Estados Unidos Mexicanos*, según el cual para vulnerar el estándar mínimo de trato, el acto debe ser lo suficientemente flagrante y “atroz” al punto de caer por debajo de los estándares internacionales.³⁰⁰ Si bien el tribunal reconoció que el contenido del estándar pudo haber evolucionado y requerir más de los Estados, sostuvo que corresponde al demandante demostrar que los requisitos del estándar que alega en su demanda, por ejemplo, transparencia, forman parte del derecho internacional.³⁰¹

En resumen, el concepto de las expectativas legítimas amplió la protección del FET, con el efecto de abarcar un gran abanico de acciones del Estado y circunstancias que pueden considerarse violatorias del tratado. Asimismo, redujo el umbral que existía en el derecho internacional consuetudinario para determinar si el Estado receptor había dado un trato inferior al mínimo internacional a los inversionistas: en vez de requerirse un acto “flagrante y atroz” (como era aceptado en el caso *Neer vs. México*), podría bastar con frustrar las expectativas (*legítimas y razonables*) que tuviera el inversionista sobre la conducta del Estado en relación con su inversión.

²⁹⁹ Incluso dentro de un mismo caso, se dieron las diferencias de enfoque. Por ejemplo, en *AWG Group v. The Argentine Republic* el tribunal interpretó que para determinar si se ha violado el estándar FET, se deben tomar en cuenta las expectativas legítimas de los inversionistas (*AWG Group v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Liability (30 July 2010) párr. 222), mientras que en el mismo caso, el árbitro Pedro Nikken expresó su desacuerdo con la vinculación del estándar FET con las expectativas legítimas de los inversionistas debido a la ausencia de una norma de derecho internacional que apoyara el concepto (*AWG Group v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken (30 July 2010) párr. 2-20).

³⁰⁰ La decisión *Neer vs. México* de 1926 reza:

“Without attempting to announce a precise formula, it is in the opinion of the Commission possible to go a little further than the authors quoted, and to hold (first) that the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards, and (second) that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.”

General Claims Commission, *L. F. H. Neer and Pauline E. Neer (United States) v. United Mexican States*, Decision (15 October 1926) *United Nations Reports of International Arbitral Awards* Vol. IV, Section I, pp. 60-66, párr. 4. Ver también: M. ORELLANA, “Medio ambiente y arbitraje de inversiones...”, cit., p.413

³⁰¹ Ver casos: *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case no. ARB(AF)/00/1, Award (9 January 2003) párr. 184; y *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case no. ARB(AF)/99/2, Award (11 October 2002) párr. 119.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Finalmente, al igual que en el caso de la expropiación indirecta, el período de 1990 a 2006 se ve marcado por el expansionismo y la incertidumbre sobre el enfoque que cada tribunal adoptará en cada caso concreto.³⁰²

4.6. Formación de un régimen autosuficiente relativo a la inversión extranjera

Al igual que la internacionalización de los contratos tuvo por objetivo desplazar el derecho interno para aplicar el derecho internacional a las diferencias relacionadas con las inversiones (ver sección 4.1.), en el período neoliberal observamos una tendencia de los Tribunales arbitrales de interpretar el art. 42(1) sobre el derecho aplicable a las diferencias de inversiones de manera tal que aplica *prima facie* el derecho internacional en las diferencias inversionista-Estado.³⁰³ La cuestión del derecho aplicable a las diferencias es fundamental para la formación de un régimen internacional que logre proteger a las inversiones de todo riesgo político o regulatorio que pueda afectar el equilibrio económico de la inversión en favor de los inversionistas.

Primero, el derecho aplicable determina los límites de la jurisdicción del Tribunal y, el exceso del Tribunal en sus competencias, puede ser un motivo para la anulación de un Laudo.³⁰⁴ Segundo, el derecho aplicable puede determinar el resultado de la controversia. Si el derecho interno aplica, una medida que sea legal conforme al derecho interno no generará responsabilidad internacional, mientras que una medida *ultra vires* o contraria al derecho interno sí puede acarrear también la responsabilidad internacional del Estado. En cambio, si el derecho internacional aplica, la legalidad o ilegalidad de la medida del Estado en el derecho interno es irrelevante para la responsabilidad internacional. Y donde ambos derechos aplican, la delicada relación entre el derecho interno y el derecho internacional es especialmente relevante para determinar si una medida estatal es "justa y equitativa", por ejemplo, si la revocación de un permiso ambiental porque la inversión no cumplió con las condiciones del permiso o porque ha operado irregularmente es una medida contraria a los altos estándares de protección a las inversiones establecidos en los AII.³⁰⁵ Y tercero, el derecho aplicable también

³⁰² J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 257.

³⁰³ Para un análisis minucioso sobre las transformaciones en la interpretación del art. 42(1) cambiando de una aplicación del derecho interno *prima facie* y su posterior desplazamiento, ver: A. KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law* (Cambridge University Press 2012) pp. 11-56. También ver: A. GIARDINA, "International Investment Arbitration: Recent Developments as to the Applicable Law and Unilateral Recourse" (2006) *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* Vol. 5, No. 1, pp. 29-39.

³⁰⁴ H. E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law* (Oxford University Press 2013) pp. 61-103.

³⁰⁵ A. K. BJORKLUND, "Applicable Law in International Investment Disputes" en C. GIORGETTI (ed) *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide* (Brill/Nijhoff 2014) p. 261.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

determina la compensación que se ha de pagar, así como el tipo de intereses que se pueden pagar (ver apartado 4.6 de este mismo capítulo).³⁰⁶

De acuerdo con el art. 42(1) del Convenio del CIADI, los Tribunales deben resolver las diferencias de inversiones aplicando las normas que las Partes hayan acordado. En caso de no haber acuerdo entre las Partes, los Tribunales deberían aplicar *el derecho interno del Estado en la diferencia y aquellas normas de derecho internacional que sean aplicables al caso*. A 1965, la regla general era que las diferencias relacionadas con inversiones extranjeras en el territorio del Estado anfitrión se decidirían *prima facie* en base al derecho de éste.

No obstante, en el período de estudio algunos tribunales arbitrales aplicaron los AII como *lex specialis*, es decir, como normas especiales que tenían prevalencia sobre las normas de derecho interno y otras de derecho internacional, excepto aquellas de carácter perentorio *ius cogens*.³⁰⁷ Uno de los primeros casos donde se interpretó el art. 42(1) del Convenio del CIADI fue en *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, donde el Estado argumentó que las Partes habían acordado implícitamente aplicar el derecho egipcio, de acuerdo con del art. 42(1), y que el derecho internacional sólo aplicaba de manera indirecta, es decir, que el Tribunal sólo podría aplicar aquellas reglas y principios de derecho internacional que se hubieran incorporado en el derecho interno de Egipto.³⁰⁸ El inversionista negó que el art. 42(1) supusiera la existencia de un acuerdo implícito de aplicar el derecho interno *prima facie* y que, en ausencia de un acuerdo, se debía aplicar el derecho internacional en primer lugar.³⁰⁹ El Tribunal decidió que no había un acuerdo implícito de aplicar el derecho interno y que, en consecuencia, aplicaría el derecho internacional.³¹⁰

Algunos tribunales reconocieron que los AII eran demasiado amplios y requerían de la aplicación del derecho interno con un rol *complementario* para llenar lagunas en el derecho internacional.³¹¹ La interpretación del art. 42(1) y la compleja interrelación entre el derecho interno y el derecho internacional e las decisiones de inversiones fue un asunto controversial, que poco a poco se fue resolviendo en favor del derecho internacional como el derecho aplicable a la controversia y el derecho interno como un hecho, o como mucho, con un rol complementario.³¹²

³⁰⁶ Ver: *Amoco International Finance Corporation v. Government of Islamic Republic of Iran*, Award No. 310-56-3 (17 July 1987) Iran-USCTR 189, párr. 86-87.

³⁰⁷ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., p. 31.

³⁰⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction (27 November 1985) párr. 74-76.

³⁰⁹ *Ibid.*, párr. 77.

³¹⁰ *Ibid.*, párr. 80.

³¹¹ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000) párr. 78-79.

³¹² Estas controversias se resumen en *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Annulment Proceedings (5 February 2002) párr. 37-46. Ver también: A. KULICK, *Global Public Interest...*, cit., pp.11-56.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

El desplazamiento del derecho interno fue sólo la primera parte de la ecuación. La aplicación del AII de manera casi exclusiva como *lex specialis*, desplazando la aplicación de otras normas de derecho internacional, fue la segunda parte. En el período neoliberal, el derecho consuetudinario internacional -comúnmente el estándar mínimo de trato a los extranjeros- se aplicó principalmente para llenar lagunas en torno a las protecciones incluidas en los AII.³¹³ Los tratados en materia de medio ambiente se aplicaron, con cierta racionalidad neoliberal y de manera restringida;³¹⁴ y los tratados en materia de derechos humanos no se aplicaron.³¹⁵ En consecuencia, se fue conformando un régimen autosuficiente con poca influencia o apertura a otras normas internacionales que podrían establecer un límite o equilibrio entre la propiedad privada y otros derechos e intereses de carácter público.³¹⁶

4.6.1. (In)aplicación del derecho internacional ambiental en el arbitraje de inversiones

Entre 1990 y 2006 surgieron varias diferencias de inversiones que involucraron medidas regulatorias relacionadas con el medio ambiente.³¹⁷ En algunos de estos casos, los Estados demandados argumentaron, con poco éxito, que sus medidas estaban amparadas por obligaciones contraídas conforme a tratados internacionales ambientales en los que eran Parte.³¹⁸

Al inicio del período neoliberal los Tribunales se vieron poco abiertos a aplicar el derecho internacional ambiental, quizá debido a la vaguedad de las obligaciones ambientales y las de inversiones respecto a la conducta concreta exigida del Estado firmante.³¹⁹

³¹³ B. SIMMA y D. PULKOWSKI, "Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law" (2006) *European Journal of International Law* Vol. 17, No. 3, pp. 483-529; M. Hirsch, "Sources of International Investment Law...", cit., p. 11.

³¹⁴ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International...*, cit., p. 8.

³¹⁵ P. STURMA, "Public Goods and International Investment Law: Does the New Generation of IIA Better Protect Human Rights?" (2018) *Brill Open Law* No. 1, p. 5; B. SIMMA, "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?" (2011) *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 60, No. 3, pp. 573-596; *Azurix Corp v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo (14 julio de 2006) párr. 254 y 261.

³¹⁶ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International...*, cit., p. 8.

³¹⁷ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., pp. 18-23, 31.

³¹⁸ Algunos casos del período de estudio incluyen: *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case no. ARB/84/3, Award (20 May 1992) párr. 150-154; *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13 November 2000) pa. 204, 209-221; *Parkerings Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case no. ARB/05/8, Award (11 September 2007) pa. 381-397 (el laudo no aborda un conflicto normativo como tal, pero sí hace referencia a la protección especial de la que gozaba la zona en que el inversionista pretendía construir el estacionamiento, por estar dentro de la demarcación de patrimonio cultural de la humanidad bajo la Convención de la UNESCO).

³¹⁹ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., pp. 31-35, 202.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

En *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, la demandada canceló un contrato de un proyecto de desarrollo turístico en una zona arqueológica de pirámides que estaba en proceso de inscripción como patrimonio de la humanidad bajo la Convención de la UNESCO. El Estado argumentó que la Convención de la UNESCO obligaba a Egipto a adoptar medidas de protección del Patrimonio Cultural de la Humanidad -mismo que se vería afectado por el proyecto de inversión-, por lo que su conducta estaba amparada por una obligación internacional.³²⁰ El inversionista, por su parte, argumentó que ninguna de las disposiciones de la Convención *obligaba* al Estado a *cancelar* el proyecto de inversión y que se habrían podido tomar otras medidas menos dañinas para su inversión.³²¹ El Tribunal sostuvo que no cabía duda de que la Convención de la UNESCO fuera relevante al caso,³²² pero que esta, por sí misma, no justificaba la cancelación del proyecto ya que la nominación de sitios como Patrimonio de la Humanidad no era impuesta externamente, sino que la protección de dicho sitio responde a la nominación *voluntaria* del Estado.³²³ Además, manifestó que el momento en que surgió la obligación de proteger la zona arqueológica no fue al entrar en vigor la Convención para Egipto, sino el momento en que el Comité aceptó la propuesta de Egipto y la incluyó en la lista del patrimonio cultural de la humanidad. Toda vez que este segundo momento ocurrió con posterioridad a la medida, el Tribunal rechazó el argumento de que la cancelación del proyecto tuviera por objetivo dar cumplimiento a una norma de derecho internacional ambiental.³²⁴

Otro caso del período de estudio donde el Estado demandado buscó amparar su conducta en un tratado internacional ambiental fue *S.D. Myers, Inc v. Government of Canada*, donde el inversionista estadounidense había abierto una empresa en Canadá para exportar materiales contaminados con bifenilos policlorados (PCB), para procesarlos en su planta establecida en EEUU. El PCB es una sustancia altamente tóxica para la salud humana y el medio ambiente, por lo que su movimiento transfronterizo estaba regulado por el Convenio de Basilea.³²⁵ El 16

³²⁰ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992) párr. 34.

³²¹ *Ibid.*, párr. 153.

³²² *Ibid.*, párr. 78.

³²³ *Ibid.*, párr. 154.

³²⁴ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992) pa. 154. Una situación similar se presentó en *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. La República del Perú*, caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo (7 de febrero de 2005), donde la empresa se encontraba cerca de "Pantanos de Villa", un humedal pantano protegido por la Convención de Ramsar, pero en este caso el Estado no argumentó que la conducta de la Municipalidad de Chorrillos estuviera amparada por dicha Convención. Para más información ver: J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., p. 202; V. VADI, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014) p. 95.

³²⁵ Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (adoptado el 22 de marzo de 1989, entrada en vigor el 5 de mayo de 1992) 1673 UNTS, Anexo I, y p. 10.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

de noviembre de 1995 Canadá adoptó una medida de emergencia que tenía el efecto de cerrar la frontera para la exportación del material peligroso.³²⁶ SD Myers presentó su reclamación alegando que la medida era violatoria del TLCAN porque el cierre de la frontera no estaba motivado en una preocupación ambiental genuina sino que buscaba beneficiar a las empresas canadienses que apenas comenzaban en el negocio del tratamiento de desechos contaminados con PCB, lo que había resultado en daños a su inversión y pérdida de su participación en el mercado, entre otros daños económicos. Canadá argumentó que su medida estaba amparada en el Convenio de Basilea, según el cual debía

*“velar por que el movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos y otros desechos se reduzca al mínimo compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente de esos desechos, y que se lleve a cabo de manera que se protejan la salud humana y el medio ambiente de los efectos nocivos que puedan derivarse de ese movimiento”.*³²⁷

Así, para Canadá el tratamiento de los residuos peligrosos debía ser lo más cercano posible a la fuente a efectos de prevenir afectaciones a la salud humana y el medio ambiente, motivo por el cual cerró la frontera para la exportación del material contaminado. El Tribunal desechó el argumento de Canadá y sostuvo que la demandada pudo haber tomado otras medidas alternativas para el manejo ambientalmente sostenible y *más costo-eficiente* de los desechos contaminados,³²⁸ como por ejemplo, continuar un Acuerdo Transfronterizo entre Estados Unidos y Canadá para el manejo de los mismos, ya que el art. 11 del Convenio de Basilea *permite* a las Partes firmar acuerdos bilaterales o multilaterales para la gestión sostenible de los residuos. Y añadió

*“Even if the Basel Convention were to have been ratified by the NAFTA Parties, it should not be presumed that CANADA would have been able to use it to justify the breach of a specific NAFTA provision because ...where a party has a choice among equally effective and reasonably available alternatives for complying....with a Basel Convention obligation, it is obliged to choose the alternative that is ...least inconsistent... with the NAFTA. If one such alternative were to involve no inconsistency with the Basel Convention, clearly this should be followed.”*³²⁹

El lenguaje de estos laudos deja ver cómo la amplitud de las normas internacionales ambientales y el hecho de que dejen la elección de los medios más adecuados para su cumplimiento a discreción de los Estados facilitó su inaplicación en el arbitraje de inversiones.³³⁰ Se observa que estos Tribunales entienden que los Estados pueden adoptar una gran variedad de medidas que sean igualmente

³²⁶ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Second Partial Award (21 October 2002) párr. 89.

³²⁷ Convenio de Basilea, art. 4.; S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award (13 November 2000) párr. 105-107.

³²⁸ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award (13 November 2000) párr. 212.

³²⁹ *Ibid.*, párr. 215.

³³⁰ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., p. 205.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

efectivas para alcanzar el nivel de protección de ambiental elegido, pero están obligados a elegir aquellas que sean menos dañinas/onerosas para el inversionista.³³¹

En otro caso de este mismo período, el demandado también defendió su medida apoyándose en un tratado multilateral ambiental. En *Parkerings-Campagniet A.S. v. Republic of Lithuania*, la municipalidad de Vilnius eligió un proyecto distinto al del demandante en un proceso de licitación pública para el desarrollo de un estacionamiento en la histórica ciudad de Vilnius, argumentando que el proyecto elegido tendría menor impacto ambiental y cultural que el propuesto por el demandante. El inversionista argumentó que dicha decisión de la Municipalidad era un trato discriminatorio hacia su inversión y violatorio del AII; pero Lithuania justificó su medida en la necesidad de proteger el área denominada Patrimonio Cultural de la Humanidad, protegida por la Convención de la UNESCO. El Tribunal no cuestionó en ningún momento que Lithuania tuviera la obligación de proteger el casco antiguo conforme a la Convención de la UNESCO y se centró en verificar si la decisión había sido discriminatoria en contra del inversionista. Resolvió que la diferencia entre los impactos de los proyectos sobre el casco antiguo (protegido por la UNESCO) era un motivo legítimo para que el Estado rechazara el proyecto de la demandante y no constituía un trato discriminatorio hacia el inversionista.³³²

En resumen, se podría decir que no existe un impedimento legal para una interpretación integrada del derecho internacional de la inversión extranjera y del derecho ambiental, pero la ambigüedad de las normas ambientales y el enfoque neoliberal de algunos Tribunales, quienes utilizaron enfoques de costo-eficiencia y los efectos de las medidas ambientales sobre la inversión extranjera para valorar las medidas, resultaron *de facto* en la inaplicación del derecho internacional ambiental y contribuyeron a la conformación de un régimen autosuficiente.

4.6.2. (In)aplicación de los tratados de derechos humanos en el arbitraje de inversiones

Los argumentos expuestos en relación con la ambigüedad de las normas internacionales de medio ambiente también pueden ser aplicables a las normas internacionales de derechos humanos en especial, aquellas relativas a los derechos económicos, sociales y culturales.³³³ No obstante, a diferencia de las primeras, las normas de derechos humanos fueron invocadas con mucha menor frecuencia por

³³¹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13 November 2000) párr. 221.

³³² *Parkerings-Campagniet A.S. v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11 September 2007) párr. 391-393.

³³³ Sobre el proceso de integración entre las normas de DDHH y del DIIE, ver: P. M. DUPUY y J. E. VIÑUALES, "Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress", in M. BURGEBEG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH (eds), *International Investment Law* (Nomos 2012) p. 1739.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

los Estados en sus defensas en el arbitraje de inversiones que las normas ambientales durante el período neoliberal.

Según Simma, uno de los posibles motivos puede ser la desconfianza de los Estados de que sus argumentos en el arbitraje de inversiones pudieran interpretarse como la aceptación del contenido de normas de derechos humanos o de que las medidas asociadas a la controversia son contrarias a sus obligaciones de derechos humanos, lo cual podría ser utilizado en su contra en demandas ante cortes internacionales de Derechos Humanos por parte de las personas afectadas por los proyectos de inversión.³³⁴

Los pocos casos en que las normas de derechos humanos se invocaron en el arbitraje de inversiones fueron, principalmente, en relación con el derecho humano al agua.³³⁵ A principios de 1990 Argentina emprendió un programa de privatización de diversos servicios, entre ellos, los de agua y saneamiento en diversas provincias del país. A finales de la década Argentina comenzó a entrar en una fuerte crisis económica y social que derivó en una serie de arbitrajes de inversiones.³³⁶

En *Azurix Corp. v. la República Argentina* el inversionista, un concesionario de servicios de agua y saneamiento en la Provincia de Buenos Aires, solicitó al Estado una autorización para aumentar las tarifas del servicio para reflejar los costos de operación y obtener el beneficio proyectado de la inversión. El gobierno de la Provincia de Buenos Aires se negó a aprobarlo por diversos motivos, entre ellos, que el derecho humano al agua de la población de la Provincia de Buenos Aires se vería amenazado con dicho aumento debido a la crisis económica que cruzaba el país.³³⁷ El inversionista consideró que dicha medida del gobierno constituía una expropiación indirecta y una violación al estándar FET.³³⁸ El Tribunal contestó que el asunto de la compatibilidad del AII y los tratados de derechos humanos apenas había sido debatido por las partes, y el Tribunal no lograba comprender la

³³⁴ B. SIMMA, "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?...", cit., p. 573; P. STURMA, "Public Goods and International Investment Law: Does the New Generation of IIAs Better Protect Human Rights?...", cit., p. 5.

³³⁵ Ver: B. FARRUGIA, "The Human Right to Water: Defences to Investment Treaty Violations" (2015) *Arbitration International* Vol. 31, p. 261; T. MESHEL, "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond" (2015) *Journal of International Dispute Settlement* Vol. 6, No. 2, pp. 277-307.

³³⁶ *Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/18; *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17; entre otros.

³³⁷ *Azurix Corp v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo (14 julio de 2006) párr. 254.

³³⁸ *Ibid.*, párr. 13.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

incompatibilidad invocada en las circunstancias de dicho caso.³³⁹ Sin más, el Tribunal evitó entrar en el estudio de la cuestión.

En resumen, durante el período de estudio los derechos humanos no fueron aplicados para la interpretación de los límites de las protecciones de la inversión extranjera, aunque los Estados comenzaron a hacer tímidos esfuerzos para presentar argumentos en este sentido. La interpretación general fue que no había un conflicto entre ambas normas de derecho.

4.6.3. Ausencia de obligaciones dirigidas a los inversionistas extranjeros

Las empresas transnacionales tuvieron un rol central en la colonización, en especial en Asia y África³⁴⁰ y también en la globalización económica de la década de los 90, cuando las empresas multinacionales emergieron fuertes, numerosas y con un ámbito de actuación más amplio que en cualquier otra época.³⁴¹ Dichas empresas tejieron redes de actividad económica transnacional, conectadas a las economías puramente "nacionales" y a sus "transacciones transnacionales".³⁴²

En la década de los 90's se observa la proliferación de empresas "nacionales" que hacen operaciones "internas" pero cuyo capital y control está en manos de otras empresas extranjeras. Es decir, empresas que son constituidas en el territorio de un país, para desarrollar actividades en dicho país y transferir el capital hacia empresas o accionistas extranjeros.

Las empresas que operan a escala global no están reguladas a esa misma escala. Cada uno de los componentes de las empresas multinacionales está sujeto a la jurisdicción en que actúa.³⁴³ Ello supone un reto para regular diversas transacciones internacionales o para buscar la responsabilidad de las empresas por los daños ambientales y sociales ocasionados en los países anfitriones derivado de sus operaciones.³⁴⁴

Los AII post-1990 se caracterizaron por crear derechos para las empresas multinacionales que les dan acceso al arbitraje inversionista-Estado (ver sección

³³⁹ *Ibid.*, párr. 261. Casos similares pero posteriores al período de estudio son: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on liability, (31 of July 2010) párr. 240, 262.

³⁴⁰ M. CRAVEN, "Colonialism and Domination...", cit., p. 870; K. MILES, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the safeguarding of Capital...*, cit., p. 53.

³⁴¹ J. G. RUGGIE, *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, C. de la Cruz Montserrat (trad.) Just Business, Multinational Corporations and Human Rights (Icaria 2014) p. 13.

³⁴² J. G. RUGGIE, *¿Solamente negocio?...*, cit., p. 13.

³⁴³ CDH, "Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos" (15 febrero 2005).

³⁴⁴ UNCTAD, "World Investment Report 2016. Investor Nationality: Policy Challenges" (2016) pp. 124 y ss.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

4.2.2.), sin incluir disposiciones relativas a la conducta de los inversionistas en el Estado anfitrión.³⁴⁵

Ello significa que dichos tratados comúnmente omiten: 1) obligaciones directas a cargo de los inversionistas relativas a su conducta en el Estado anfitrión;³⁴⁶ 2) disposiciones sobre la obligación de los Estados de origen (*home states*) de controlar la conducta de sus nacionales en el extranjero y sancionar los daños ocasionados en la población o territorio del Estado anfitrión;³⁴⁷ y 3) disposiciones para preservar el derecho y deber del Estado anfitrión de regular a las empresas transnacionales y sancionar los daños ocasionados por estas.³⁴⁸ Por ello se dice que los AII contribuyeron a la desregulación de la inversión extranjera.³⁴⁹

Esta desregulación obedece a los intereses de la comunidad empresarial, quien argumenta que no es necesario contar con normas dirigidas a las empresas en los AII y promueve un enfoque que combina el cumplimiento de la ley nacional de los países donde las empresas tienen sus actividades y *la adopción de medidas voluntarias a nivel internacional*, junto con el fomento de buenas prácticas de las empresas, alegando que el mercado se encargará de regir el proceso de cambio.³⁵⁰

Así, en los AII neoliberales se observa en la proliferación de códigos y estándares voluntarios de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y mecanismos suaves de control,³⁵¹ tales como:

- las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, que aplican a las empresas multinacionales operando en los territorios de los países que se hayan adherido a dichas directrices y que cuenta con un sofisticado sistema de rendición de cuentas basado en Puntos de Contacto

³⁴⁵ UNCTAD, "World Investment Report 2015...", cit., p. 126.

³⁴⁶ E. BRABANDERE y M. HAZELZET, "Corporate responsibility and human rights: navigating between international, domestic and self-regulation" en Y. RADI (ed.) *Research Handbook on Human Rights and Investment* (Edward Elgar 2018) p. 221.

³⁴⁷ A. BERKES, "Extraterritorial responsibility of the home States for MNC's violations of human rights" en Y. RADI (ed.) *Research Handbook on Human Rights and Investment* (Edward Elgar 2018) pp. 304-343; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment...*, cit., p. 155.

³⁴⁸ Ver: Columbia Center on Sustainable Investment and United Nations Human Rights Special Procedures, "Impacts of the International Investment Regime on Access to Justice", *Roundtable Outcome Document* (September 2018) pp. 8-13.

³⁴⁹ La ausencia de obligaciones internacionales dirigidas a las empresas multinacionales no fue una característica de los AII exclusivamente, sino que la desregulación alcanzó otras ramas del derecho internacional, entre ellas, la de los derechos humanos y el derecho ambiental. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment...*, cit., p. 155.

³⁵⁰ J. G. RUGGIE, *¿Solamente negocio?...* p. 19. Sobre el estado actual del debate: A. PIGRAU, "Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas", en *Empresas y Derechos Humanos: Temas actuales*, a cura di Maria Chiara Marullo e Francisco Javier Zamora Cabot, Editoriale Scientifica RSL, Napoli, 2018, pp. 27-68.

³⁵¹ Viñuales aborda estándares de conducta, arreglos contractuales y mecanismos de rendición de cuentas en el relación con el derecho internacional de la inversión extranjera en: J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., pp. 41-82. Para un estudio detallado del contenido ambiental de estos mecanismos. Ver: E. MORGERA, *Corporate Accountability in International Environmental Law* (Oxford University Press 2009).

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Nacionales, que deben resolver quejas relacionadas con la violación de las directrices en casos concretos;³⁵²

- El Pacto Mundial de las Naciones Unidas, una iniciativa voluntaria a la que se pueden adherir las empresas para alinear sus estrategias y operaciones con principios universales de derechos humanos, medio ambiente y anticorrupción;³⁵³
- Los estándares de desempeño social y ambiental de la CFI,³⁵⁴ entre otros.

Sin dejar de reconocer el valor que las iniciativas voluntarias puedan tener para guiar a las empresas o a los Estados para incorporarlas en sus políticas internas,³⁵⁵ su rol para balancear los derechos y obligaciones de las inversiones extranjeras en el arbitraje inversionista-Estado es limitado.³⁵⁶ Al ser de carácter voluntario, no constituyen derecho internacional que pueda ser "derecho aplicable" a las diferencias de inversiones en el sentido del art. 42 del Convenio del CIADI y del art. 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.³⁵⁷

En resumen, se podría decir que al desplazar el derecho interno en favor del derecho internacional y luego interpretar los AII como *lex specialis*, con poca influencia de los tratados ambientales y de derechos humanos, dificultó un correcto equilibrio entre el interés público y el interés privado del inversionista, así como entre las obligaciones y derechos de los inversionistas en el país anfitrión. Todo ello derivó en un régimen autosuficiente relativo a la inversión extranjera.

4.7. El pago de indemnizaciones *totales*

Las protecciones de la inversión extranjera serían letra muerta si no estuvieran acompañadas de alguna consecuencia por el incumplimiento con las disposiciones de los AII. Sorpresivamente, los AII post-1990 no contienen disposiciones en este respecto, a excepción de la expropiación indirecta que normalmente adopta la fórmula *Hull* sobre el pago de la indemnización (ver secciones 2 y 4.4.1.4.).

Para Salacuse, existen dos posibles explicaciones; la primera, un artículo sobre indemnización habría podido frustrar las negociaciones de los tratados con países

³⁵² OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (OCDE 2011) <<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>>.

³⁵³ ONU, El Pacto Mundial de las Naciones Unidas <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc>>.

³⁵⁴ IFC, E&S Performance Standards <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Sustainability-At-IFC/Policies-Standards/Performance-Standards/>.

³⁵⁵ E. MORGERA, *Corporate Accountability in International Environmental Law...*, cit., p. 204.

³⁵⁶ Según Viñuales, las iniciativas voluntarias de CSR tienen *algún* valor normativo al determinar un deber de debida diligencia de las empresas que ha sido utilizado por los Estados como un argumento en sus defensas en arbitraje inversionista-Estado o en soporte a la presentación de contra-demandas. Ver: J. E. VIÑUALES, "Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments" (2017) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 2, p. 361.

³⁵⁷ A. K. BJORKLUND, "Assessing the effectiveness of soft law instruments in international investment law" in A. K. BJORKLUND y A. REINISCH (eds.) *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar Publishing 2012) p. 192.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

en desarrollo, pues lo habrían visto como un asunto sensible; la segunda, un artículo sobre daños habría podido impedir la ratificación de los tratados por los poderes legislativos tanto de los Estados exportadores como de los importadores de capital.³⁵⁸

Salacuse se pregunta ¿cómo se debe interpretar que los AII incluyeran el arbitraje inversionista-Estado pero no dieran ninguna directriz sobre las consecuencias del incumplimiento y la indemnización? Podría ser que los Estados no autorizaban al tribunal arbitral a ordenar el pago de indemnizaciones por violaciones a los tratados, excepto para el único caso en que sí se incluían directrices sobre la compensación: la expropiación indirecta. En otras palabras, podría ser que el arbitraje inversionista-Estado sólo se incluyera para que una instancia "imparcial" determinara los derechos y obligaciones de las partes, no para que dictaminara consecuencias por la violación de otras disciplinas entre ellas el trato justo y equitativo, ni para determinar una indemnización.³⁵⁹

No obstante, en el período de estudio los tribunales arbitrales ni siquiera cuestionaron tener jurisdicción para ordenar el pago de indemnizaciones. Al contrario, algunos la afirmaron expresamente sosteniendo que, si tienen jurisdicción para decidir sobre el fondo del asunto, también la tienen para ordenar el pago de daños y perjuicios.³⁶⁰ Y otros argumentaron que la ausencia de dicha disposición dejaba la puerta abierta a los Tribunales para determinarla a la luz de las circunstancias, tomando en consideración los principios del derecho internacional y las disposiciones del AII.³⁶¹

Al no haber disposiciones al respecto, tampoco hay claridad sobre el estándar de la indemnización y la metodología para su cálculo. Para llenar esta laguna, algunos Tribunales se inspiraron en la decisión de la Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ) en el caso *Chorzów Factory* para determinar el estándar de la

³⁵⁸ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 436. Ver también: M. KINNEAR, "Damages in Investment Treaty Arbitration" in K. YANNACA-SMALL (ed) *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues* (Oxford University Press 2010) p. 551

³⁵⁹ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 436.

³⁶⁰ *Swembalt AB, Sweden v. the Republic of Latvia*, UNCITRAL, Decision by the Court of Arbitration (23 October 2000) párr. 38. Ver también: *AIG Capital Partners, Inc and CJSC Tema Real State Co v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, Award (7 October 2003) párr. 12.1 Para un análisis detallado de este complejo tema, ver: S. RIPINKSY y K. WILLIAMS, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law 2008); D. B. GOSIS, "Lessons on Damages: Minutes of the OGEMID Virtual Symposium on Damages in Investment Arbitration" (2018) *Transnational Dispute Management* Vol. 1 <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2522>

³⁶¹ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006) párr. 422.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

indemnización;³⁶² y las normas del *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (Proyecto de artículos).³⁶³

El caso *Chorzów Factory* reza

"The essential principle contained in the actual notion of an illegal act -a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals- is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed".³⁶⁴

El art. 31.1 del Proyecto de artículos "El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito", lo cual incluye "todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado". Según estas normas, la indemnización "cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado".³⁶⁵

En *S.D. Myers v. the Government of Canada* el Tribunal en sostuvo que la compensación debía de ser *total* y se determinaría sobre la base del daño económico que la empresa pudiera demostrar legalmente.³⁶⁶ Para calcular la indemnización, Canadá hizo tres propuestas: 1) reembolsar a SD Myers por los gastos efectuados en su filial Myers Canadá; 2) compensar a SD Myers por el retraso en recibir los beneficios de sus gastos en Myers Canadá en la forma de una tasa de interés aplicada al período afectado por las medidas ambientales; o 3) indemnizar a S.D. Myers por las ganancias que habría recibido si no hubiera existido la medida ambiental.³⁶⁷ El Tribunal consideró que ninguna de las dos primeras opciones eran adecuadas para indemnizar a la empresa por las pérdidas que el inversionista sufrió como resultado de la conducta del Estado porque

"SDMI did not invest in Canada to achieve a rate of return solely related to the quantum of its monetary investment. Insofar as it was delayed, it was delayed in making profits and further developing the opportunity to make profits. Some of

³⁶² R. E.M. GOODMAN y Y. PARKHOMENKO, "Does the Chorzow Factory Standard Apply in Investment Arbitration? A Contextual Reappraisal" (2017) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 2, pp. 304-325; J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 444.

³⁶³ AGNU Resolución 56/83, "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" (28 de enero de 2002) (Proyecto de artículos). Ver: J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 437.

³⁶⁴ CPJI, *Case Concerning certain German Interest in Polish Upper Silecia...*, cit., p. 47.

³⁶⁵ El subrayado es añadido; Proyecto de artículos, Art. 36.

³⁶⁶ *S.D. Myers v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13 November 2000) párr. 311, 315-317.

"The Tribunal already has suggested that whatever precise approach is taken, it should reflect the general principles of international law that compensation should undo the material harm inflicted by a breach of an international obligation (...) In summary, the Tribunal will assess the compensation payable to SDMI on the basis of the economic harm that SDMI legally can establish". (El subrayado es añadido).

³⁶⁷ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Second Partial Award (21 October 2002) párr. 96.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

the Canadian PCB inventory was processed by others while the border was closed. When the border re-opened, some of the remaining inventory that SDMI would have processed was, or would have been, processed by others. SDMI lost the income that it might have obtained from these inventories. Furthermore, SDMI lost income from that part of the inventory that was not lost to others during the closure, but which it might have processed during the nineteen month "window of opportunity" it would have had but for CANADA's export ban. Return of the money that SDMI invested in Canada, or merely paying SDMI a "return" on that investment, would not see it whole. It would not take adequate account of SDMI's potential to earn an income stream." (lo subrayado es añadido)³⁶⁸

Posteriormente, el estándar de indemnización total se volvió la regla general.³⁶⁹ El punto de discusión se dirigió únicamente hacia el vínculo de proximidad entre el daño y la medida violatoria del AII y los métodos de valoración.³⁷⁰

"In its First Partial Award the Tribunal determined that damages may only be awarded to the extent that there is a sufficient causal link between the breach of a specific NAFTA provision and the loss sustained by the investor. Other ways of expressing the same concept might be that the harm must not be too remote, or that the breach of the specific NAFTA provision must be the proximate cause of the harm." (lo subrayado es añadido)³⁷¹

La proximidad entre el daño y la medida es determinante para incluir o no daños consecuenciales, tales como la pérdida de una ventaja competitiva en el mercado o la pérdida de oportunidades (*loss of opportunity*). En *SD Myers* el Tribunal no mandó la indemnización *por loss of opportunity* porque la consideraba demasiado remota y especulativa para atribuirla a la conducta.³⁷²

En resumen, la clave de este período está en que, ante la ausencia de directrices sobre el pago de indemnizaciones, algunos Tribunales ampliaron su jurisdicción e interpretaron que esta debía ser total, entendiéndose por ello, que debe eliminar cualquier efecto que la medida de gobierno pudiera tener sobre las expectativas de ganancia de la inversión.³⁷³

³⁶⁸ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Second Partial Award (21 October 2002) pa. 98. (El subrayado es añadido)

³⁶⁹ Por ejemplo, *Enron Credits Recovery Corporation (formerly Eron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award (22 May 2007) párr. 360; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (28 September 2007) párr. 403; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award (3 March 2010) párr. 534.

³⁷⁰ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Second Partial Award (21 October 2002) párr. 121-122.

³⁷¹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Second Partial Award (21 October 2002) pa. 140. (El subrayado es añadido).

³⁷² *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Second Partial Award (21 October 2002) párr. 140.

³⁷³ B. SABAHY y L. HODER, "Certainty in Recovery of Damages for Losses to New or Incomplete Business- Three Paradigms: *Biloune v. Ghana*, *Gemplus v. Mexico*, and *Siag v. Egypt*" (2016) *Journal of Damages in International Arbitration* Vol. 3, No. 2, p. 97; G. RUSH, K. SEQUEIRA y M. SHOPP,

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

Lo que me interesa resaltar es que, nuevamente, la determinación de una indemnización total pone el énfasis *en los efectos* de las medidas de gobierno (sean estas ambientales o no) sobre la inversión, en detrimento de un equilibrio entre el interés público y el interés privado. La consecuencia, desde mi perspectiva, es que la inversión y sus expectativas de ganancia se tornan en un interés supremo protegido por el derecho internacional, superior a cualquier otro interés digno de protección como el medio ambiente, la democracia o los derechos humanos.

4.8. Reflexiones sobre el enfoque neoliberal del DIIE sobre el derecho a regular en el interés público

El desarrollo del DIIE en el período neoliberal logra proteger el capital de *los efectos* de cualquier regulación estatal o de cualquier condición desfavorable a la acumulación de capital por parte del inversionista extranjero. Esta protección contra los efectos económicos de la conducta Estatal o del contexto político en el Estado anfitrión se observa en los contratos de inversiones con cláusulas de estabilización de contratos, la protección contra la "expropiación indirecta" o "las medidas equivalentes a una expropiación", la protección de "las expectativas legítimas" de los inversionistas y el pago de indemnizaciones totales que pretenden "borrar los efectos" de la conducta internacionalmente ilícita sobre la inversión. En otras palabras, el DIIE no pretende afectar la soberanía de los Estados *per se* (o lo que conocemos como "su derecho a regular"), sino que lo que busca es crear una especie de esfera de cristal (o de acero) que envuelve o aísla a la inversión y al capital del entorno en que se desarrolla, con la finalidad de garantizar el control sobre las fuentes de riqueza.

Max Weber explica, en su teoría de *Economía y Sociedad*, que la acción social puede ser, entre otras formas, *racional con arreglo a fines* o *racional con arreglo a valores*. La primera es aquella "determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como "condiciones" o "medios" para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos".³⁷⁴ La segunda está "determinada por la creencia consciente en el valor – ético, estético, religioso o de cualquier otra forma como se le interprete- propio o absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor".

En mi opinión, las disposiciones basadas en los efectos de la regulación sobre la inversión tuvieron la particularidad de dar contenido a las disposiciones de los AII

"Valuation Techniques for Early-Stage Business in Investor-State Arbitration" En C. L. BEHARRY, *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration* (Brill/Nijhoff 2018) p. 263.

³⁷⁴ M. WEBER, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría, J. Roura Parella, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora; ed. Preparada por J. Winckelmann; notas de J. Medina Echavarría (2ª ed. en español de la 4ª en alemán 1964, 2ª reimpression, Fondo de Cultura Económica 2002) p. 23. Disponible en < <http://sociology.berkeley.edu/sites/default/files/documents/syllabi/F15/soc%20120%20barlow%20F2015.pdf> >

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

estableciendo una racionalidad con arreglo a fines, es decir, los inversionistas tienen la expectativa de que el Estado garantice que el inversionista se beneficie de su inversión *en la manera que ha calculado*. Consecuentemente, la actividad regulatoria y su concordancia con el derecho internacional se ha de analizar *desde sus efectos* sobre el equilibrio económico de la inversión. El accionar del Estado motivado en la protección de otros valores públicos, como el medio ambiente, se considera legítimo en la racionalidad neoliberal solo en la medida en que: 1) no afecte excesivamente el equilibrio económico de la inversión, es decir, se someta a un análisis de proporcionalidad; 2) no exista una forma alternativa para proteger dicho valor público, es decir, que obedezca a cálculos costo-efectivos; 3) las medidas no sean discriminatorias; y 4) el proceso para la protección de dicho valor sea inequívoco.

A simple vista, puede parecer justo que se exijan dichas condiciones para justificar la afectación a la inversión, no obstante, existe un problema deontológico: que el enfoque basado en los efectos de la regulación tiene como consecuencia establecer como prioridad máxima el equilibrio económico de la inversión, por encima de cualquier otro valor, como lo es la protección ambiental.

Para ilustrar mi argumento, cabe recordar el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos*, donde el Tribunal aplicó un estudio de dos fases para determinar si las medidas de México constituían una expropiación indirecta o no. En la primera fase estudió los efectos de la medida sobre el valor económico de la inversión, y explica que

“medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad de facto si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que toda manera de explotarlos ha desaparecido(...)”.³⁷⁵

Y añade que

“La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quién detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquéllos; y la forma bajo la cual se presenta la medida que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto”.³⁷⁶

En la segunda fase, el Tribunal señala que “la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad”.³⁷⁷ Y añade que la necesaria deferencia debida al Estado, no impide juzgar su actuación sobre la base de su razonabilidad en relación con el fin perseguido, la privación económica causada, y las expectativas legítimas de quién lo sufrió. El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la

³⁷⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) párr. 116.

³⁷⁶ *Idem*.

³⁷⁷ *Ibid.*, párr. 122.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio.³⁷⁸ En otras palabras, sometió la medida a un análisis de costo-beneficio y entendió que el beneficio ambiental no era igual o mayor, al menos desde su perspectiva, al costo que tenía la medida sobre la inversión. Desde el enfoque neoliberal, lo determinante para conocer si una medida ambiental es proporcional o no, no es la efectividad de la medida para alcanzar el interés público perseguido (en este caso la salud pública, la democracia y la protección ambiental), sino los efectos de la medida sobre la inversión. De ello deriva que la inversión extranjera es más valiosa que el medio ambiente y la sociedad.³⁷⁹

Este enfoque también se observa en el mismo caso *S.D. Myers Inc. v. el Gobierno de Canadá*, donde el Tribunal afirmó que el objetivo ambiental "indirecto" de asegurar la continuidad de la capacidad nacional de eliminar los PCBs y los desechos de PCBs era legítima, pero la medida de Canadá de prohibir los movimientos transfronterizos de desechos tóxicos era contraria al TLCAN porque, a su juicio, Canadá habría podido alcanzar ese objetivo a través de otras medidas menos nocivas para el inversionista.³⁸⁰ Esta interpretación, sin embargo, podría ir contra del enfoque ecosistémico donde posiblemente la opción más costo-eficiente no es la más adecuada para el medio ambiente o en contra de la democracia ambiental donde, el público puede elegir una opción de protección ambiental más acorde a sus valores, sin ser la opción más favorable para el inversionista.³⁸¹

El aumento de AII con disposiciones amplias y las interpretaciones expansivas de los Tribunales sobre el contenido de las protecciones de los inversionistas, aunados a análisis costo-eficiencia donde el equilibrio económico de la inversión es superior al objetivo ambiental perseguido, produjo una inversión entre la regla y la excepción respecto a la soberanía del Estado y la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

La regla general es que el Estado puede regular dentro de su territorio a todas las personas, recursos naturales y las actividades como mejor considere, como un atributo de su soberanía, sin incurrir en responsabilidad internacional, excepto que el Estado haya consentido limitar su soberanía a través de un tratado internacional

³⁷⁸ *Idem*.

³⁷⁹ Ver: M. ANGLÉS HERNÁNDEZ, "La responsabilidad internacional ante la expropiación indirecta: inversión extranjera v. medio ambiente" en A. C. MOREIRA y R. PRIETO SANJUÁN (dirs.), *Responsabilidad internacional del Estado y medio ambiente. Un debate urgente* (Sociedad Latinoamericana de Derecho Ambiental – Pontificia Universidad Javeriana 2016) pp. 363-400.

³⁸⁰ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Second Partial Award (21 October 2002) párr. 195.

³⁸¹ Ver caso *Bilcon v. Canadá* en el "ANEXO 1 – Presentación de tres casos ilustrativos de la intersección entre los arbitrajes inversionista-Estado y los derechos procedimentales ambientales" de esta tesis, donde describo precisamente este escenario donde la población, durante un proceso de participación pública ambiental pidió al gobierno no proceder con un proyecto de minería para proteger un área ecológicamente sensible, muy valorada por la población.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

y haya incumplido con el compromiso que hiciera.³⁸² El DIIE neoliberal fue logrando que las conductas o “medidas” del Estado que tuvieran efectos sobre el equilibrio de la inversión extranjera fueran contrarias a los AII por regla general, salvo que se pudieran encuadrar *perfectamente* en alguna otra obligación internacional (ambiental), alguna excepción en el AII o una defensa como la de *poderes de policía*, y siempre y cuando dichas medidas se sometieran a la racionalidad de costo-eficiencia, proporcionalidad, no discriminación y debido proceso.³⁸³

Esta inversión de la regla tuvo como consecuencia final un descontento con el DIIE y la crisis del régimen. El discurso global relativo a los impactos del DIIE sobre la protección del medio ambiente o el desarrollo sostenible se encuadró como un problema de “limitación excesiva del derecho de los Estados a regular en el interés público”. Por tanto, las soluciones que se fueron presentando posteriormente se centraron en establecer excepciones ambientales o detallar el contenido de las protecciones de las inversiones extranjeras, sin afectar en nada la racionalidad neoliberal de costo-eficiencia, el enfoque basado en los efectos de la regulación sobre las expectativas de ganancia de la inversión, ni la internacionalización de las diferencias relacionadas con las inversiones.³⁸⁴

5. Crisis, incertidumbre y cambios: cuestionamiento del régimen

En este apartado, me referiré únicamente y de manera breve a algunos cambios y reacciones que se observaron entre el año 2007 y el año 2012, año que identifico como el inicio del proceso de reforma para un nuevo DIIE para el desarrollo sostenible. El período comprendido entre 2015 y 2021 se abarca en el capítulo 3.

Se tiene conocimiento de que entre 1990 -año en que se emitió el primer laudo- y 2007 los arbitrajes inversionista-Estado alcanzaron los 300 casos.³⁸⁵ Durante este período el DIIE comenzó a tomar la forma que acabo de describir y más inversionistas se volvieron conscientes de la posibilidad de buscar indemnizaciones a través del arbitraje inversionista-Estado. Al explotar la crisis financiera y global mundial a mediados de 2007 y principios de 2008, los Estados se vieron obligados a tomar medidas regulatorias en muy diversos sectores, dando como resultado un

³⁸² CPJI, *Case of The S.S. "Lotus" (French Republic v. Turkish Republic) Judgement* (7 September 1927) *PCIJ Series A: Collection of Judgements (1923-1930)* No. 10, p. 19.

³⁸³ Una visión más detallada y matizada se encuentra en el análisis de Viñuales en: J. VIÑUALES, “Sovereignty in Foreign Investment Law” en J. E. VIÑUALES, Z. DOUGLAS and J. PAUWELYN (eds.) *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (Oxford University Press 2014) p. 318.

³⁸⁴ Este argumento se desarrolla a fondo en el Capítulo 3 “CAPÍTULO 3 Reforma del derecho internacional de la inversión extranjera”.

³⁸⁵ UNCTAD, “World Investment Report 2015...”, cit., p. 106. Debido a los orígenes de arbitraje privado, es posible que existan casos de arbitraje, especialmente los basados en contratos, que no se hayan hecho del conocimiento del público por la existencia de cláusulas de confidencialidad dentro de los contratos.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

aumento aún más acelerado de demandas de inversiones.³⁸⁶ Entre 2007 y 2020 se registraron más de 1104 arbitrajes de inversiones.³⁸⁷

El aumento de demandas de arbitraje trajo aparejada una creciente diversidad de enfoques de los Tribunales, algunos de ellos más reservados y más deferentes con

³⁸⁶ L. T. WELLS, "Backlash to Investment Arbitration: Three Causes" en M. WAIBEL et. al. (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) p. 341.

³⁸⁷ Ver la base de datos sobre los arbitrajes inversionista-Estado gestionado por la UNCTAD. UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator" < <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>. Una buena cantidad de países desarrollados experimentaron demandas inversionista-Estado y adquirieron consciencia de las implicaciones de los AII sobre su propia soberanía. Por ejemplo, luego de la crisis España recibió más de 51 reclamaciones de inversiones conocidas, muchas de ellas responden a los cambios regulatorios en el régimen de subsidios a las energías renovables de 2010. Ver: *The PV Investors v. the Kingdom of Spain*, PCA Case No. 2012-14; *Charanne B.V. y Constructions Investments S.A.R.L. v. El Reino de España*, Arbitraje No. 062/2012; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/39; *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxemburg S.A.R.L. V. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36; *CSP Equity Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, SCC (caso sin acceso para el público); *Infrastructure Services Luxemburg S.A.R.L. and Energía Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31; *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/34; *RENERGY S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/18; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1 (caso sin acceso para el público); *InfraRed Environmental Infrastructure and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/12; *Watkins Holdings S.A.R.L. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/44; *STEAG GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/4; *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1; *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38; *Solarpark v. Kingdom of Spain* (caso sin acceso al público); *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/36 (caso sin acceso al público); *Novenergia II- Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. the Kingdom of Spain*, SCC Arbitration (2015/063); *Landesbank Baden-Württemberg et. Al. V. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/45; *KS Invest GmbH and and TLS Invest GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/25; *Mathias Kruck and others v. the Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23; *JGC Holdings Corporation (formerly JGC Corporation) v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/27; *Hydro Energy 1 and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/42 (caso sin acceso al público); *Foresight Luxembourg Sola 1 S.A.R.L., et. al. v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/150; *E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH and E.ON Iberia Holding GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/35; *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20; *Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/34; *Baywa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16; *Alten Reveable v. Kingdom of Spain* (caso sin acceso al público); *9REN Holding S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/15; *Infracapital F1 S.A.R.L. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18; *Green Power and Obton v. Kingdom of Spain* (caso sin acceso al público); *Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/4; *EDF v. Kingdom of Spain* (caso sin acceso al público); *Sevilla Beheer and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27; *Corcoesto v. Kingdom of Spain* (caso sin acceso al público); *Sun-Flower Olmeda GmbH & Co KG and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/17 (pediente de resolución); *Triodos SICAV II v. Kingdom of Spain* (caso sin acceso al público); *Portigon A.G. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/17/15; *FREIF Eurowind v. Spain* (caso sin acceso al público); *DCM EnergyGmbH & Co. Solar 1 KG and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/17/41; *Antonio del Valle Ruiz et. al. v. Kingdom of Spain*, UNCITRAL; *Itochu Corporation v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/18/25; *GBM Global et. al. v. Kingdom of Spain*, ICSID (aún sin número); *European Solar Farms A.S. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/18/45; *EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) and Tibo Sol PE2 S.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/18/42; *VM Solar Jerez GmbH and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/19/30; *Saptec, S.A. V. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/19/23; *Canepa Green Energy Opportunities I, S.A.R.L. and Canepa Green Energy Opportunities II, S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/19/4.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

la soberanía de los Estados. Por ejemplo, en el caso *Saluka Investments BV vs. Czech Republic*, el Tribunal señaló que la interpretación del estándar FET hecha en *Tecmed* puede resultar en obligaciones “inapropiadas e irreales” para los Estados receptores.³⁸⁸ Y además explicó que la legitimidad de las expectativas de los inversionistas debe ser analizada a la luz de las circunstancias prevalecientes en el Estado receptor,³⁸⁹ en otras palabras, se debía tomar en cuenta su grado de desarrollo, capacidades, situación económica y política, entre otras cosas.

También, en algunos casos los Tribunales tomaron en cuenta la legalidad de las inversiones como un requisito para su protección en el arbitraje de inversiones.³⁹⁰ Por ejemplo, en *World Duty Free Co Ltd. V. Republic of Kenya* el inversionista buscó el cumplimiento de un contrato que se obtuvo a través de pagos ilegales al entonces presidente de Kenia. El Tribunal desechó la reclamación del inversionista argumentando que tanto el derecho internacional, como el derecho de Kenia y de Inglaterra consideraban la corrupción como un acto ilegal y, por tanto, el Tribunal no podía ordenar la ejecución del contrato.³⁹¹

Además, la sociedad civil también buscó obtener acceso a la información relativa a los casos arbitrales e involucrarse en los procedimientos como *amicus curiae* para defender el interés público involucrado en las medidas impugnadas, logrando impulsar un debate sobre la necesidad de abrir los procesos al público para su escrutinio.³⁹²

³⁸⁸ *Saluka Investments BV v. the Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006) párr. 304. Ver también: *BG Group Plc. V. Republic of Argentina*, UNCITRAL, Award (24 December 2007) párr. 298; *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31 October 2011); *Mobil Exploration and Development Inc. Sec. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability (10 April 2013) párr. 950; *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on the Remaining Issues on Jurisdiction and Liability (12 September 2014) párr. 560, 593; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award (25 November 2015) párr. 165; *South American Silver Limited v. Estado Plurinacional de Bolivia*, CPA Caso No. 2013-15, Laudo (30 de agosto 2018) párr. 648.

³⁸⁹ *Saluka Investments BV v. the Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006) párr. 305; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award (27 August 2009) párr. 192. Ver también. R. KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law...*, cit., p. 97.

³⁹⁰ J. E. VIÑUALES, “Investor Diligence in Investment Arbitration...”, cit., pp. 346-370.

³⁹¹ *World Duty Free Co Ltd. V. Republic of Kenya*, ICSID Case No. Arb/00/7, Award (4 October 2006) párr. 142, 157. Cabe mencionar que este caso tuvo como base un contrato y no un tratado. Para consultar un análisis sobre los casos de arbitraje donde se han hecho alegaciones de corrupción en las inversiones Ver: A. J. MENAKER, “The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations” (2010) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 25, No. 1, pp. 67-75; C. B. LAMM, B. K. GREENWALD y K. M. YOUNG, “From World Duty Free to Metal-Tech: A review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption” (2014) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 29, No. 2, pp. 328-349.

³⁹² N. BLACKABY y C. RICHARD, “Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?” en M. WAIBEL et. al. (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) p. 253; A. KAWHARU, “Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae” en M. WAIBEL et. al. (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) p. 275. Ver capítulo 4 de esta misma obra.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

El aumento exponencial de casos de arbitraje hizo visibles las debilidades estructurales del régimen que, lejos de crear certeza jurídica para los Estados y los inversionistas, produjo incertidumbre³⁹³ y favoreció el surgimiento de un mercado especulativo de demandas inversionista-Estado para obtener indemnizaciones del Estado.³⁹⁴

Algunas de las debilidades del régimen son:

- 1) la fragmentación interna del DIIE, que se conforma de un total de 3246 AII³⁹⁵, con distintos niveles de protección que se superponen y facilitan el *treaty shopping* (ver sección 4.2.2. y 4.3);
- 2) la ausencia de un órgano permanente de resolución de controversias, lo cual facilita que los abogados especializados en la materia funcionen como representantes de alguna de las partes en algunas diferencias y como árbitros miembros del Tribunal en otros;³⁹⁶
- 3) la ausencia de un mecanismo de apelación que pudiese revisar los laudos arbitrales;³⁹⁷

Las primeras reacciones que se observaron por parte de los Estados incluyen: 1) la elaboración de nuevos modelos de tratados de inversiones "recalibrados" para la negociación de futuros AII, incluyendo cláusulas ambientales y otras excepciones; 2) la denuncia del CIADI;³⁹⁸ y 3) la aplicación de doctrinas o defensas

³⁹³ R. POLANCO, "The Rise of and Backlash against Investor-State Arbitration," in R. POLANCO (ed.) *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: Bringing Back Diplomatic Protection?* (Cambridge University Press 2019) p. 30.

³⁹⁴ R. JONES, "Company v. Country", *BBC Radio 4* (30 March 2015) <<https://www.bbc.co.uk/programmes/b05ntj7p>>.

³⁹⁵ A diciembre 2021, se tiene conocimiento de 3246 AII, de los cuales 2826 son APPRI y 420 son Tratados con disposiciones relativas a las inversiones. Ver: UNCTAD, "International Investment Agreements Navigator" < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>>.

³⁹⁶ Donaubauer, Neumayer y Nunnenkamp demostraron que el número de veces que un abogado ha fungido como representante de una de las partes (e.g. número de veces que ha representado a un inversionista o a un Estado), tiene una influencia en el resultado del arbitraje cuando ese mismo abogado funciona como árbitro en otro caso. Según los autores se comprueba tanto un sesgo pro-inversionista y como un sesgo pro-Estado. Ver: J. DONAUBAUER, E. NEUMAYER y P. NUNNENKAMP, "Winning or losing in investor-to-state dispute resolution: The role of arbitrator bias and experience" (2018) *Review of International Economics* Vol. 26, No. 4, pp. 892-916. También ver: P. NUNNENKAMP, "Investor-state dispute settlement: Are arbitrators biased in favor of claimants?" (2015) *Kiel Policy Briefs* Vol. 105 <https://www.ifw-kiel.de/fileadmin/Dateiverwaltung/IfW-Publications/-ifw/Kiel_Policy_Brief/Kiel_Policy_Brief_105_.pdf>; S. LUTTRELL, "Bias Challenges in Investor-State Arbitration: Lessons from International Commercial Arbitration" en C. BROWN y K. MILES (eds) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011) p. 445-482.

³⁹⁷ S. D. FRANK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions" (2005) *Fordham Law Review* Vol. 73, No. 4, p. 1521.

³⁹⁸ En 2001, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió las Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI, que abarcaron dos cuestiones: a) intentaron "delimitar" el contenido del estándar FET al establecer que no supone un trato más favorable que aquél requerido por el nivel

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

en el arbitraje de inversiones para proteger las medidas en el interés público, tales como las doctrinas de los poderes de policía, las de estado de emergencia y las de estado de necesidad.³⁹⁹

Algunos países comenzaron a identificar ajustes que podrían hacer en futuros AII, desarrollando unos tratados modelo sobre los cuales negociar con las contrapartes. Italia,⁴⁰⁰ India,⁴⁰¹ EEUU⁴⁰² y Canadá⁴⁰³ fueron de los primeros países en desarrollar dichos modelos.⁴⁰⁴ Por ejemplo, con el fin de reducir los riesgos de arbitraje asociados con el estándar FET, el tratado modelo de EEUU de 2004 y 2008 vinculó el estándar FET con el trato mínimo internacional consuetudinario, además de incluir un listado orientador de su contenido:

"Article 5: Minimum Standard of Treatment"

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world;".⁴⁰⁵

Asimismo, a partir de 2008, tanto los tratados modelo como los nuevos AII fueron integrando, gradualmente, algunas disposiciones para proteger el derecho a

mínimo de trato del derecho consuetudinario; y b) abrieron la puerta para mejorar la transparencia en el arbitraje inversionista Estado, al comprometer a las Partes a hacer públicos los documentos relativos a los arbitrajes. Comisión de Libre Comercio del TLCAN. Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI (2001) <http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_s.asp>.

³⁹⁹ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., pp. 367-390.

⁴⁰⁰ 2003 Italian Model Agreement on the Promotion and Protection of Investments. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ITALY%202003%20Model%20BIT%20.pdf>>.

⁴⁰¹ 2003 Indian Model Agreement for the Promotion and Protection of Investments. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1026.pdf>>.

⁴⁰² 2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty <https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf>.

⁴⁰³ 2004 Canada Model Agreement for the Promotion and Protection of Investments <<https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>.

⁴⁰⁴ Un estudio detallado de la evolución de los tratados modelo y su importancia en la formación del derecho internacional de la inversión extranjera se encuentra en: C. BROWN, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press 2013).

⁴⁰⁵ 2004 U.S. Model, cit., sin página.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

regular de los Estados en materia ambiental.⁴⁰⁶ El lenguaje ambiental de ese período se divide en las siguientes categorías:

1. Preámbulos que establecen que la protección del medio ambiente es una preocupación de las Partes en el tratado;⁴⁰⁷
2. Reservar espacio para la regulación ambiental que aplica a todas las protecciones contenidas en el tratado;⁴⁰⁸
3. Reservar espacio regulatorio con respecto a disposiciones del tratado concretas (ej. Cláusulas de requisitos de desempeño);⁴⁰⁹
4. Excluir las regulaciones no discriminatorias de aplicación general del alcance de la expropiación indirecta;⁴¹⁰
5. Disposiciones relativas a las medidas ambientales y el arbitraje inversionista-Estado;⁴¹¹ y

⁴⁰⁶ K. GORDON y J. POHL, "Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey" (2011) *OECD Working Paper* 2011/01 <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7scrjh-en>> p. 8; J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law...*, cit., pp. 9-14.

⁴⁰⁷ En este tipo de referencias ambientales se reconoce que los objetivos de la protección de la inversión extranjera deben ser congruente con los objetivos de los Estados de protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales. La posible significancia legal del preámbulo, según el art. 31(1)(2) del CVDT, es el de establecer el contexto para la interpretación del tratado y ofrecer información sobre el objeto del tratado. En la práctica, al menos hasta 2015, los laudos arbitrales han prestado poca atención a los objetivos ambientales mencionados en los preámbulos de los tratados. Ver: C. L. BEHARRY y M. E. KURITZKY, "Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration" (2015) *American University International Law Review* Vol. 30, No. 3, p. 383.

⁴⁰⁸ Se expresan a través de una serie de herramientas, como excepciones generales y reservas. Por ejemplo, algunos casos utilizan excepciones similares a las del Art. XX del General Agreement on Trade Tariffs (GATT):

"Provided that such measures are not applied in a manner that could constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or enforcing measures necessary: ... to protect human, animal, or plant life or health..."

Ver: K. GORDON y J. POHL, "Environmental Concerns in International Investment Agreements...", cit., p. 15.

⁴⁰⁹ Este tipo de cláusulas son menos frecuentes y delimitan la aplicación de la reserva ambiental a: i. requisitos de desempeño; ii. Excepciones sobre el trato nacional u otros. Ver: K. GORDON y J. POHL, "Environmental Concerns in International Investment Agreements...", cit., p. 19.

⁴¹⁰ Para tener mayor claridad y seguridad sobre lo que no está incluido dentro de las protecciones del tratado, algunos Estados han optado por introducir cláusulas que excluyen ex ante la aplicación del tratado a medidas o decisiones de los Estados que no sean discriminatorias en materia ambiental. Por tanto, si se invocan exitosamente las excepciones, las medidas ambientales de los Estados no pueden considerarse violatorias del AII y no nace la obligación de compensación.

⁴¹¹ Existen distintos tipos de enfoques, mientras algunos AII incluyen cláusulas procesales sobre el uso de expertos en el arbitraje inversionista-Estado para reportar cuestiones fácticas cuando alguna de las partes hace alegaciones relacionadas con el medio ambiente; otros directamente excluyen medidas ambientales del consentimiento al arbitraje inversionista-Estado. Ver: C. L. BEHARRY y M. E. KURITZKY, "Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration...", cit., p. 383.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera

6. la disuasión de relajar los estándares ambientales para atraer la inversión extranjera.⁴¹²

Otros Estados respondieron ante esta incertidumbre a través de la denuncia del Convenio del CIADI. Algunos ejemplos se vieron en América Latina con Bolivia, que el 2 de mayo de 2007 notificó la denuncia al CIADI, la cual produjo efecto el 3 de noviembre del mismo año; Ecuador notificó la denuncia del Convenio el 6 de julio de 2009 y surtió efecto el 7 de enero de 2010.⁴¹³

Hasta el año 2012, aproximadamente, las reacciones al DIIE fueron aisladas y relativamente desordenadas, pero a partir de ese año la UNCTAD se dio a la tarea de proponer un cambio de visión y de objetivo en el régimen del DIIE más enfocado a *promover el desarrollo sostenible*.⁴¹⁴ Aunque el desarrollo sostenible formaba parte de la agenda política global desde hacía ya varias décadas, la comunidad epistémica de la inversión extranjera rara vez se refirió al desarrollo sostenible, ni como un objetivo del régimen ni como un principio que balanceara la protección del ambiente con la protección de las inversiones.⁴¹⁵

Así pues, el año 2012 marcó un cambio importante. La UNCTAD publicó la primera versión del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (MPIDS), que consiste en un conjunto de principios orientadores para el diseño de políticas nacionales de inversiones y la negociación de AII que promuevan el desarrollo sostenible.⁴¹⁶ El Marco pretende servir de guía para los países al actualizar o negociar nuevos AII, leyes de inversiones y otros instrumentos de política relevantes para las inversiones extranjeras.

⁴¹² K. GORDON y J. POHL, "Environmental Concerns in International Investment Agreements...", cit., p. 19.

⁴¹³ Sobre las denuncias y sus efectos. Ver: UNCTAD, "Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims" (2010) *IIA Issues Note* No. 2.

⁴¹⁴ Ver: UNCTAD, "World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies" (2012).

⁴¹⁵ En realidad, apenas en los últimos años comenzamos a ver mayores referencias al desarrollo sostenible en los laudos arbitrales o en las opiniones disidentes de algún árbitro. Ver: *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Philippe Sands's Partial Dissenting Opinion, Award (30 November 2017) párr. 10. También ver: S. PRELLER BORQUEZ, "The Strategic Use of Sustainable Development to Adequately Address Social and Environmental Issues in Disputes Involving Transnational Companies", Tesis Doctoral (Universitat Pompeu Fabra 2020).

⁴¹⁶ El Marco fue actualizado en el año 2015 y en 2018 con las experiencias generadas durante los primeros años de su aplicación. Ver: UNCTAD. "Investment Policy Framework for Sustainable Development" (2012). Disponible en <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf>; y la reseña de la versión de 2015 se puede consultar en: UNCTAD. "Investment Policy Hub" <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-framework>>. Ver también: J. Weber and C. Titi, "UNCTAD's Roadmap for IIA Reform of Investment Dispute Settlement" (2015) *New Zealand Business Law Quarterly* Vol. 21, No. 4, p. 319-327, 320; UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime" (United Nations, 2018) p. 22.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández

CAPÍTULO 2

El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible: discursos, realidades y oportunidades

En el capítulo anterior expuse que luego de la larga historia de desacuerdos y desaveniencias entre los Estados exportadores de capital y los importadores de capital sobre el derecho que regula las inversiones aextranjeras y de la gran crisis de legitimidad del DIIE, el régimen intenta justificarse y mantenerse bajo la promesa de aumentar el flujo de inversiones internacionales para financiar el desarrollo sostenible de los Estados anfitriones.

En este capítulo me dedico a analizar la correlación entre la inversión extranjera y el desarrollo sostenible y, sobre esa base, reflexiono sobre el rol del DIIE para cumplir con la promesa de financiar el desarrollo sostenible.

Comienzo por hacer una breve aproximación al concepto de desarrollo sostenible, mostrando que hay una gran variedad de interpretaciones posibles de este concepto que determinan el rol y enfoque que se da a las actividades económicas en la protección del medio ambiente. Seguido, identifico a qué interpretación parece adherirse la comunidad internacional y expongo cómo el discurso político global justifica la existencia del DIIE con el argumento de que la inversión extranjera es un medio necesario para financiar el desarrollo sostenible. Después, analizo las teorías relativas a los efectos de la inversión extranjera sobre el medio ambiente en los países anfitriones, así como la evidencia científica que las confirma o las contradice, con la finalidad de determinar la promesa de que los AII neoliberales y el arbitraje inversionista-Estado son una pieza clave para la canalización de inversiones extranjeras en el desarrollo sostenible. Este ejercicio confirma que la inversión extranjera podría ayudar a financiar el desarrollo sostenible únicamente se le regula adecuadamente y que la liberalización/desregulación de las inversiones puede acelerar y agravar la degradación ambiental. Finalmente, basándome en este hallazgo, propongo algunos cambios que deberían incluirse en los AII para cumplir con la promesa de acelerar o financiar el desarrollo sostenible.

1. Aproximación al desarrollo sostenible

El concepto de desarrollo sostenible consta de cuatro pilares: el crecimiento económico, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la paz.⁴¹⁷ La

⁴¹⁷ Originalmente el concepto únicamente contaba con tres pilares: el económico, el ambiental y el social. La paz se insertó en 2015, en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Ver: PNUMA, "Environmental Rule of Law: First Global Report" (2019) p. 1.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

forma en que se aborden cada uno de los primeros tres elementos y sus interacciones da lugar a diversas interpretaciones de este concepto.⁴¹⁸

Desde la publicación del reporte del Club de Roma *Los límites del crecimiento* en 1972,⁴¹⁹ la relación entre el crecimiento económico y la protección y conservación de los ecosistemas del planeta ha sido un asunto controvertido. Se pueden distinguir dos grandes posiciones: a) los críticos al crecimiento; y b) los pro-crecimiento. Los primeros veían el crecimiento económico como opuesto al equilibrio ecológico, dando lugar al *enfoque ecologista* de la sostenibilidad;⁴²⁰ y los segundos creían que el crecimiento económico es una condición necesaria para el éxito de la protección ambiental, dando lugar al *enfoque ambientalista*.⁴²¹

Estos enfoques admiten más matices al considerar el elemento social en el desarrollo sostenible. Las posiciones varían a lo largo de un continuo entre la *sustentabilidad social limitada*, y en un extremo, y la *co-evolución sociedad-naturaleza*, en el otro extremo.⁴²²

En el extremo de la *sustentabilidad social limitada*, el elemento social se entiende como sinónimo de *pobreza*, la cual importa en la medida en que ésta afecta la gestión sostenible de los recursos naturales. Las personas que viven en condiciones de pobreza se ven forzadas a explotar los recursos para la supervivencia, dicha explotación degrada el medio ambiente y los lleva a un mayor empobrecimiento. Cuando este bucle llega al extremo, las personas se ven forzadas a dejar sus hogares para trasladarse a tierras frágiles o a las ciudades donde viven en condiciones aún más marginales. Bajo esta premisa, el crecimiento económico es el principal vehículo para resolver la problemática ambiental porque permite reducir la pobreza y, en consecuencia, reducir la degradación ambiental.⁴²³

⁴¹⁸ Un estudio temprano sobre los distintos conceptos de "desarrollo sostenible" es: S. LÉLÉ, "Sustainable Development: A Critical Review" (1991) *World Development* Vol. 19, No. 6, pp. 607-621. También ver: G. FOLADORI y H. TOMMASINO, "El concepto de desarrollo sostenible treinta años después" (2000) *Desenvolvimiento e Meio Ambiente* Vol. 1, p. 41; K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance* (Ashgate 2008) p. 26.

⁴¹⁹ D. H. MEADOWS, et. al., *Los límites del crecimiento. Informe al Club de Roma sobre el predicamento de la humanidad* (Fondo de Cultura Económica 1972) p. 35.

⁴²⁰ Algunos autores que tomaron esta posición: E. GOLDSMITH, ET. AL., *Blueprint for Survival* (Tom Stacey 1972); E. GOLDSMITH, *The Way: An Ecological Worldview* (Rider 1992); R. BAHRO, *Avoiding Social and Ecological Disaster: The Politics of World Transformation: An Inquiry into the Foundations of Spiritual and Ecological Politics* (Gateway 1994).

⁴²¹ Algunos autores que tomaron esta otra posición son: W. BECKERMAN, *In Defense of Economic Growth* (Jonathan Cape 1974); D. PIERCE, A. MARKANDYA y E. B. BARBIER, *Blueprint for a Green Economy* (Earthscan 1974); P. BARTELMUS, *Environment, Growth and Development: The Concepts and Strategies to Sustainability* (Routledge 1994).

⁴²² G. FOLADORI y H. TOMMASINO, "El concepto de desarrollo sustentable treinta años después...", cit., p. 46.

⁴²³ *Ibid.*, p. 46. Sobre una crítica a este enfoque, ver: A. DOBSON, *Justice and the Environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice* (Oxford University Press 1998) p. 12. También ver: J. MARTÍNEZ-ALIER, *De la economía ecológica al ecologismo popular* (2nd ed., Icaria Editorial 1994) p. 106.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

En el extremo opuesto, el de la *co-evolución sociedad-naturaleza*, los seres humanos son una parte integral de los ecosistemas, por lo que sus interrelaciones y su organización social tienen efectos no lineales y complejos sobre el entorno abiótico y otros seres vivos y viceversa.⁴²⁴ Bajo esta perspectiva, la problemática ambiental necesariamente implica la transformación de las relaciones sociales, atendiendo las *causas* del desempleo, la pobreza, el hambre y las desigualdades sociales, procurando una gestión o utilización de la biodiversidad que sea acorde a los límites planetarios y la integridad de los ecosistemas.⁴²⁵

La adopción de uno u otro enfoque determina la elección de las respuestas para avanzar hacia el desarrollo sostenible y, en consecuencia, también supone el establecimiento de una prioridad entre los tres elementos. En el caso de la *sustentabilidad social limitada*, las respuestas preferidas serán especialmente técnicas, es decir, la inversión para la investigación y desarrollo de tecnologías más limpias y eficientes, energías renovables, así como infraestructura y servicios, que favorezcan la generación de empleos y la satisfacción de necesidades básicas de las personas. Con ello se reduce la pobreza y, consecuentemente, también la degradación ambiental. De esta manera, el crecimiento económico se percibe como *el* elemento habilitador para la solución de las problemáticas sociales y ambientales y, por tanto, como *la prioridad* para el desarrollo sostenible.⁴²⁶

En el caso de la *co-evolución sociedad-naturaleza*, las respuestas preferidas serán aquellas que aborden las causas de raíz de las desigualdades sociales y la sobre-explotación de los recursos naturales, y no sólo aquellas enfocadas en resolver los efectos del capitalismo global con soluciones técnicas.⁴²⁷ Los esfuerzos para reducir las desigualdades sociales se centran en la redistribución de la riqueza y del poder, así como la valoración y protección de los servicios de los ecosistemas para

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 46. Sobre defensores de este enfoque, ver: M. E. FUENTE CARRASCO, "La economía ecológica: ¿un paradigma para abordar la sustentabilidad?" (2008) *Argumentos* Vol. 21, No. 56, pp. 75-99

⁴²⁵ Este es el enfoque seguido por la Convención sobre Diversidad Biológica, en su "Enfoque por ecosistemas". Ver: CDB, "Enfoque por ecosistemas" (Secretaría del CDB 2004). Sobre este enfoque ecologista ver: J. M. NAREDO, "Economía y sostenibilidad: la economía ecológica en perspectiva" (2002) *Polis* [en línea] Vol. 2; J. MARTINEZ ALIER, "Curso de economía ecológica" (PNUMA 1998); M. GARCÍA TERUEL, "Apuntes de Economía Ecológica" (2003) *Boletín Económico de ICE* No. 2767, pp. 69-75; P. BURKETT, *Marxism and Ecological Economics. Toward a Red and Green Political Economy* (Brill 2006); J. MARTINEZ ALIER, "La crisis económica vista desde la economía ecológica" (2008) *Ecología política* No. 36 Crisis económica y financiera: la respuesta ecológica y solidaria, pp. 23-32.

⁴²⁶ Para consultar un análisis más cuidadoso y detallado sobre la relación entre pobreza y desarrollo sostenible ver: M. ANGLÉS HERNÁNDEZ, "Pobreza y desarrollo sostenible, ¿alguna relación/prelación?" en W. A. GODÍNEZ MÉNDEZ y J. H. GARCÍA PEÑA, *Derecho económico y comercio exterior. 40 años de vida académica. Homenaje al Doctor Jorge Witker* (UNAM 2015) pp. 43-66.

⁴²⁷ G. FOLADORI y H. TOMMASINO, "El concepto de desarrollo sustentable treinta años después...", cit., p. 47.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

satisfacer las necesidades humanas.⁴²⁸ Las actividades económicas deben alinearse a las capacidades de carga de los ecosistemas y las necesidades humanas deben satisfacerse a través de una redistribución de los recursos y la riqueza, por lo que, *el equilibrio ecológico* se torna como *la prioridad* para el desarrollo sostenible y los límites planetarios suponen también un límite al crecimiento económico.⁴²⁹

En resumen, las diversas perspectivas del desarrollo sostenible dependen, en gran medida, del enfoque que se tenga respecto al elemento social porque determinan las soluciones que se han de buscar y establecen una prioridad entre los tres elementos. Mientras más se limite lo social a un problema de *pobreza*, más se podrá tender hacia *respuestas técnicas* y a *priorizar el crecimiento económico*, y mientras más se tomen en cuenta las complejidades de las relaciones sociales y sus efectos sobre los ecosistemas, más se tenderá a priorizar el equilibrio ecológico, además de integrar *soluciones tanto técnicas como sociales* para resolver los problemas ambientales.

2. El desarrollo sostenible en el discurso político global

Una vez que se tiene una idea general de la amplitud del concepto de desarrollo sostenible, hay que ver cuál ha sido la tendencia dentro del discurso “oficial” de desarrollo sostenible en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En este ejercicio ya comenzaré a resaltar el rol que se atribuye a la inversión privada internacional para alcanzar el desarrollo sostenible.

El concepto de “desarrollo sostenible” se acuñó en 1987 en el *Informe Brundtland*.⁴³⁰ Dicho concepto se inclinaba al equilibrio ecológico, en el sentido de que criticaba el paso acelerado y la extensión de los impactos del desarrollo sobre la base ecológica,⁴³¹ y llamaba a una reconfiguración de la relación ser humano-Naturaleza.⁴³² Según Bosselman, podría interpretarse que al hacer un fuerte énfasis en los límites planetarios, el concepto de desarrollo sostenible del *Informe Brundtland* establecía que el equilibrio ecológico disponía los límites del crecimiento económico.⁴³³

⁴²⁸ Ver: E. LEFF, *Ecología y Capital: Racionalidad Ambiental, Democracia Participativa y Desarrollo Sustentable* (Siglo XXI/UNAM 1998); E. LEFF, *Racionalidad Ambiental: Reapropiación social de la naturaleza* (Siglo XXI 2004).

⁴²⁹ Ver: W. STEFFEN, K. RICHARDSON, J. ROCKSTRÖM, S. H. CORNELL, I. FETZET, E. M. BENNET, R. BIGGS y S. R. CARPENTER, “Planetary boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet” (2015) *Science* Vol. 347, No. 736, p.1259855.

⁴³⁰ En la traducción al español, el concepto utilizado fue “desarrollo duradero”, pero yo utilizo el de “desarrollo sostenible” por motivos de simplicidad. AGNU 42/427, “Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” (4 de agosto de 1987) párr. 1 (también conocido como “Nuestro futuro común”).

⁴³¹ *Ibid.*, párr. 3.

⁴³² *Ibid.*, párr. 93.

⁴³³ K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance...*, cit., p. 27.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

En cuanto al aspecto social, el *Informe Brundtland* no toma una posición clara. Por un lado, reconoce que es inútil tratar de resolver los problemas ambientales si no se adopta una perspectiva más amplia sobre los factores que producen la pobreza y las desigualdades a nivel internacional.⁴³⁴ Por otro lado, no llega a abordar el capitalismo como causa de la pobreza y apoya el crecimiento económico como la solución a las presiones sociales y ambientales.⁴³⁵ Se podría decir que esto dejó la puerta abierta a la posterior interpretación que se hizo del concepto como "crecimiento económico sostenido".⁴³⁶

A partir de la Declaración de Río de 1992⁴³⁷ el enfoque ecologista se fue difuminando dando lugar a una idea del "desarrollo sostenible" más confusa y con algunas trazas del pensamiento neoliberal que se estaba consolidado como el paradigma dominante de desarrollo tras la caída del Muro de Berlín.⁴³⁸ Por un lado, el Principio 3 (sobre el derecho al desarrollo)⁴³⁹ y el Principio 4 (sobre la integración

⁴³⁴ "Nuestro futuro común", p. 43. Para Common y Stagl, el enfoque del Informe Brundtland reconocía que los países desarrollados no podían seguir creciendo más allá del 1.5% anual, mientras que los países en desarrollo aún debían crecer un 3% anual para mantenerse dentro de los límites planetarios. Sin embargo, los países del norte global no querían limitar su crecimiento porque resolver el problema de la pobreza sin crecimiento, necesariamente implicaría la redistribución de la riqueza. Por tanto, el Informe de Brundtland no terminó de posicionarse en un objetivo de reducción del crecimiento de los países del Sur global y de una redistribución de la riqueza. Ver: M. COMMON y S. STAGL, *Introducción a la economía ecológica* (Reverte Editorial Sa 2008) pp. 245-254.

⁴³⁵ S. LÉLÉ, "Sustainable Development: A Critical Review...", cit., p. 611.

⁴³⁶ Martínez-Alier critica que el *Informe Brundtland* adjudicara mayor importancia a la pobreza como causa de degradación ambiental que al crecimiento económico de libre comercio. Para él, la presión de la producción sobre los recursos *para la exportación* es mayor que la presión de la población sobre los recursos para su subsistencia en los países en desarrollo. El *Informe Brundtland* falló al sostener que el crecimiento económico es bueno para dirigirnos hacia el restablecimiento de la integridad ecológica, siendo que éste conlleva al agotamiento de recursos y eso perjudica especialmente a las personas que ya se encuentran en situación de marginación y pobreza, creando aún mayor degradación ambiental y desigualdad. Ver: J. MARTÍNEZ-ALIER, *De la economía ecológica al ecologismo popular...*, cit., pp. 87-130. Sobre el concepto del desarrollo sostenible a lo largo del tiempo ver: A. J. RODRIGO HERNÁNDEZ, "El concepto del desarrollo sostenible en el derecho internacional" (2006-2007) *Agenda ONU: Anuario para la Asociación de las Naciones Unidas para España* No. 8, pp. 159-214; J. E. VIÑUALES, "The Rise and Fall of Sustainable Development" (2013) *Review of Comparative and International Environmental Law* Vol. 22, No. 1, pp. 3-13; A. CARDESA-SALZMAN y A. PIGRAU SOLÉ, "La agenda 2030 y los objetivos para el desarrollo sostenible: una mirada crítica sobre su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental" (2017) *Revista Española de Derecho Internacional* Vol. 69, No. 1, pp. 279-285.

⁴³⁷ ONU, "Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo" Vol. I Resoluciones aprobadas por la Conferencia (3 al 14 de junio de 1992) ("Declaración de Río")

⁴³⁸ K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance...*, cit., p. 31.

⁴³⁹ Principio 3 "El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras." Este principio establece como límite, guía o condición del desarrollo que se satisfagan equitativamente las necesidades de desarrollo y las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Tanto Bosselman como Molinari coinciden en que la inclusión de las "necesidades ambientales de las generaciones presentes y futuras" tenía la intención de resaltar tanto la equidad inter-generacional como la necesidad de la protección ambiental, es decir, que el desarrollo que se buscara debía estar dentro de las capacidades de los ecosistemas de la tierra. Ver: K. BOSSELMANN, *The Principle of*

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

de la protección ambiental como parte del proceso de desarrollo)⁴⁴⁰ se podrían interpretar como que establecían una prioridad a favor de la integridad de los ecosistemas, dado que la integración entre los distintos intereses debe darse siempre dentro de los límites ecológicos.⁴⁴¹ Por otro lado, el Principio 12 (sobre comercio y medio ambiente)⁴⁴² y el Principio 16 ("el que contamina paga")⁴⁴³ podrían significar que se da prevalencia al crecimiento económico porque establecen que la protección ambiental no debe suponer una distorsión del libre comercio o de las inversiones. Estos dos últimos principios promueven el libre mercado y la adopción de métodos voluntaristas para la internalización de costos

Sustainability: Transforming Law and Governance..., cit., p. 36; C. MOLINARI, "Principle 3: From a Right to Development to Intergenerational Equity" en J. E. VIÑUALES (ed.) *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary* (Oxford University Press 2015) pp. 141-143.

⁴⁴⁰ Principio 4 "A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deber constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada." Voigt considera la piedra angular del desarrollo sostenible es el principio de integración que llama al ejercicio de equilibrio y balance de los tres elementos en cada caso concreto durante la implementación del desarrollo sostenible. Y argumenta también que la integración ya está sucediendo en los tratados internacionales. Ver: C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts Between Climate Measures and WTO Law* (Martinus Nijhoff Publishers 2009) p. 35-41.

Una discusión más detallada y reciente se puede consultar en: P. PRELLER BÓRQUEZ, *The Strategic Use of Sustainable Development...*, cit. no. 402; y J. E. VIÑUALES, "Sustainable Development in International Law" en L. RAJAMANI y J. PEEL (eds.) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2nd ed. Oxford University Press 2021).

⁴⁴¹ K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance...*, cit., p. 36; C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law...*, cit., pp. 38-41.

⁴⁴² Principio 12 "Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional". Se podría argumentar que este principio recoge la ideología neoliberal en el sentido que asume que el libre comercio se debe proteger porque es el camino al desarrollo de los Estados y que el crecimiento económico permitirá resolver de mejor manera los problemas de degradación ambiental. Este principio, además, busca evitar que la protección del medio ambiente se utilice de manera "arbitraria" para limitar el comercio, que se podría interpretar que otorga prioridad del crecimiento económico sobre la protección ambiental. Ver: M. A. Young, "Principle 12: The Environment and Trade" in J. E. Viñuales (ed) *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (Oxford University Press 2015) p. 329.

⁴⁴³ Principio 16 "Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.". Se dice que la visión neoliberal de este principio se encuentra en tres elementos: a) el lenguaje voluntarista de la internalización de costos ambientales y sociales; b) en el hecho de hablar de "costos ambientales" porque asume que todo daño se puede cuantificar en dinero y se puede arreglar con pagos económicos; y c) en que en la aplicación de este principio se debe cuidar que no se distorsione el comercio ni las inversiones extranjeras. Sobre este principio. Ver: P. SCHWARTZ, "Principle 16: The Polluter-Pay Principle" en J. E. VIÑUALES (ed) *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (Oxford University Press 2015) p. 433.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

ambientales y sociales, lo que muestra una confianza en que el mercado encontrará la mejor solución a la problemática.⁴⁴⁴

Con todo ello, en la Declaración de Río se estaba pasando del enfoque un poco ecologista del *Informe Brundtland* a un enfoque más ambientalista que, en teoría, ponía en igualdad de importancia al equilibrio ecológico y el crecimiento económico, pero que, efectivamente, inclinaban la balanza hacia el crecimiento económico como una pre-condición para mantener o restablecer el equilibrio ecológico.

Con la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo en el año 2002 (también conocida como Cumbre de Johannesburgo), se entró en la etapa de la *implementación* del desarrollo sostenible. Al momento de llevarlo a la práctica fue evidente que aunque se procurara un equilibrio entre los tres elementos en el nivel normativo, sería necesario priorizar alguno de ellos, por lo que se puso en el centro del concepto la lucha contra la pobreza, entendida como el esfuerzo por garantizar el acceso de todas las personas a los requerimientos básicos para una vida digna (agua limpia, saneamiento, energía, salud pública, etc.).⁴⁴⁵ Para mejorar el acceso a los requerimientos básicos humanos, la Cumbre llamó al *fortalecimiento* de "un entorno propicio para las inversiones" porque constituyen, junto con otros elementos, "la base del desarrollo sostenible".⁴⁴⁶

El significado "del entorno propicio para las inversiones" se debía entender a la luz de las discusiones en foros paralelos especializados en la materia. En el año 1992, el Banco Mundial publicó sus *Guidelines for Treatment of Foreign Direct Investment*, donde recomendó a los Estados que eliminaran requisitos para la admisión y funcionamiento de las inversiones extranjeras en su territorio y que siguieran los estándares propuestos de trato de los extranjeros, entre ellos: trato justo y equitativo⁴⁴⁷ y expropiación.⁴⁴⁸ Las directrices también recomendaban a los Estados expresar el consentimiento al arbitraje inversionista-Estado administrado por el CIADI.⁴⁴⁹ Y para el año 2002, se aprobó el "Consenso de Monterrey" en la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, donde se expresó que los países debían perseverar en "*sus esfuerzos por crear condiciones*

⁴⁴⁴ Sobre el énfasis liberal del ambientalismo de la década de 1990. Ver: S. F. BERNSTEIN, *The Compromise of Liberal Environmentalism* (Columbia University Press 2001).

⁴⁴⁵ ONU, "Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible" (26 de agosto a 4 de septiembre de 2002) p. 18 (Declaración de Johannesburgo).

⁴⁴⁶ Declaración de Johannesburgo, p. 154.

⁴⁴⁷ Ver: WBG, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* Vol. II: Guidelines (World Bank Group 1992) p. 38.

⁴⁴⁸ WBG, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment...*, cit., p. 41.

⁴⁴⁹ Ver: CIADI, "Acerca del CIADI" (sin fecha) <<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>>. Asimismo, en 1997 la AGNU recomendó expresamente a los gobiernos asegurar una estabilidad macroeconómica y liberalizar las políticas de comercio e inversiones para el desarrollo sostenible. Ver: AGNU, Resolución S-19/2, "Plan para la ulterior ejecución del Programa 21 anexo a la presente resolución" (28 de junio de 1997).

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

transparentes, estables y previsibles para la inversión, con disposiciones para hacer cumplir los contratos y hacer valer los derechos de propiedad, en el marco de políticas macroeconómicas racionales e instituciones que permitan que las empresas, tanto nacionales como internacionales, funcionen de manera eficiente y rentable y tengan la máxima repercusión en el desarrollo”, refiriéndose especialmente a los Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII).⁴⁵⁰ Ese mismo año, la UNCTAD recomendó a los países facilitar a las empresas transnacionales el acceso a los recursos naturales para la exportación y establecer una buena base de suministro para dichas empresas.⁴⁵¹

De ello se desprende que la Declaración de Johannesburgo ya tenía un enfoque ambientalista -de corte neoliberal- y daba prioridad a la protección del crecimiento económico y de las inversiones extranjeras sobre el medio ambiente, no porque el crecimiento económico fuese más importante sino porque se le consideraba la condición *sine qua non* o “la base del desarrollo sostenible”. La promesa a los países del Sur global era, ya desde entonces, que la firma de AII les permitiría alcanzar el añorado desarrollo sostenible, resolviendo paralelamente sus problemas económicos, sociales y ambientales.⁴⁵²

En *El futuro que queremos* de la Conferencia de Río + 20 celebrada en 2012 esta tendencia de priorizar el crecimiento económico se terminó por consolidar. Se reconoció que “la erradicación de la pobreza es el mayor problema que afronta el mundo en la actualidad y una condición indispensable para el desarrollo sostenible”⁴⁵³ y los Estados reafirmaron que “es necesario lograr el desarrollo sostenible promoviendo un crecimiento sostenido, inclusivo y equitativo”.⁴⁵⁴ La economía verde ocupa un rol central en esta tarea.⁴⁵⁵ Supone trasladar el capital de combustibles fósiles y activos financieros (los subsidios a las energías e industrias sucias) a las energías renovables, la eficiencia energética, el transporte público, la agricultura sostenible, la protección de los ecosistemas y de la diversidad biológica, y la conservación del suelo y el agua.⁴⁵⁶ El elemento social en la economía verde es aún más limitada que en enfoques anteriores: los seres humanos aumentarán su bienestar si tienen empleo. En resumen, las inversiones públicas y privadas en los sectores verdes favorecerán la creación de empleos y,

⁴⁵⁰ ONU, “Nota del Secretario General. Proyecto de documento final de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo” (18-22 de marzo de 2002) p. 20.

⁴⁵¹ UNCTAD, “World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness” (2002) p. 193.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 185.

⁴⁵³ ONU, “Documento final de la Conferencia Río + 20 de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. El Futuro que queremos” (20 a 22 de junio de 2012) p. 2. (El futuro que queremos)

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. III.

⁴⁵⁶ PNUMA, “Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas” (Naciones Unidas y Grid Arendal 2011) p. 2

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

con ello, la reducción de la pobreza y, consecuentemente, también alcanzarán el desarrollo sostenible.⁴⁵⁷

La *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible* adoptada en septiembre de 2015 ve en la inversión privada una buena parte de la solución para alcanzar el desarrollo sostenible.⁴⁵⁸ El Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 17 hace referencias específicas a la necesidad de movilizar recursos financieros de distintas fuentes hacia los países en desarrollo y de adoptar e implementar regímenes de promoción de las inversiones hacia los países menos desarrollados.⁴⁵⁹ Resalta que diversos integrantes del sector privado, desde microempresas y cooperativas hasta las multinacionales pueden y deben contribuir en la consecución de los ODS.

La *Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo* (Agenda de Acción de Addis Abeba) aborda los mecanismos para la ejecución de la Agenda 2030.⁴⁶⁰ Define siete esferas intersectoriales para la ejecución del desarrollo sostenible,⁴⁶¹ así como distintos ámbitos de actuación que incluyen los recursos públicos y privados, nacionales e internacionales, así como enfoques mixtos o integrados.⁴⁶²

Concretamente respecto a las corrientes internacionales de capital privado, en especial la IED, establece un compromiso de formular políticas y reforzar los marcos regulatorios con el fin de *acompañar los incentivos* para que el sector privado adopte prácticas sostenibles y fomentar las inversiones de calidad a largo plazo. Además, se menciona un compromiso a seguir promoviendo y creando

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁵⁸ Antes de la explosión de la pandemia COVID-19 en 2020, la introducción al Objetivo de Desarrollo Sostenible 17 rezaba: "Es preciso adoptar medidas urgentes encaminadas a movilizar, reorientar y aprovechar billones de dólares de recursos privados para generar transformaciones a fin de alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Se necesitan inversiones a largo plazo, por ejemplo, la inversión extranjera directa, en sectores fundamentales, en particular en los países en desarrollo. Entre estos sectores figuran la energía sostenible, la infraestructura y el transporte, así como las tecnologías de la información y las comunicaciones(...)". Ver: ONU, "Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivo 17. Revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible" (sin fecha) <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/globalpartnerships/>>.

⁴⁵⁹ AGNU, Resolución 70/1, "Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible" (25 de septiembre de 2015) p. 41 (Agenda 2030).

⁴⁶⁰ AGNU, Resolución 69/323, "Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo" (27 de julio de 2015) párr. 1 y 20. (Agenda de Acción de Addis Abeba)

⁴⁶¹ Las siete esferas intersectoriales son: 1) Prestación de protección social y servicios públicos para todos; 2) Ampliación de los esfuerzos para poner fin al hambre y la malnutrición; 3) Establecimiento de un nuevo foro para subsanar las carencias en materia de infraestructura; 4) Promoción de la industrialización inclusiva y sostenible; 5) Generación de empleo pleno y productivo y trabajo decente para todos y promoción de las microempresas y las empresas medianas y pequeñas; 6) Protección de nuestros ecosistemas para todos; 7) Promoción de sociedades pacíficas e inclusivas. Ver: Agenda de Acción de Addis Abeba, párr. 11-19.

⁴⁶² *Ibid.*, párr. 20.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

condiciones nacionales e internacionales favorables para las inversiones del sector privado.⁴⁶³

También se reconoce que los países menos desarrollados enfrentan más dificultades para atraer la IED y, consecuentemente, lograr su desarrollo (sostenible). Así, esta Agenda recoge compromisos dirigidos a ayudar a dichos países a atraer la IED, a través de apoyo técnico y financiero, así como de la construcción de capacidades para la preparación de proyectos y negociación de contratos, *asesoría relacionada con la solución de controversias relacionadas con las inversiones*, el acceso a la información relacionada con las inversiones, así como a través de la emisión de seguros de riesgos y garantías del OMGI, si dichos países lo solicitan.⁴⁶⁴ Según esta Agenda se deben priorizar las inversiones que promuevan el trabajo decente, patrones de producción y consumo sostenibles, transformaciones estructurales e industrialización sostenible, diversificación productiva y agricultura.⁴⁶⁵

Viñuales identifica tres aspectos clave de las Agendas 2030 y Addis Abeba relativos a la promoción de la inversión privada (nacional o extranjera) para alcanzar los ODS:⁴⁶⁶ 1. Se invita a los fondos públicos internacionales a impulsar la inversión privada en los sectores prioritarios; 2. Se aconseja que la inversión privada se dirija hacia la seguridad alimentaria, la energía limpia y la reducción de la desigualdad entre los países;⁴⁶⁷ y 3. Se insta a las empresas a usar su creatividad e innovación para resolver los retos del desarrollo sostenible, a invertir en áreas críticas para éste, y moverse hacia patrones de producción y consumo sostenibles.⁴⁶⁸

A diferencia de la Declaración de Río + 20, la Agenda 2030 ya no refleja una confianza ciega de que la firma de AII acelerará los flujos internacionales de capital privado para el desarrollo sostenible, sino que reconoce la necesidad de implementar otras acciones para resolver algunas dificultades sistémicas a las que se enfrentan tanto los gobiernos como los inversionistas para canalizar la IED hacia los países y sectores más necesitados, tales como: la falta de capacidades para generar e implementar proyectos, la falta de acceso a créditos, la necesidad de acceder a seguros y garantías, así como la de calcular y gestionar los riesgos para las inversiones derivados del cambio climático. En consecuencia, las recomendaciones ya no van orientadas a la firma de AII, sino a hacer frente a estos otros retos. Este cambio de perspectiva en nada afecta el enfoque

⁴⁶³ *Ibid.*, párr. 36.

⁴⁶⁴ Agenda 2030, párr. 45-46; Agenda de Acción de Addis Abeba, párr. 46.

⁴⁶⁵ Agenda de Acción de Addis Abeba, párr. 46.

⁴⁶⁶ J. E. VIÑUALES, "Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play" en K. MILES (ed) *Research Handbook on Environment and Investment Law* (Edward Elgar 2019) p. 12.

⁴⁶⁷ Agenda 2030, Metas 17.3, 17.5, 17.15.

⁴⁶⁸ Agenda de Acción de Addis Abeba y Agenda 2030, Metas 17.3, 17.5 y 17.15.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

ambientalista, puesto que mantiene la creencia de que la inversión extranjera es uno de los principales motores del desarrollo sostenible.

En ese mismo año se adoptó el Acuerdo de París, que llama a acelerar la reducción de gases de efecto invernadero (GEI) con la finalidad de reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático y mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales.⁴⁶⁹ Uno de los objetivos principales del Acuerdo de París es "situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de efecto invernadero".

Para alcanzar este último objetivo, el Acuerdo de París comprende una serie de fuentes de financiamiento y mecanismos: 1) la financiación pública internacional (es decir, el apoyo financiero de los países desarrollados a los países en desarrollo);⁴⁷⁰ 2) el mecanismo voluntario de cooperación para la mitigación del Art. 6 del AP; y 3) enfoques no relacionados con el mercado que aumenten la participación del sector público y privado en la aplicación de los compromisos de los Estados de reducción de GEI.⁴⁷¹ El sector privado está invitado a acrecentar sus esfuerzos y apoyar las medidas destinadas a reducir las emisiones y/o a aumentar la resiliencia y disminuir la vulnerabilidad a los efectos adversos del cambio climático y a compartir sus esfuerzos a través de la plataforma de la Zona de los Actores No Estatales para la Acción Climática.⁴⁷²

Se podría decir que, al igual que la Agenda 2030 y Addis Abeba, el Acuerdo de París llama a los gobiernos a aumentar la financiación pública para apalancar la participación del sector privado en los ODS y la mitigación y adaptación del cambio climático, haciendo uso de una mezcla de mecanismos de regulación, de mercado, incentivos y de asociaciones público-privadas. Entonces, parece mantenerse un enfoque ambientalista del desarrollo sostenible, pero se observa un sutil abandono de los postulados neoliberales. Ello lleva a la adopción de una serie de respuestas más variadas para alcanzar el desarrollo sostenible, que las propuestas anteriormente consistentes en firmar AII y dejar que el mercado encuentre la mejor solución a los problemas ambientales.

A cinco años de implementación de la Agenda de Acción de Addis Abeba, ya se advierte el peligro de no poder cumplir con la Agenda 2030 debido a las debilidades

⁴⁶⁹ CMNUCC, Decisión 1/CP.21, "Aprobación del Acuerdo de París" (29 de enero de 2016) Art. 2 (Acuerdo de París).

⁴⁷⁰ Acuerdo de París, Art. 9. *Ver también*: CMNUCC, Decisión 11/CMA.1, "Cuestiones a que se hace referencia en los párrafos 41, 42 y 45 de la decisión 1/CP.21" (19 de marzo de 2019); CMNUCC, Decisión 14/CMA.1, "Establecimiento de un nuevo objetivo colectivo cuantificado de financiación, de conformidad con la Decisión 1/CP.21, párrafo 53" (19 de marzo de 2019).

⁴⁷¹ Acuerdo de París, Art. 6.8 y 6.9.

⁴⁷² CMNUCC, Decisión 1/CP.21..., cit., párr. 134.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

estructurales del sistema financiero mundial.⁴⁷³ Uno de los múltiples motivos tiene que ver con el descenso de la IED desde el año 2015 en todo el mundo, y con la reducción de la participación privada en las infraestructuras en los países en desarrollo de 112,000 millones de dólares en 2015 a 90,000 millones en 2018.⁴⁷⁴ Además de ello, se advierte un creciente interés por parte de los inversionistas de implementar medidas de responsabilidad social empresarial y publicar sus informes, pero no existen evidencias de que ello esté generando cambios reales en los medios de vida de las personas o en la calidad del medio ambiente. Se prevé que para que las empresas contribuyan al desarrollo sostenible, los gobiernos tendrán que adoptar medidas que obliguen a la internalización los costos socioambientales de las actividades empresariales, como puede ser la fijación de precios de las externalidades.⁴⁷⁵

Además, la pandemia global COVID-19 amenaza seriamente la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible porque ha supuesto un importante retroceso en los progresos que ya se habían realizado para el logro de los ODS antes de la pandemia.⁴⁷⁶ En este contexto, se reconoce abiertamente que establecer un ambiente adecuado para las inversiones es insuficiente para movilizar el capital, por lo que se recomienda estructurar las inversiones directas de manera inteligente, utilizando recursos públicos y privados, para apoyar a las empresas en los países menos adelantados. Asimismo, se recomienda que las empresas ajusten su gobernanza corporativa para alienar los incentivos internos y modificar el enfoque de corto-plazo de los mercados de capital; obligar a las empresas - especialmente a las grandes empresas- a reportar sobre sus impactos sociales y ambientales a través de métricas o indicadores comunes y comparables; permitir a las personas invertir sus ahorros en los cambios sociales que quieran apoyar, para lo cual es necesario que los asesores de inversión pregunten a sus clientes sobre sus preferencias de sostenibilidad. Finalmente, también se sugiere establecer estándares mínimos sobre las inversiones sostenibles.⁴⁷⁷

Lo anterior muestra cómo el concepto de desarrollo sostenible se ha ido transformando desde el *Informe Brundtland*, que llamaba a un cambio en el

⁴⁷³ ONU, "Para combatir el cambio climático y la pobreza necesitamos rediseñar el sistema financiero mundial" (4 de abril de 2019, Nueva York) <<https://www.un.org/development/desa/es/news/sustainable/2019-financing-for-sustainable-development-report.html>>.

⁴⁷⁴ UNGA, Resolución 73/223, "Seguimiento y aplicación de los resultados de las Conferencias Internacionales sobre la Financiación para el Desarrollo" (20 de diciembre de 2018) párr. 36

⁴⁷⁵ *Ibid.*, párr. 41.

⁴⁷⁶ ONU, "Financing for Sustainable Development Report 2020" (2020) p. 1. El reporte resalta que el contexto global es sumamente complejo no sólo por la pandemia, sino por el aumento de diferencias de comercio, las tensiones geopolíticas y el cambio climático. *Ver también:* CEPAL, "La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en el nuevo contexto mundial y regional: escenarios y proyecciones en la presente crisis" (2020) Este reporte también apunta al fracaso del neoliberalismo y del libre mercado, en un mundo que ahora está dominado por la *Realpolitik* y por la pandemia, ver p. 11-12.

⁴⁷⁷ ONU, "Financing for Sustainable Development Report 2020...", cit., pp. 59-60.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

sistema económico para mantener el crecimiento dentro de los límites planetarios, pasando por la Declaración de Río que encuentra en el libre comercio y la inversión extranjera herramientas fundamentales para canalizar los recursos financieros necesarios para la erradicación de la pobreza y la conservación ambiental, y llegando a los ODS que, aunque siguen sosteniendo una confianza en el crecimiento económico y la inversión, se ven obligados a reconocer que los mercados han fracasado en la tarea de encontrar la solución más efectiva para alcanzar el desarrollo sostenible de manera inclusiva. En consecuencia, se deben de buscar otras formas de lograr lo que el libre mercado no puede lograr, entre ellas, regular la inversión extranjera, al menos en algunos aspectos.

3. La contribución de la inversión extranjera (directa) al desarrollo sostenible

Según el discurso político mundial la inversión extranjera, en especial la IED, es un elemento clave para alcanzar el desarrollo sostenible. En este apartado me interesa corroborar si la IED efectivamente produce efectos positivos en la protección o restauración del equilibrio ecológico en los países anfitriones y bajo qué condiciones sucede esto. Para ello expondré las hipótesis que explican esta correlación, centrándome específicamente en los efectos del incremento de la IED sobre el equilibrio ecológico en los países anfitriones.

La relación entre el equilibrio ecológico y la IED deriva de aquella entre el crecimiento económico y el equilibrio ecológico. En esta relación, el énfasis se pone en el origen de la inversión, como un elemento externo que se integra en el territorio del país anfitrión. El origen de la inversión es relevante en tanto que supone un aumento de las actividades económicas en el país receptor, mismo que aumenta las presiones sobre los ecosistemas y puede (o no) tener efectos negativos sobre el equilibrio ecológico de los ecosistemas. Asimismo, el origen extranjero de la inversión importa en la medida en que genera competencia entre los países anfitriones por atraer o mantener el capital extranjero, lo que puede influenciar la voluntad política de los gobiernos de países anfitriones de regular o no la explotación de los recursos naturales y obligar o no a las empresas a internalizar los costos sociales y ambientales de su conducta.

Existen diversas hipótesis económicas que apuntan tanto a los efectos nocivos de la IED sobre el equilibrio ecológico del país anfitrión, como a los potenciales efectos positivos. Por un lado, están las hipótesis de *pollution heaven*,⁴⁷⁸ *race to the*

⁴⁷⁸ N. MABEY y R. MCNALLY, *Foreign Direct Investment and the Environment: From Pollution Heavens to Sustainable Development* (WWF-UK 1999) p. 3.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

*bottom*⁴⁷⁹ y “la dependencia en la inversión extranjera”,⁴⁸⁰ según las cuales la globalización y la liberalización económica favorecen la competencia entre los Estados anfitriones para atraer la inversión extranjera que deriva en la reducción de los estándares ambientales y sociales, así como en una implementación laxa de los mismos. El resultado es que la IED lleva al aumento de las presiones sobre los ecosistemas y la reducción de los controles para limitar o mitigar el daño ambiental, lo cual también tiene importantes efectos sociales adversos.

Por el otro lado, según la hipótesis de *pollution halo*, la IED difunde mejores prácticas ambientales y tecnologías limpias en los países anfitriones contribuyendo a una mejor gestión ambiental y una mayor eficiencia en el uso de los recursos naturales.⁴⁸¹ Se dice que una planeación estratégica y sectorial de la IED puede convertirse en un motor hacia una economía más limpia y baja en emisiones de carbono.⁴⁸²

No existe acuerdo sobre la validez de una u otra hipótesis. Sin embargo, parece ser que ambas se pueden confirmar, dependiendo de factores tales como el nivel de desarrollo del país receptor, la distribución sectorial de la IED y, sobre todo, los marcos jurídicos del país y su ejecución.⁴⁸³

⁴⁷⁹ Ver: G. PORTER, “Trade Competition and Pollution Standards: “Race to the Bottom” or “Stuck at the Bottom” (1999) *The Journal of Environment and Development* Vol. 8, p. 133. G. Porter explica de manera clara la hipótesis del race to the bottom. Además, presenta la hipótesis del stuck at the bottom, según la cual, los países que tienen regulaciones ambientales laxas y una pobre aplicación de estas quedan atrapados en esos estándares debido a la competencia. Ver también: R. B. DAVIES y K. CHAITANYA VADLAMANNATI, “A race to the bottom in labor standards? An empirical investigation” (2013) *Journal of Development Economics* Vol. 103, p. 1; W. W. OLNEY, “A Race to the Bottom? Employment Protection and Foreign Direct Investment” (2010) *Journal of International Economics* Vol. 91, p. 191.

⁴⁸⁰ Esta hipótesis no se refiere especialmente al medio ambiente, sino que es más antigua y proviene de los debates sobre el derecho internacional de la inversión extranjera y el desarrollo. Ver: M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investments...*, cit., pp. 53-55.

⁴⁸¹ M. ASGHARI, “Does FDI Promote MENA Region’s Environment Quality? Pollution Halo or Pollution Haven Hypothesis” (2013) *International Journal of Scientific Research in Environmental Sciences* Vol.1, p. 92. Otros estudios más recientes que confirman esta hipótesis: A. ALI et. al., “Influence of FDI on environmental pollution in selected Arab countries: a spatial econometric analysis perspective” (2020) *Environmental Science and Pollution Research* <10.1007/s11356-020-08810-4>; H. LIU y H. KIM, “Ecological Footprint, Foreign Direct Investment, and Gross Domestic Production: Evidence of Belt & Road Initiative Countries” (2018) *Sustainability* Vol. 10, Issue 10, p. 3527.

⁴⁸² I. KOSTAKIS, S. LOLOS y E. SARDINAU, “Foreign Direct Investment and Environmental Degradation: Further Evidence from Brasil and Singapore” (2016) *MPRA Paper No. 75643*, p. 2.

⁴⁸³ La intención de este apartado es sólo mostrar de manera introductoria los debates sobre la IED y el medio ambiente, por lo que no se pretende hacer un estudio exhaustivo de la literatura ni un cuidadoso análisis de las metodologías utilizadas para establecer el nexo de causalidad entre la IED y la degradación ambiental.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

3.1. La inversión extranjera directa acelera la degradación ambiental

Ya desde 1990 se presentó la hipótesis de los *pollution heaven* o “los paraísos de contaminación”, según la cual las empresas mueven sus operaciones a países menos desarrollados para beneficiarse de las regulaciones ambientales más laxas.⁴⁸⁴ Además, según la hipótesis del *race to the bottom*, en vista de la competencia por atraer la inversión extranjera, los Estados intencionalmente relajan su regulación ambiental, produciendo un segundo efecto negativo para la protección del medio ambiente.⁴⁸⁵ De acuerdo con esta última hipótesis, si todos los Estados actúan de la misma manera estratégica y competitiva, el resultado sería la continua relajación de los estándares ambientales entre los países hasta alcanzar el estándar más laxo.⁴⁸⁶

Existen varias metodologías para la comprobación empírica de la hipótesis de *pollution heaven*.⁴⁸⁷ Una metodología incorpora la regulación ambiental en modelos de análisis de decisión de ubicación de la inversión. Cai et. al. investigaron si la entrada de inversión extranjera directa en ciudades chinas que establecieron “zonas de control de contaminación” se veía afectada por esta decisión, en comparación con otras ciudades del mismo país que no tenían dichas zonas. Compararon sectores específicos y periodos previos y posteriores a la implantación de la política en diversas ciudades. Concluyeron que la legislación ambiental más

⁴⁸⁴ N. MABEY y R. MCNALLY, “Foreign Direct Investment and the Environment: From Pollution Heavens to Sustainable Development...”, cit., p.3. Si bien actualmente se han modificado las relaciones Norte-Sur y cada vez hay más movilidad de capital entre países del Sur o “en desarrollo”, al año 2020 la diferenciación sigue siendo válida. Ver: I. KOSTAKIS, S. LOLOS AND E. SARDIANOU, “Foreign Direct Investment and Environmental Degradation...”, cit., p. 5.

⁴⁸⁵ N. MABEY y R. MCNALLY, *Foreign Direct Investment and the Environment: From Pollution Heavens to Sustainable Development...*, cit., p. 3.

⁴⁸⁶ Konisky hace un estudio empírico sobre las teorías del *race to the bottom* y de *race to the top* en relación con los estándares ambientales y su implementación. Encontró evidencias que confirman ambas hipótesis. Sin embargo, no explica las condiciones para que se produzca cada uno de estos efectos. Ver: D. M. KONISKY, “Regulatory Competition and Environmental Enforcement: Is There a Race to the Bottom? (2007) *American Journal of Political Science* Vol. 51, p. 853. Además de estas teorías, se habla de la teoría de la dependencia en la inversión extranjera como la corriente que sirvió de base para la oposición a la protección de la inversión extranjera a través de estándares de derecho internacional en América Latina hasta antes de la década de 1990. Según explica Sornarajah, la mayor parte de la inversión extranjera proviene de las corporaciones multinacionales que tienen sus matrices en sus Estados de origen y operan a través de subsidiarias en los Estados anfitriones. Las multinacionales sirven los intereses de sus Estados de origen, con lo que éstos se vuelven economías centrales en el mundo. Las economías en desarrollo se vuelven dependientes de las economías centrales a través de la inversión extranjera. Sólo las élites de las economías periféricas se benefician de la inversión extranjera porque llegan a arreglos con las multinacionales, pero no se promueve el desarrollo. El resultado son violaciones de derechos humanos, pues se deben mantener las condiciones favorables a las multinacionales ya sea a través de la ley o de la fuerza. M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment ...* p. 53.

⁴⁸⁷ UNCTAD, “World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development” (1999) p. 298.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

estricta sí produjo una reducción en la entrada de IED.⁴⁸⁸ Ello sugiere que para que la inversión extranjera pueda ser beneficioso para el desarrollo sostenible, sería necesario establecer estándares ambientales globales aplicables a las empresas en cualquier jurisdicción en que operen. Los AII podrían ser un punto de partida posible.

Otro enfoque para abordar la relación entre la IED y la degradación ambiental es el estudio del aumento de la entrada de IED en relación con el deterioro de la calidad del aire, el suelo, el agua o la pérdida de masa forestal. Bopkin comprobó que el aumento de la IED en África ha ido aparejado con una mayor la pérdida de masa forestal, pero defiende que esta relación se puede modificar y producir efectos positivos en el medio ambiente con el establecimiento de instituciones de gobernanza ambiental sólidas.⁴⁸⁹

La IED en el sector primario y, especialmente en la minería de metales e hidrocarburos, es más propenso a degradar el ambiente debido a una regulación ambiental débil y deficiencias en su aplicación. Dada Kareem *et. al.* analizaron los impactos de la IED en Nigeria en el sector de los hidrocarburos y la degradación ambiental relacionada con su explotación, así como los impactos socioambientales en el Delta del Níger.⁴⁹⁰ Desde hace unas décadas, Nigeria adoptó una política económica liberal que le permitió experimentar un rápido crecimiento económico inicial gracias a la explotación de los recursos naturales por empresas extranjeras. Sin embargo, durante dicha explotación se produjeron importantes derrames de petróleo y fugas de gas que destruyeron ecosistemas cruciales para el mantenimiento de los medios de subsistencia de las comunidades locales.⁴⁹¹ Se observó que las multinacionales –aquí equiparadas a la IED- tomaron ventaja de la falta de voluntad política y de la corrupción para incumplir impunemente los Memorandos de Entendimiento firmados entre las empresas y las comunidades locales, y violar leyes ambientales. En este contexto, los estudios empíricos permitieron concluir que la IED produjo la degradación de los ecosistemas en el

⁴⁸⁸ X. CAI, Y. LI, M. WU y L. YU, "Does environmental regulation drive away inbound foreign direct investment? Evidence from a quasi-natural experiment in China" (2016) *Journal of Development Economics* Vol. 123, p. 73. Lo mismo se confirma en otro estudio realizado por Kheder y Zugravu, usaron una metodología basada en entrevistas a tomadores de decisiones de empresas francesas en la industria manufacturera. Comprobaron que sí había una preferencia por establecerse en países cuya regulación ambiental es más indulgente, siempre y cuando esa regulación sea lo suficientemente estricta como para asegurar un ambiente de negocios abundante, es decir, que los efectos cumulativos de la contaminación de todas las empresas operando en el área no afecten los recursos de manera tal que amenace las operaciones de la empresa francesa. Ver: S. B. KHEDER y N. ZUGRAVU, "Environmental Regulation and French Firms Location Abroad: An Economic Geography Model in an International Comparative Study" (2012) *Ecological Economics* Vol. 77, p. 48.

⁴⁸⁹ G. A. BOKPIN, "Foreign Direct Investment and Environmental Sustainability in Africa: The Role of Institutions and Governance" (2017) *Research in International Business and Finance* Vol. 39, p. 239.

⁴⁹⁰ S. DADA KAREEM, F. KARI, G. MAHABUBUL ALAM, G.O. MAKUA CHUKWU, M. OKE DAVID y O. KUNLE OKE, "Foreign Direct Investment and Environmental Degradation of Oil Exploitation: The Experience of Niger Delta" (2012) *The International Journal of Applied Economics and Finance* Vol. 6, p. 117.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 118; PNUMA, "Environmenal Assessment of Ogoniland" (2011) pp. 28-46.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

Delta del Níger, misma que trajo aparejados efectos negativos sobre la sociedad, tales como enfermedades por consumo de alimentos contaminados, pérdida de producción agrícola, pérdida de empleos y aumento de la pobreza.⁴⁹² Ello contribuyó a la erosión de valores sociales y el incremento del crimen y la violencia.⁴⁹³

El escenario que se presentó en Nigeria es común en los países ricos en recursos naturales, situación que puede estar relacionada también con la llamada "maldición de los recursos".⁴⁹⁴ Según esta teoría, los países ricos en recursos naturales tienden a tener niveles de crecimiento menores a su potencial, experimentan un incremento en los niveles de pobreza e inequidad, el deterioro de la democracia, el fortalecimiento de autoritarismos y el aumento de conflictos internos.⁴⁹⁵ Dam y Scholtens encontraron que los países ricos en recursos naturales, que tienen ya de manera endógena una institucionalidad débil, tienen una mayor tendencia a ser paraísos de contaminación, puesto que tienden a atraer inversiones o empresas que actúan de una manera poco sostenible ambientalmente.⁴⁹⁶ En resumen, el común denominador entre la hipótesis de *pollution heaven* y la teoría de la "maldición de los recursos" reside en la baja calidad de las instituciones, entre ellos, la regulación ambiental relajada, una ejecución baja y un estado de derecho ambiental débil.

La IED en el sector secundario también ha sido asociada a la degradación ambiental, en especial a los impactos de la industria manufacturera sobre la

⁴⁹² En este momento hago mención sólo a los estudios empíricos de las ciencias económicas, pero existe amplia bibliografía sobre las actividades de Shell en Nigeria, la degradación ambiental y las violaciones a los derechos humanos desde la disciplina del derecho. Ver: J. P. EATON, "The Nigerian Tragedy, Environmental Regulation of Transnational Corporations, and the Human Right to a Healthy Environment" (1997) *Boston University International Law Journal* Vol. 15, p. 261; A. PIGRAU SOLÉ, "El impacto ambiental y social de las operaciones de Shell en Nigeria" (2013) *Revista Electrónica del ICIP* Vol. 18, sin página <<http://www.icip-perlapau.cat/revista-cas/numero-18-noviembre-2013/el-impacto-ambiental-y-social-de-las-operaciones-de-shell-en-nigeria.htm>>; A. PIGRAU SOLÉ y A. CARDESA-SALZMANN, "Acciones entrelazadas contra daños ambientales graves: el impacto de Shell en Nigeria" (2013) *Derecho PUCP* No. 70, pp. 218-238; B. R. KÖNNET, "Inadequate Monitoring and Enforcement in the Nigerian Oil Industry: The Case of Shell and Ogoniland" (2014) *Cornell International Law Journal* Vol. 11, p. 181.

⁴⁹³ V. T. JIKE, "Environmental Degradation, Social Disequilibrium, and the Dilemma of Sustainable Development in the Niger-Delta of Nigeria" (2004) *Journal of Black Studies* Vol. 34, No. 5, p. 686.

⁴⁹⁴ También es de especial relevancia el caso de Texaco-Chevron en Ecuador, en el sector de los hidrocarburos, cuyas actividades causaron una de las catástrofes ambientales más grandes asociadas a la inversión extranjera en los países en desarrollo. Ver: P. FAJARDO MENDOZA, "El precio de la riqueza. Caso Chevron-Texano" (2013) *Revista Electrónica del ICIP* Vol. 18, sin página <<http://www.icip-perlapau.cat/revista-cas/numero-18-noviembre-2013/el-precio-de-la-riqueza-caso-chevron-texaco.htm>>; A. PIGRAU SOLÉ, "The Texaco-Chevron Case in Ecuador: Law and Justice in the Age of Globalization" (2014) *Revista Catalana de Dret Ambiental* Vol. 5, No. 1, pp. 1-43.

⁴⁹⁵ A. ACOSTA, "Extractivismo y neoextractivismo: Dos caras de la misma maldición" (2011) *Más allá del Desarrollo*, pp. 83-121; J. ARELLANO, "Resurgimiento minero en Perú ¿una versión moderna de una vieja maldición?" (2008) *Colombia Internacional* Vol. 67, pp. 60-83; J. E. VIÑUALES, "The Resource Curse: A Legal Perspective" (2011) *Global Governance* No. 17, pp. 197-212.

⁴⁹⁶ L. DAM y B. SCHOLTENS, "The Course of the Heaven: The Impact of Multinational Enterprise on Environmental Regulation" (2012) *Ecological Economics* Vol. 78, p. 148.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

calidad del aire y el agua en los países en desarrollo. Jorgenson argumenta que una gran proporción de la IED en los países en desarrollo financia procesos manufactureros altamente contaminantes, ecológicamente ineficientes y de trabajo intensivo. Además, las técnicas de producción de energía que usan las multinacionales en los países en desarrollo son poco eficientes ambientalmente, contribuyendo con ello a mayores emisiones de CO₂.⁴⁹⁷ Asimismo, los vehículos de transporte utilizados por empresas manufactureras extranjeras en países en desarrollo son más viejos e ineficientes en el uso del combustible, que en sus países de origen. Así, la IED aumenta las emisiones de CO₂ frustrando con ello los esfuerzos nacionales y globales de mitigación del cambio climático por la deslocalización de los gases hacia paraísos de contaminación.⁴⁹⁸

El uso de materiales orgánicos en las distintas actividades productivas frecuentemente resulta en desechos que contaminan el agua. Los desechos tóxicos permanecen en el ambiente por temporadas largas de tiempo, especialmente los químicos orgánicos no biodegradables y resistentes a la descomposición. En este sentido, una gran parte de los contaminantes orgánicos industriales en el agua se puede rastrear a la producción de acero, la manufactura de papel, el procesamiento de alimentos y la producción de textiles. Usando métodos estadísticos y paneles de datos, Jorgenson comprobó que la IED en el sector secundario está asociado a una mayor emisión de contaminantes orgánicos industriales en los cursos y cuerpos de agua en países en desarrollo.⁴⁹⁹

Finalmente, un estudio comparativo entre Brasil y Singapur sobre la relación entre la IED y el CO₂ encontró que la IED en el sector terciario (en los servicios) es el menos agresivo para el ambiente del país receptor. Kostakis *et. al.* hallaron que la IED aumentó las emisiones de CO₂ en Brasil, pero en Singapur sucedió lo contrario.⁵⁰⁰ Los autores entienden que esta diferencia se debe, además del PIB de los países, a la composición sectorial de la IED de los dos países. Mientras en Brasil la IED se enfoca en sectores industriales (ej. energía, acero y metalurgia, industria alimentaria, etc.), en Singapur se concentra en los servicios financieros

⁴⁹⁷ A. K. JORGENSON, "Does Foreign Investment Harm the Air we Breathe and the Water We Drink? A Cross-National Study of Carbon Dioxide Emissions and Organic Water Pollution in Less-Developed Countries, 1975 to 2000" (2007) *Organization & Environment* Vol. 20, No. 2, p. 137. También ver: H. HASSABALLA, "Testing for Granger Causality Between Energy Use and Foreign Direct Investment Inflows in Developing Countries" (2014) *Renewable and Sustainable Energy Reviews* Vol. 31, p. 417.

⁴⁹⁸ A. K. JORGENSON, "Does Foreign Investment Harm the Air...", cit., p. 139.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 150.

⁵⁰⁰ Ver: I. KOSTAKIS, S. LOLOS y E. SARDIANOU, "Foreign Direct Investment and Environmental Degradation: Further Evidence from Brazil and Singapore" (2017) *Journal of Environmental Management and Tourism* Vol. 8, No. 1, pp. 45-59. Sobre el caso de Singapur y la manera en que logró aprovechar la IED para el desarrollo sostenible ver: UNCTAD, "World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development" (1999) pp. 224-225.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

y en las tecnologías limpias (ej. inversiones que llevan a una transformación radical de la tecnología).⁵⁰¹

Otros estudios realizados en Malasia,⁵⁰² Corea del Sur,⁵⁰³ BRIC⁵⁰⁴ y China⁵⁰⁵ también confirman que la IED deteriora la calidad del medio ambiente. En América Latina también se confirma esta hipótesis cuando se le relaciona con el nivel de ingresos de los países anfitriones.⁵⁰⁶

3.2. La inversión extranjera directa favorece el crecimiento bajo en carbono

El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) lanzó el concepto de la "economía verde",⁵⁰⁷ que parte de la idea de que todas las crisis que se han presentado en los últimos tiempos –la crisis climática, energética, alimentaria, del agua y financiera- tienen como causa común la *asignación incorrecta* del capital, en combustibles fósiles y activos financieros.⁵⁰⁸ La "economía verde" consiste, en esencia, en redirigir las inversiones públicas y privadas hacia los *sectores verdes*.⁵⁰⁹

⁵⁰¹ I. KOSTAKIS, S. LOLOS y E. SARDIANOU, "Foreign Direct Investment and Environmental Degradation: Further Evidence from Brazil and Singapore...", cit., p. 50.

⁵⁰² S. REN ET. AL., "International Trade, FDI (Foreign Direct Investment) and Embodied CO₂ Emissions: A Case Study of China's Industry Sectors" (2014) *China Economic Review* Vol. 28, p. 123; Q. ZHANG, "Analysis of the Impacts on Sustainable Development by Investment Regulations in the Energy Charter Treaty" (2015) *The Journal of World Energy Law & Business* Vol. 8, p. 542; Y. GE, Y. HU y S. REN, "Environmental Regulation and Foreign Direct Investment: Evidence from China's Eleventh and Twelfth Five-Year Plans" (2020) *Sustainability* Vol. 12, Issue 6, p. 2528.

⁵⁰³ S. CHUNG, "Environmental Regulation and Foreign Direct Investment: Evidence from South Korea" (2014) *Journal of Development Economics* Vol. 108, p. 222.

⁵⁰⁴ H. PAO y C. TSAI, "Multivariate Granger Causality Between CO₂ Emissions, Energy Consumption, FDI (Foreign Direct Investment) and GDP (Gross Domestic Product): Evidence from a panel of BRIC (Brazil, Russian Federation, India and China) Countries" (2011) *Energy* Vol. 36, No. 1, p. 685.

⁵⁰⁵ X. CAI et. al., "Does environmental regulation drive away inbound foreign direct investment?...", cit., p. 73.

⁵⁰⁶ P. SAPKOTA y U. BASTOLA, "Foreign direct investment, income and environmental pollution in developing countries: Panel data analysis of Latin America" (2017) *Energy Economics* Vol. 64, p. 206.

⁵⁰⁷ La economía verde se define como "aquella economía que mejora el bienestar del ser humano y la equidad social, a la vez que reduce significativamente los riesgos ambientales y la escasez ecológica". PNUMA, "Hacia una economía verde...", cit., p. 2. El concepto se lanzó a través de la "Iniciativa para una Economía Verde", coordinada por el PNUMA. La iniciativa es sólo una de las nueve adoptadas conjuntamente por el Secretario General y la Junta de los Jefes Ejecutivos de la ONU en respuesta a la crisis económica y financiera de 2008. Uno de los resultados fue el Nuevo Pacto Verde Mundial. Para más información consultar la página web del PNUMA, en la sección de la Iniciativa de la Economía Verde: <http://web.unep.org/greeneconomy/>.

⁵⁰⁸ PNUMA, "Hacia una economía verde..." cit., p. 1.

⁵⁰⁹ E. BARBIER, *Rethinking the Economic Recovery: A Global Green New Deal. Report prepared for the Economics and Trade Branch, Division of Technology, Industry and Economics, United Nations Environment Program* (UNEP 2009) p. 8. Cabe mencionar, que desde el punto de vista jurídico, las

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

Generalmente se reconoce que la IED tiene potencial para contribuir a mejorar la sostenibilidad en los países anfitriones, al invertir en los siguientes sectores: agua y saneamiento; energía; salud; agricultura; transporte y gestión de ecosistemas y biodiversidad.⁵¹⁰

Esta posición se puede explicar por la hipótesis económica del *pollution halo*,⁵¹¹ que expone que la IED disemina mejores prácticas ambientales y tecnologías más limpias y eficientes, contribuyendo así a un desarrollo económico más amigable con el medio ambiente en los países anfitriones. En otras palabras, la IED tiene tres efectos ambientales positivos en los países anfitriones:⁵¹² 1) la transferencia de tecnologías más eficientes y menos contaminantes comparadas con las existentes en los contextos domésticos; 2) el control de la contaminación a través del uso de tecnologías especializadas para ello, por ejemplo, para el tratamiento de aguas o de residuos peligrosos –aquí no se habla de transferencia, porque la

inversiones extranjeras en estos sectores es sensible y riesgosa. Como menciona Viñuales, existen varios ejemplos donde la percepción inicial de la IED en los servicios de agua y saneamiento eran positivas, y posteriormente hubo un rechazo social por diversas razones, que pueden estar justificadas o no, tales como la imposición de tarifas muy altas por el servicio, servicios ineficientes, cambios en los gobiernos, etc., lo que puede llevar a diferencias legales entre inversionistas y Estados anfitriones. Ver: J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment...*, cit., p. 25. Algunos casos de arbitraje son: Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/97/3; Azurix Corp. v. The Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/01/12; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II), ICSID Case No. ARB/03/19; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17; Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/18; SAUR International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/4; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22; Urbaser and CABB v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/26; United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/14/24; Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/15/28.

⁵¹⁰ También en relación con el cambio climático, la UNCTAD considera que, con las políticas correctas, las empresas multinacionales son un actor primario en los esfuerzos globales para reducir las emisiones de GEI y son un motor para el cambio hacia una economía baja en carbono, ya que no sólo pueden modificar sus procesos de producción sino también pueden proveer capital y tecnología de punta al Estado receptor. Ver: UNCTAD, "World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy" (2010) p. iii.

⁵¹¹ Al parecer esta hipótesis es una variación de la teoría clásica de que la inversión extranjera es completamente beneficiosa para la economía anfitriona porque la inversión extranjera lleva tecnología que no se encuentra disponible en el Estado receptor, con lo que se produce una difusión o transferencia de tecnología. Asimismo, se argumenta que se crean oportunidades de empleo, capacitación de los empleados y transferencia de know-how. Además, el Estado receptor desarrolla toda una infraestructura para facilitar la inversión extranjera, como la construcción de carreteras, que benefician a la sociedad en general. Y el resultado final, en teoría, es que se produce una mejora de las infraestructuras, la educación y la economía de toda la sociedad. M SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment...*, cit., p. 48.

⁵¹² Gallagher y Zarsky, referenciados en S. GOLUB, C. KAUFFMANN y P. YERES, "Defining and Measuring Green FDI: An Exploratory Review of Existing Work and Evidence" (2011) *OECD Working Papers on International Investment* No. 2011/02 < <http://dx.doi.org/10.1787/5kg58j1cvcvk-en> > p. 13.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

IED no disemina la tecnología hacia las empresas locales, sino que simplemente aplica la tecnología en sus propias actividades de inversión; y 3) *spillovers* hacia las empresas nacionales, a través de la transferencia de mejores *prácticas* en la gestión ambiental de la matriz a las filiales y proveedoras.⁵¹³

Los estudios empíricos sobre la hipótesis del *pollution halo*, no parecen concluyentes.⁵¹⁴ Una limitación para comprobar la teoría es la falta de acuerdo sobre la definición de IED ambientalmente relevante o IED verde.⁵¹⁵ La UNCTAD considera que la IED ambientalmente relevante incluye los productos y servicios ambientales, los proyectos en la generación de energía renovable, reciclaje, y manufactura de productos de tecnología ambiental para la mitigación y la adaptación al cambio climático (ej. paneles solares).⁵¹⁶ Por su parte la OCDE, se refiere a la IED verde como un concepto más amplio, pues comprende todos los aspectos ambientales de las actividades económicas, en vez de enfocarse sólo en los sectores de la adaptación y mitigación del cambio climático (CC).⁵¹⁷

ASGHARI estudió tanto la validez de las hipótesis de *pollution heaven* y *pollution halo* en la región de Oriente Medio y el Norte de África (MENA, por sus siglas en inglés) determinando la correlación entre el aumento de las emisiones de CO₂ y la entrada de IED en el periodo de 1980-2011. Concluyeron que la IED entrante ayuda a desarrollar habilidades tecnológicas especializadas y gerenciales, innovaciones en las técnicas de producción, así como tecnologías que también pueden utilizarse indirectamente en las empresas domésticas. Por tanto, para Asghari, la IED sí contribuye a mejorar la calidad ambiental de la región.⁵¹⁸

Otro estudio de Abdouli y Hammami en la misma región, investigó la correlación entre la IED existente, las emisiones de CO₂ y el crecimiento económico, utilizando modelos de ecuación simultánea por el periodo de 1990-2012. Concluye que el

⁵¹³ M. KARDOS, "The Relevance of Foreign Direct Investment for Sustainable Development" (2014) *Procedia Economics and Finance* Vol. 15, p. 1349. También ver: UNCTAD "World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy...", cit., p. 99.

⁵¹⁴ La idea de este apartado no es entrar en un análisis pormenorizado de los estudios empíricos sino sólo demostrar que en las ciencias económicas también existe desacuerdo sobre el rol de la IED en relación con la sostenibilidad ambiental.

⁵¹⁵ M. KARDOS, "The Relevance of Foreign Direct Investment for Sustainable Development...", cit., p. 1352. La UE pretende resolver esta dificultad con el establecimiento de criterios que determinan las inversiones sostenibles.

⁵¹⁶ UNCTAD define la inversión extranjera baja en carbono como "the transfer of technologies, practices or products by TNCs to host countries – through equity (FDI) and non-equity forms of participation – such that their own and related operations, as well as use of their products and services, generate significantly lower GHG emissions than would otherwise prevail in the industry under business-as-usual (BAU) circumstances." UNCTAD, "World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy...", cit., p. 103.

⁵¹⁷ S. GOLUB, C. KAUFFMANN y P. YERES, "Defining and Measuring Green FDI: An Exploratory Review of Existing Work and Evidence...", cit., pp. 20-24.

⁵¹⁸ M. ASGHARI, "Does FDI Promote MENA Region's Environment Quality? Pollution Halo or Pollution Haven Hypothesis"... p. 96. Los países seleccionados son: Irán, Omán, Bahreín, Jordania, Kuwait y Arabia Saudita.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

crecimiento económico y la emisión de CO₂ son interdependientes y se influyen mutuamente. El crecimiento económico aumenta las emisiones de CO₂ y el aumento de CO₂ también afecta negativamente la capacidad de crecimiento económico de los países anfitriones.⁵¹⁹ Sin embargo, el aumento de IED también reduce las emisiones de CO₂ cuando las políticas en los países de estudio están interesados en la "calidad ambiental" de la IED, para evitar convertirse en paraísos de contaminación, favoreciendo también la transferencia de tecnología por parte de las empresas extranjeras.

Existen dudas sobre la capacidad de los Estados menos desarrollados para beneficiarse de IED que promueve la sostenibilidad ambiental, pues con frecuencia se requiere un nivel mínimo de desarrollo económico, social y político, entre otras características, para que los países puedan atraer este tipo de inversiones, en vez de aquellas con efectos contaminantes.⁵²⁰ Shahbaz *et. al.* estudiaron la relación de causalidad entre la IED, el crecimiento económico, el consumo de energía y la emisión de CO₂ en 99 países en el período de 1975-2012, en tres paneles heterogéneos: países con alto, medio y bajo ingreso. Concluyeron que la IED reduce las emisiones de CO₂ en países de altos ingresos, pero no en los países de bajos ingresos. Encontraron que la IED en los países de bajos ingresos produce un incremento en el consumo de energías fósiles, por lo que el aumento de la IED en los sectores industriales y productivos en estos países resultará en insostenibilidad ambiental. Sólo en los países de altos ingresos, la IED y el crecimiento económico promueven la innovación tecnológica y la eficiencia energética. Esto se podría explicar porque los países de pocos ingresos podrían dirigir la IED hacia sectores primarios y/o secundarios (como consecuencia de su estadio de desarrollo), además de mantener una regulación ambiental laxa y con implementación débil con el fin de atraer la IED en un contexto de competencia.

Así, estos autores sugieren que los países de altos ingresos transfieran sus tecnologías ambientales a los países de bajos ingresos; que los países de ingresos

⁵¹⁹ Ver: M. ABDOULI y S. HAMMAMI, "Investigating the Causality Links between Environmental Quality, Foreign Direct Investment and Economic Growth in MENA Countries" (2017) *International Business Review* Vol. 26, No. 2, p. 264.

⁵²⁰ Por ejemplo, los Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL) del Protocolo de Kioto son considerados como herramientas fundamentales para promover el desarrollo sostenible –y la sustentabilidad ecológica–, pero factores como "la falta de capacidad técnica e institucional, la inseguridad jurídica, la inhabilidad para lograr contratos que logren un reparto equitativo de beneficios y la ausencia de conocimientos y experiencias sobre el MDL de algunos países en desarrollo, sobre todo de los más pobres, ha provocado que la distribución geográfica de los proyectos sea desigual y que pocos sean los beneficiarios". Ver: P. M. VILLAVICENCIO CALZADILLA, "La contribución al desarrollo sostenible del Mecanismo de Desarrollo Limpio" Tesis Doctoral (Universitat Rovira i Virgili 2013) p. 368. Así, han sido los países con economías emergentes los principales receptores de inversiones de MDL y no los países más vulnerables que son a la vez los que más necesitan inversiones en este sector. Ver: UNCTAD, "World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy..." cit., p. 102; UNCTAD, "Nota de la Secretaría de la UNCTAD. Oportunidades y desafíos de comercio e inversión en el marco del Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL)" (21 de enero de 2009); A. SILAYAN, "Equitable Distribution of CDM projects among developing countries" (2005) *Hamburg Institute of International Economics Report* No. 255, p. 57 <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/32938/1/497849976.pdf>>.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

medios alienten a las empresas a adoptar tecnologías amigables con el medio ambiente, no sólo para mejorar la producción doméstica, sino también para reducir las emisiones de CO₂, utilizando una combinación de regulaciones de *command-and-control* y *market-based mechanisms*. Finalmente, los países de bajos ingresos necesitan introducir políticas de *command-and-control* para reducir la contaminación ambiental para evitar que la IED produzca el efecto indeseado de degradar el medio ambiente; fortalecer sus instituciones para implementar efectivamente las políticas ambientales; y adoptar tecnologías ambientalmente amigables y eficientes energéticamente para poder conservar los recursos naturales.⁵²¹

3.3. Balance

Los estudios anteriores sugieren que la IED puede ser una fuente de capital externo para los países anfitriones que podría conducir tanto a la degradación ambiental como contribuir al *crecimiento económico bajo en carbono* –que no necesariamente es lo mismo que el desarrollo sostenible.

Se confirma la agudización de la degradación ambiental tanto en el sector primario como en el secundario en países en desarrollo como consecuencia del aumento del ingreso de IED, cuando los países analizados tuvieron legislación y estándares ambientales bajos y una deficiente aplicación y ejecución de la ley.⁵²² El sector terciario aparecería como aquel donde la IED puede contribuir más a la sostenibilidad del país receptor, a través del transporte sostenible, los servicios de agua y saneamiento, los servicios de producción de energía y electricidad de fuentes renovables, los servicios de gestión de residuos, telecomunicaciones, inversiones en Investigación y Desarrollo (I+D), y en desarrollo de software, etc.⁵²³

También se confirma la contribución de la EID a un crecimiento económico bajo en carbono, pero únicamente cuando se presentan ciertas condiciones, entre ellas, la existencia de políticas y leyes que:

- 1) Controlen las emisiones de GEI y la contaminación, de lo contrario, los países anfitriones se vuelven paraísos de contaminación.

⁵²¹ M. SHAHBAZ et. al., "Does foreign direct investment impede environmental quality in high-, middle-, and low-income countries?" (2015) *Energy Economics* Vol. 51, p. 275.

⁵²² Excepcionalmente, la IED en el sector primario, específicamente en la minería y en la agricultura, puede generar un crecimiento económico bajo en carbono, debido al uso de tecnologías limpias *pero únicamente en los países de altos ingresos*. Ver: N. DOYTCH y M. UCTUM, "Globalization and the environmental impact of sectoral FDI" (2016) *Economic Systems* Vol. 40, No. 4, p. 582. Ver también: V. AUST, A. I. MORAIS y I. PINTO, "How does foregin direct investment contribute to Sustainable Development Goals? Evidence from African countries" (2020) *Journal of Cleaner Production* Vol. 245, No. 118823.

⁵²³ N. DOYTCH y M. UCTUM, "Globalization and the environmental impact of sectoral FDI...", cit., p. 589.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

- 2) Guíen la distribución sectorial de la IED, porque el efecto del *pollution halo* sólo se produce en algunos sectores (terciario principalmente) y cuando la IED que se atrae es "de calidad".⁵²⁴
- 3) Dispongan (obliguen a) la diseminación o transferencia de tecnología de las empresas extranjeras a las domésticas o al país receptor como una condición básica para que el efecto positivo de la IED se pueda producir.

Cabe mencionar que *el nivel de desarrollo del país receptor es un factor determinante en los efectos positivos o negativos de la IED sobre el medio ambiente*. Se puede inferir que los países en desarrollo generalmente tienden a tener legislaciones y estándares ambientales más laxos, así como instituciones menos fuertes para su implementación, motivo por el cual la IED produce peores efectos sobre el equilibrio ecológico que en los países desarrollados.

Asimismo, en un contexto de competencia, el nivel de desarrollo podría influenciar el margen para atraer selectivamente la IED "de calidad" y podría tener también un efecto en la distribución sectorial de la IED.⁵²⁵ Los estudios muestran que a menor nivel de desarrollo, los países necesitan introducir más políticas de *command-and-control* para limitar la sobreexplotación de los recursos naturales y controlar la contaminación ambiental derivada del aumento de la IED; tienen una mayor necesidad de ser selectivos con la IED "de calidad" que se atrae; existe una mayor necesidad de fortalecer sus instituciones; y mayor necesidad de introducir mecanismos o regulaciones que les permita aprovechar la tecnología y prácticas ambientalmente amigables de la IED, lo que se traduce en una necesidad de tener una mayor flexibilidad regulatoria.

Hay varios aspectos importantes para la relación de la sostenibilidad y la IED que han quedado fuera del alcance de los estudios consultados. El primero es que los

⁵²⁴ Definir la inversión extranjera "de calidad" también presenta algunas dificultades porque no hay consenso sobre qué es la IED ambientalmente relevante. Ver: M. Kardos, "The Relevance of Foreign Direct Investment for Sustainable Development...", cit. op.

⁵²⁵ Queda pendiente para una futura investigación la observación de los flujos de IED por sector en los países desarrollados y en desarrollo. Asimismo, queda pendiente comparar estos flujos con los términos de sus AII para comprobar hasta qué punto sus políticas de inversión extranjera pueden contribuir u obstaculizar la transición hacia la sostenibilidad. De momento, basta con mencionar un punto esperanzador y una señal de alarma. Por la parte esperanzadora, se menciona que en los últimos años la distribución sectorial de la IED a escala global se enfoca cada vez más en el sector de los servicios, esto ya implica un cambio porque históricamente la IED que entra a los países en desarrollo, especialmente los Africanos y los menos desarrollados, ha sido en el sector primario de las industrias extractivas de metales e hidrocarburos. Por la parte de alarma el rápido crecimiento del gas esquisto en Estados Unidos está modificando los patrones de IED en el sector del gas e hidrocarburos a nivel global. La UNCTAD advierte que a pesar de las grandes preocupaciones ambientales y económicas que existen en torno a la extracción del gas esquisto y de las protestas contra esta actividad, la IED en la extracción del gas esquisto ha producido una reducción del precio del gas natural, con lo cual se están beneficiando las industrias manufactureras y se está presentando como una oportunidad de crecimiento económico. Con ello, Estados Unidos y otros países ricos en gas esquisto se están volviendo países receptores de IED en el sector primario, lo cual también está favoreciendo el aumento de la IED en el sector secundario y, en consecuencia, también una mayor degradación ambiental. Ver: UNCTAD, "World Investment Report 2014: Investing in the SDGs – An Action Plan" (2014) pp. 11-12.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

estudios revisados que confirman efectos positivos de la IED para el crecimiento económico bajo en carbono únicamente analizan las emisiones de CO₂ de la IED, pero no analizan los efectos sobre el agua, los bosques, la biodiversidad, entre otros. Por ello, es difícil concluir que efectivamente promueven el desarrollo sostenible de los Estados anfitriones. Segundo, dichos estudios hacen análisis sectoriales muy amplios, es decir, no distinguen las diversas actividades dentro de los sectores, especialmente en el terciario, por lo que tampoco arrojan información sobre los efectos ambientales (agua, bosques, etc.) de la IED en la gestión de los residuos, la construcción, el turismo, los diversos servicios financieros climáticos (ej. bonos verdes), entre otros. Finalmente, dichos estudios tampoco hacen referencia al *elemento social* de la sostenibilidad, que debería incluir los efectos de la IED sobre el acceso a los recursos naturales, los efectos de la contaminación y los pasivos ambientales sobre las poblaciones anfitrionas, los efectos en las instituciones democráticas o de tomas de decisiones relacionada con las inversiones o la reparación por los daños ocasionados por las operaciones de la IED. Dichas variables podrían arrojar resultados distintos sobre la relación entre IED y sostenibilidad.

De todo lo anterior se puede concluir que *la cuidadosa y robusta regulación de la inversión extranjera y el efectivo cumplimiento de la ley es el factor más determinante del potencial de la IED de contribuir al desarrollo sostenible de los países anfitriones.*

El derecho debe prevenir y sancionar daños al ambiente, proteger los ecosistemas y gestionar el uso sostenible de los recursos naturales, así como de las emisiones de contaminantes y residuos. En mi opinión, un marco normativo para la inversión extranjera adecuado debería aplicar el *enfoque ecosistémico*⁵²⁶, esto es que 1) considere los efectos cumulativos de todas las actividades humanas sobre el equilibrio de los ecosistemas, a escalas temporales y espaciales apropiadas; 2) priorice la integridad de los ecosistemas por encima del crecimiento económico y aplique los principios preventivo y precautorio; 3) seleccione la entrada de IED en base a su "calidad ambiental" y la regule conforme a los límites de los ecosistemas; 4) provea el acceso a los recursos y la distribución equitativa de activos y pasivos ambientales; y 5) promueva la participación pública, la equidad de género y la garantía de los derechos de todas las personas, en especial, de los grupos vulnerables.⁵²⁷

En ausencia de dicha regulación, la promoción de la IED como un vehículo para transitar hacia la sostenibilidad es una opción sumamente peligrosa para el planeta porque nos podría dirigir en la dirección opuesta: a la aceleración de la degradación ambiental.

⁵²⁶ Ver: CDB, "Enfoque por ecosistemas" (Secretaría del CDB 2004).

⁵²⁷ Sobre las características que debe tener el derecho para mantener la funcionalidad de los ecosistemas ver: O. WOOLLEY, *Ecological Governance: Reappraising Law's Role in Protecting Ecosystem Functionality* (Cambridge University Press 2014) p. 21.

4. Re-conceptualización del DIIE para acelerar el desarrollo sostenible

En vista de que la inversión extranjera tiene una tendencia natural a aumentar las presiones ambientales en ausencia de una regulación robusta, considero que es necesario re-conceptualizar el DIIE por completo, comenzando por un cambio de objetivo y de enfoque de todo el régimen. El *objetivo principal* debería ser el desarrollo sostenible, pero no aquél del ambientalismo neoliberal, sino el de corte ecologista que supone la co-evolución humano-naturaleza, la restauración de los sistemas naturales, la recuperación de la biodiversidad, el combate al cambio climático y la alineación de la economía global a los procesos naturales y los límites planetarios.⁵²⁸

El enfoque debería ser el de *regular* la inversión extranjera para: 1) prevenir, sancionar y revertir, en la medida de lo posible, daños en el medio ambiente y las personas derivados de las inversiones internacionales; y 2) establecer metas y mecanismos claros de cooperación internacional en ciencia e investigación, fortalecimiento de capacidades, transferencia de tecnología y mecanismos para catalizar las inversiones privadas que apoyen la transformación ecológica de los países anfitriones.⁵²⁹

Jaria i Manzano expone que las constituciones nacionales en el antropoceno deberían abandonar la visión utópica de los derechos individuales y, en su lugar, adoptar un enfoque de *responsabilidad*.⁵³⁰ Siguiendo este mismo argumento, en mi opinión, en vez de un enfoque de “protecciones” de los inversionistas, los nuevos AII deberían estar enfocados en una responsabilidad compartida de Estados e inversionistas de garantizar la vida en el planeta; una responsabilidad que se tiene de cara a las generaciones presentes y futuras de todas las especies

⁵²⁸ En esta investigación me referiré a este objetivo como “la transición ecológica” o “desarrollo ecológicamente sostenible” indistintamente. Utilizo estos términos únicamente para dejar en claro que me adhiero al enfoque ecologista del desarrollo sostenible expuesto en 1. Aproximación al desarrollo sostenible en este mismo capítulo. La idea de poner la transformación ecológica en el centro del DIIE se inspira en aquellas expuestas en corrientes del constitucionalismo del antropoceno. ver: J. JARIA I MANZANO, *La Constitución del Antropoceno* (Tirant lo Blanch 2020); D. AMIRANTE, “Del estado de derecho ambiental al Estado del Antropoceno. Una mirada a la historia del constitucionalismo medioambiental” (2020) *Revista general de derecho público comparado* Vol. 28, p. 423182. También ver: PNUMA, “Making peace with Nature. A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies” (2021); W. STEFFEN, K. RICHARDSON, J. ROCKSTRÖM, S. H. CORNELL, I. FETZET, E. M. BENNET, R. BIGGS y S. R. CARPENTER, “Planetary boundaries: Guiding Human Development...”, cit., p. 1259855.

⁵²⁹ Tienhaara y Tucker también defienden la regulación de la IED a través del DIIE, aunque con un enfoque distinto al aquí propuesto. Ver: K. TIENHAARA y T. TUCKER, “Regulating foreign investment: Methanex revisited” en C. L. LIM, *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (Cambridge University Press 2016) pp. 255-288.

⁵³⁰ Ver: J. JARIA I MANZANO, “Sustainability and Justice: A Constitution of Fragility” en B. FELIPE PEREZ, D. IGLESIAS MARQUEZ y L. MARTINEZ HERNANDEZ (eds), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance* (Cambridge University Scholars 2018) p. 20; J. JARIA I MANZANO, *La Constitución del Antropoceno...*, cit., p. 244.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

del planeta.⁵³¹ En otras palabras, los AII deberían establecer obligaciones a cargo del Estado y de los inversionistas de alinear la economía a los procesos naturales, las capacidades de carga de los ecosistemas y los límites planetarios, así como de garantizar la equidad en el acceso y distribución de los recursos naturales y los beneficios derivados de su utilización.

Un nuevo DIIE centrado en acelerar el desarrollo sostenible debería incorporar una serie de principios ambientales en los AII para dirigir a los tribunales/jueces a priorizar la integridad ecológica, por ejemplo, los principios de precaución,⁵³² *in dubio pro natura*,⁵³³ participación pública en la toma de decisiones,⁵³⁴ responsabilidad por daños ambientales,⁵³⁵ entre otros.

Al guiarse con un enfoque de responsabilidad hacia la vida en el planeta, el principio de precaución tomaría un rol fundamental. Se podría esperar que un AII que incorporara este principio, guiaría a los Estados a adoptar decisiones económicas basándose en información científica sobre la vulnerabilidad de los ecosistemas, los efectos cumulativos de las actividades humanas en los ecosistemas, la irreversibilidad de los efectos de dichas actividades sobre los sistemas del planeta.⁵³⁶

⁵³¹ Sobre la responsabilidad de proteger el clima por las generaciones futuras, ver: M. DE ARMENTERAS CABOT, "Justicia Intergeneracional, Derecho y litigio climático", Tesis doctoral (Universitat Rovira i Virgili/Universitat de Barcelona 2021).

⁵³² La Declaración de Río se refiere al principio de precaución: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". Ver: Declaración de Río, Principio 15.

⁵³³ Este principio indica que, ante la posibilidad de elegir entre varias medidas, acciones o soluciones posibles, en un caso concreto, se debe optar por la que sea más beneficiosa para el medio ambiente. Se dice que este principio incorpora tanto el de prevención como el de precaución. Ver: A. OLIVARES y J. LUCERO, "Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente" (2018) *Revista Ius et Praxis* Vol. 24, No. 3, pp. 619-650; J. RUSSO y R. O. RUSSO, "In dubio pro natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales" (2009) *Tierra Tropical* Vol. 5, No. 1, pp. 23-32; P. GAMBOA LEÓN, "Elementos necesarios para la correcta configuración del emergente principio *in dubio pro natura*" (2021) *USFQ Law Working Papers 2020/03*.

⁵³⁴ Ver: Declaración de Río, Principio 10 y capítulo 4 de esta investigación doctoral.

⁵³⁵ La Declaración de Río establece que "Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción". Ver: Declaración de Río, Principio 13.

⁵³⁶ L. KOTZÉ, "Earth System Law: The Juridical Dimensions of Earth System Governance" (2019) *Earth System Governance* Vol. 1, pp. 1-12; J. JARIA I MANZANO, "Sustainability and Justice: A Constitution of Fragility...", cit., p. 20. También ver: H. DAVIES, "Investor-State Dispute Settlement and the Future of the Precautionary Principle" (2016) *British Journal of American Legal Studies* Vol. 5, No. 2, pp. 449-486. Davies concluye que el principio precautorio es insuficiente para balancear el derecho a regular de los Estados y las protecciones de los inversionistas, pero mi argumento es que este principio, junto con un cambio de enfoque y las propuestas expuestas en este capítulo, se podría reformar el DIIE radicalmente para convertirse en un vehículo para financiar la transición ecológica.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

Por su parte, el principio *in dubio pro natura* debería incluirse en los AII para guiar a los Tribunales arbitrales -o aquel “juez” que aplique los AII- a interpretar que, en caso de existir distintas medidas ambientales con diversos efectos sobre la inversión extranjera, las medidas ambientales que logren la mayor protección ambiental sean preferibles y estén escudadas contra reclamaciones de los inversionistas en el arbitraje inversionista-Estado.⁵³⁷ El propósito de su inclusión sería que las medidas orientadas a lograr el mejor resultado ambiental -ya sea una mejor distribución de los recursos, un uso más eficiente o la mera conservación de un área para proteger los servicios eco-sistémicos o la biodiversidad sean preferibles sobre otras medidas menos onerosas para el inversionista pero que no puedan lograr el mismo resultado ambiental.⁵³⁸

El principio de participación pública también debería ser una parte integral de los AII para poder cumplir con el objetivo de catalizar una reproducción social más ecológica.⁵³⁹ Este principio se estudia con más detalle en el Capítulo 4, por ahora sólo basta mencionar que, en mi opinión, la participación pública debería garantizarse en relación con las principales decisiones relacionadas con las inversiones: contratos, permisos ambientales, políticas, AII y el arbitraje inversionista-Estado.

Por lo que se refiere al cambio de enfoque hacia uno de “regulación”,⁵⁴⁰ la reforma del DIIE debería ocuparse de: 1) regular la conducta de las empresas y sus transacciones transnacionales a través de los AII; 2) reformular las cláusulas de los AIII sobre el derecho aplicable a las diferencias relacionadas con las inversiones; y 3) corregir la liberalización e internacionalización de la inversión extranjera logrado en el período neoliberal; y 4) establecer disposiciones para catalizar las inversiones sostenibles hacia los países en desarrollo.

⁵³⁷ Ver: A. MORALES LAMBERTI, “La aplicación de los principios emergentes *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas” (2019) *Revista de la Facultad* Vol. X, No. 2, Nueva Serie II, pp. 217-241.

⁵³⁸ Un ejemplo del funcionamiento del principio *in dubio pro natura* en jurisdicciones internas se encuentra en un caso en Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental*, Caso 714/2016/RH1, fallo (11 de julio de 2019).

⁵³⁹ Con una visión similar ver: E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.), *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) p. 5.

⁵⁴⁰ También Viñuales llama a un cambio de perspectiva del DIIE. Él propone dejar de pensar en el derecho para la “protección de la inversión extranjera” para pensarlo como uno de “gobernanza de la inversión extranjera”. Ver: J. E. VIÑUALES, “Foreign Direct Investment: International Investment Law and Natural Resource Governance” en E. MORGERA y K. KULOVESI, *Research Handbook on International Law and Natural Resources* (Edward Elgar 2016) pp. 26-45.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

4.1. Regulación de la conducta de las empresas y sus transacciones transnacionales

La regulación de las empresas (transnacionales) y sus inversiones podría lograrse a través de: 1) la inclusión de obligaciones concretas a cargo de las empresas en los AII;⁵⁴¹ 2) la inclusión de obligaciones a cargo de los Estados a regular a las empresas, estableciendo estándares mínimos ambientales y de derechos humanos en los AII;⁵⁴² y 3) la inclusión de disposiciones que obliguen a las empresas a cumplir con el derecho interno de los Estados a lo largo de todo el ciclo de vida de la inversión, como una condición para beneficiarse de los AII.⁵⁴³ Este tema se aborda con un poco más de detalle en el apartado 4.4.6 Disposiciones para mejorar la integración del derecho internacional.

4.2. Reformulación de las cláusulas sobre el derecho aplicable a las diferencias relacionadas con las inversiones

En mi opinión, resulta necesario rescatar la aplicación concurrente del derecho internacional y del derecho interno en el arbitraje inversionista-Estado, redefinir su orden de prevalencia y el rol que cada uno de ellos juega para alcanzar un desarrollo ecológico.⁵⁴⁴ Esta aplicación concurrente ya está prevista en el art. 42(1) del Convenio del CIADI, pero fueron los Tribunales quienes se encargaron de obviar la aplicación del derecho interno y aplicar *prima facie* el derecho internacional.⁵⁴⁵

En este contexto, los AII podrían incluir una cláusula de derecho aplicable que claramente previera la aplicación del derecho interno y definiera las interrelaciones entre ambos sistemas de normas, estableciendo que, en caso de duda, conflicto o

⁵⁴¹ Como ya hemos concluido en la sección anterior, la incorporación de obligaciones a cargo de los inversionistas y de estándares mínimos sociales y ambientales podría ser una estrategia para evitar la competencia entre los Estados para atraer la inversión extranjera con regulaciones ambientales laxas. Contribuiría a prevenir los paraísos de contaminación. Ver secciones 3.1 y 3.3. de este capítulo.

⁵⁴² Ver: OHCDR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos" (2011) Pilar I, especialmente Principios 4-6. Ver también: W. E. MERE, "Recent trend towards a balanced business and human rights responsibility in investment treaties and arbitration" (2020) *Homa Publica – Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas* Vol. 4, No. 1, e:067 <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/32596/21774>>.

⁵⁴³ OHCDR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos"..., cit., Pilar 2, especialmente Principio 2.

⁵⁴⁴ Sobre la importancia de clarificar las interrelaciones del derecho internacional y el derecho interno en el DIIE, ver: H. E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration...*, cit., pp. 217-283. Sobre los retos de aplicar el derecho interno en el arbitraje inversionista-Estado y las posibles soluciones ver: J. HEPBURN, *Domestic Law in International Investment Arbitration* (Oxford University Press 2017).

⁵⁴⁵ Ver 4.6. Formación de un régimen autosuficiente relativo a la inversión extranjera (en este mismo capítulo).

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

laguna se aplique la norma más beneficiosa para el equilibrio ecológico/el desarrollo sostenible.⁵⁴⁶

Por sí solo, el derecho internacional es insuficiente para lograr este objetivo por dos motivos. Primero porque no regula a las inversiones internacionales directamente para prevenir y controlar sus efectos negativos sobre el medio ambiente y sobre los derechos humanos.⁵⁴⁷ Y segundo, porque no define los casos en que se debe dar prioridad al equilibrio ecológico o algún otro bien común, por encima de otros intereses privados basados en el derecho a la propiedad.⁵⁴⁸ En cambio, las Constituciones nacionales y las legislaciones de los países anfitriones pueden estar mejor capacitados para responder a estos retos y balancear ambos intereses protegidos. Por ello, propongo *recuperar* la aplicación del derecho interno *prima facie*.

Pac Rim Cayman LLC v. La República de El Salvador ilustra cómo el derecho interno puede estar mejor equipado para balancear los derechos de los inversionistas extranjeros con los derechos de otros miembros de la población ante un proyecto de inversión. Pac Rim Cayman, una empresa canadiense, demandó a El Salvador por la negativa de las autoridades de conceder el permiso ambiental y la concesión explotación de la mina de oro El Dorado en Las Cabañas. Dado que la demanda se admitió en base al consentimiento al arbitraje expresado por El Salvador a través de su Ley de Inversiones, el Tribunal aplicó el derecho interno de El Salvador al

⁵⁴⁶ Sobre la aplicación concurrente del derecho interno y el derecho internacional en el arbitraje inversionista-Estado ver: H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration...*, cit., pp. 269-302.

⁵⁴⁷ Ver Capítulo 1, 4.6. Formación de un régimen autosuficiente relativo a la inversión extranjera. Los instrumentos internacionales ambientales y de derechos humanos *obligan a los Estados* a regular a los sujetos y actividades en su territorio, pero no regulan directamente a los inversionistas extranjeros y sus inversiones. Por ejemplo, el marco de la ONU sobre empresas y derechos humanos adopta el enfoque de "proteger, respetar y remediar", donde claramente se define que las empresas deben estar sujetas al derecho de los países donde se encuentran y donde operan; y la Agenda 2030 también recuerda que es responsabilidad de cada Estado lograr su propio desarrollo sostenible. Ver: CDH, "Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a desarrollo. Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie" (7 de abril de 2008) párr. 14.

⁵⁴⁸ Varios autores defienden que una prueba de proporcionalidad permitiría balancear varios derechos e intereses igualmente legítimos en el arbitraje de inversiones; mientras que otros presentan varias dudas sobre la idoneidad de aplicar esa prueba en el arbitraje de inversiones. Ver: J. KROMMENDIJK y J. MRIJN, "Proportional" by what measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration" en P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN y F. FRANCONI (eds) *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University Press 2009) pp. 422-252; RANJAN, "Using the Public Law concept of proportionality to balance investment protection with regulation in international investment law: A critical appraisal" (2014) *Cambridge Journal of International and Comparative Law* Vol. 3, No. 3, pp. 853-883; E. DE BRANDEBERE y P. B. MIRANDA DA CRUZ, "The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective" (2020) *Nordic Journal of International Law* Vol. 89, pp. 471-491.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

fondo del asunto, en primer lugar, y el derecho internacional con una función correctiva sobre el derecho interno.⁵⁴⁹

Según la Ley de Minería de El Salvador, los titulares de una licencia de exploración minera que hubiesen probado la existencia del potencial minero del área autorizada podían solicitar el otorgamiento de la concesión para la explotación y aprovechamiento de los minerales, de acuerdo con los requisitos legales. El art. 37(2) establecía que la solicitud debía ir acompañada de "la escritura de propiedad del inmueble o autorización otorgada en legal forma por el propietario [del área afectada por la mina]", a efectos de ser aceptada por el Ministerio de Economía.⁵⁵⁰ Pac Rim presentó su solicitud de concesión de explotación sin adjuntar pruebas sobre los derechos de propiedad en el área superficial de la concesión de explotación o la autorización de los propietarios superficiales.⁵⁵¹ No la presentó porque el proyecto tenía mucha oposición social, incluida la de los propietarios superficiales de la mina subterránea que Pac Rim quería explotar.⁵⁵² Así, las autoridades competentes no otorgaron a Pac Rim la concesión de explotación. Para Pac Rim este requisito debía ser un error en la Ley y no era aplicable a su proyecto porque no generaría ninguna modificación o afectación en el área superficial de la mina, ya que sus operaciones serían subterráneas.⁵⁵³ En su opinión, la conducta de las autoridades era arbitraria y sólo obedecía a la presión política de los grupos opositores a la mina.

El Tribunal resolvió que la norma vigente al momento establecía ese requisito y que su objetivo era proteger los derechos de los titulares del dominio superficial, quienes podrían verse afectados por las actividades realizadas en el subsuelo.⁵⁵⁴ El Tribunal notó que Pac Rim nunca cumplió con dicho requisito y que tampoco tomó medidas para identificar aquellas áreas que sí podrían sufrir afectaciones por

⁵⁴⁹ *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Laudo (14 de octubre de 2016) Parte V, párr. 5.61

⁵⁵⁰ *Ibid.*, Parte VII-P. 3, pa. 7.5-7.11.

⁵⁵¹ *Ibid.*, Parte VIII-pág. 8, pa. 8.24

⁵⁵² Ver: CDH, "Exposición conjunta escrita presentada por Centro Europa-Tercer Mundo, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva general, Institute for Policy Studies (IPS), organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial, y Ceter for International Environmental Law (CIEL), organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva de la lista. Proyectos de minería en El Salvador e Impunidad, violación de los Derechos Humanos, la democracia y la soberanía nacional" (26 de mayo de 2014). También ver la descripción del conflicto minero en el Atlas de Justicia Ambiental: EJATLAS, "Pacific Rim at El Dorado mine, El Salvador" (17 June 2018) < <https://ejatlas.org/conflict/el-dorado-el-salvador>>.

⁵⁵³ *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Laudo (14 de octubre de 2016) Parte VIII-pág. 8, pa. 8.24; y Parte VI-p. 13-19.

⁵⁵⁴ Las posibles afectaciones incluían: hundimiento de la superficie, vibraciones, explosión subterránea al momento de liberar gases, agotamiento de los mantos acuíferos, entre otros. Ver: *Ibid.*, Parte VIII-pág. 8, pa. 8.34

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

la mina, motivo por el cual nunca tuvo un derecho legal de acceder a la concesión. En consecuencia, el Tribunal desechó la pretensión de Pac Rim.⁵⁵⁵

Este caso ilustra que la aplicación del derecho interno puede servir para alcanzar un mejor balance entre los derechos de los inversionistas y los de terceros afectados, así como entre las inversiones y el medio ambiente. No obstante, ello no significa que el derecho interno sea, en todos los casos, el que mejor protege los derechos de las personas o el medio ambiente, puesto que ello dependerá de su contenido, mismo que también es susceptible a cambios para favorecer a los inversionistas.⁵⁵⁶

Desde mi perspectiva, una solución factible a este reto sería que la cláusula de derecho aplicable a las controversias dirigiera al juzgador a aplicar el derecho internacional de manera subsidiaria y, en caso de duda, conflicto o laguna, *aplicar aquel derecho que sea más favorable al desarrollo sostenible*.

4.3. Corrección de la liberalización e internacionalización de la inversión extranjera

A fin de corregir la liberalización de las inversiones, parece imperante dismantelar el andamiaje que permitió la conformación del DIIE neoliberal: 1) la internacionalización de los contratos con cláusulas paraguas y cláusulas de congelamiento del derecho; 2) el consentimiento abierto al arbitraje (consent without privity); 3) el acceso directo al arbitraje (sin agotar los recursos internos); 4) la expansión de las protecciones de los inversionistas; 5) la formación de un derecho autosuficiente; y 6) la indemnización total por daños sufridos por los inversionistas. En las próximas páginas me dedicaré a proponer algunas soluciones para cada uno de estos elementos.

4.3.1. Las cláusulas paraguas en los AII

Las cláusulas paraguas en los AII fueron instrumentales para atraer los contratos inversionista-Estado al amparo de los AII y, consecuentemente, aplicarles el

⁵⁵⁵ *Ibid.*, Parte VIII-página 16, pa. 8.44.

⁵⁵⁶ Los países ricos en recursos naturales, especialmente aquellos que tienen una institucionalidad débil, enfrentan muchas presiones de diversos actores – empresas multinacionales, Estados de origen de las multinacionales, Banco Mundial, etc.- para adoptar leyes que favorezcan a los inversionistas extranjeros sobre otros intereses públicos. El mismo caso *Pac Rim v. El Salvador* ilustra esta realidad. Dado que Pac Rim no cumplía con los requisitos legales para la acceder a la concesión de explotación de la mina El Dorado, la empresa se involucró en prácticas de cabildeo para lograr la reforma de la Ley de Minería. La empresa logró convencer al ejecutivo de presentar una propuesta legislativa redactada por los abogados de la empresa a fin de eliminar las disposiciones que protegían los derechos de las personas afectadas por su proyecto y que la empresa veía como un obstáculo para proceder a la explotación de la mina. Por ello, confiar *únicamente* en el derecho interno para la protección del medio ambiente y los derechos de las personas tampoco parece la solución más adecuada. Ver: *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Laudo (14 de octubre de 2016) Parte III-pp. 5-9; Parte VI-pp. 30-36.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

derecho internacional en el arbitraje inversionista-Estado.⁵⁵⁷ Para revertir esta estrategia de internacionalización, los AII podrían eliminar por completo las cláusulas paraguas.⁵⁵⁸ Además, con el fin de impedir interpretaciones expansivas por parte de los tribunales arbitrales se podrían excluir expresamente las diferencias relacionadas con los contratos o cualquier otra promesa, declaración o representación del alcance de las protecciones del AII, y aclarar que dichas diferencias se resolverán exclusivamente por el derecho interno del Estado contratante en sus cortes internas.⁵⁵⁹

4.3.2. Cláusulas sobre el consentimiento abierto en los AII

El consentimiento abierto al arbitraje es el resultado de dos elementos: 1) las cláusulas que establecen que el consentimiento expresado en el AII se debe entender que cumple con los requisitos establecidos en el art. 25(1) del Convenio del CIADI o del art. 1 de la CNUDMI; y 2) la interpretación de los tribunales arbitrales afirmando que dichas cláusulas suponen un consentimiento abierto por parte de los Estados (*consent without privity*) que se perfecciona cuando el inversionista presenta su notificación de intención de someter la diferencia a arbitraje del CIADI.

Sin perjuicio de la urgente necesidad de re-evaluar si el arbitraje inversionista-Estado es verdaderamente necesario para financiar el desarrollo sostenible⁵⁶⁰ y de reformar profundamente este mecanismo de solución de controversias,⁵⁶¹ me

⁵⁵⁷ Ver capítulo 1, apartado 4.1. La internacionalización de los contratos inversionista-Estado.

⁵⁵⁸ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Packaget Regime" (2018) p. 45. Ver también: C.L. LIM, "Is the umbrella clause not just another treaty clause?" en C.L. LIM, *Alternative Visions of International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (Cambridge University Press 2016) pp. 349-376.

⁵⁵⁹ Es importante excluir expresamente las diferencias relacionadas con contratos o con "promesas" hechas a los inversionistas del alcance del AII ya que la interpretación expansiva ha sido común en el arbitraje de inversiones y, de acuerdo con algunos autores, la interpretación restrictiva de los AII para proteger la soberanía de los Estados es "obsoleta". Ver: M. PETSCHKE, "Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Critical Analysis of Arbitral Case Law" (2020) *Journal of International Arbitration* Vol. 37, No. 1, pp. 1-26.

⁵⁶⁰ K. TYENHAARA, "Does the Green Economy Need Investor-State Dispute Settlement?" en K. MILES (ed), *Research Handbook on Environment and Investment Law* (Edward Elgar 2019) pp. 292-311. Tienhaara analiza los argumentos de que el arbitraje inversionista-Estado es necesario para dar seguridad a los inversionistas y proteger inversiones en sectores claves como las energías renovables. Concluye que estos argumentos son muy débiles incluso adoptando un enfoque muy restrictivo de la "economía verde". El arbitraje inversionista-Estado no se justifica ni con la supuesta promesa de promover el desarrollo sostenible; UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., pp. 47-59.

⁵⁶¹ Incluso los defensores del arbitraje inversionista-Estado reconocen esta necesidad. Para este grupo, los motivos que justifican la reforma son, entre otros, la necesidad de: 1) reducir los riesgos legales y financieros que actualmente supone el arbitraje inversionista-Estado para los Estados anfitriones; 2) evitar que este mecanismo derive en derechos más amplios para los inversionistas extranjeros que los que gozan los inversionistas nacionales; 3) reducir la incertidumbre sobre los alcances de las protecciones de los inversionistas ocasionada por decisiones arbitrales contradictorias; y 4) mejorar la transparencia en los procedimientos, la selección de los árbitros y

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

parece necesario eliminar el consentimiento abierto y volver a un consentimiento contractual.

El consentimiento al arbitraje inversionista-Estado debería hacerse sobre la base de la reciprocidad y con conocimiento de causa, es decir, tras un conocimiento profundo del inversionista y su inversión.⁵⁶² Los AII podrían establecer que la disposición sobre la solución de diferencias NO supone el consentimiento en los términos del Art. 25 del Convenio del CIADI con el consentimiento en el AII, sino que está condicionado a *la existencia de un acuerdo, conforme al derecho interno, por escrito y previo al surgimiento de la diferencia entre el Estado anfitrión y el inversionista para someter a arbitraje una diferencia relacionada con una inversión concreta*.⁵⁶³

Propongo que el acuerdo sea conforme al derecho interno para asegurar que todos los contratos de inversión con consentimiento al arbitraje sean legales, es decir, que aquellos contratos que se hayan conseguido por medios corruptos o *ultra vires* queden sin efecto en lo que respecta al acceso al arbitraje inversionista-Estado.

La forma escrita y el requisito de que el acuerdo sea previo al surgimiento de la controversia pretende dar certeza jurídica a ambas partes. Se reduciría el riesgo para los inversionistas de que, una vez que haya surgido la diferencia, el Estado no quiera consentir someterse al arbitraje. De igual forma, se reduciría el riesgo para los Estados de que, una vez que la diferencia es previsible o inminente, los inversionistas constituyeran empresas en algún tercer Estado, con la mera intención de beneficiarse de un AII y poder demandar al Estado anfitrión.⁵⁶⁴

El acuerdo debería ser relacionado con una *inversión concreta y un inversionista concreto* por dos motivos. Primero, que el Estado pueda decidir qué inversiones merecen la protección del arbitraje en base a su potencial para financiar la transición ecológica. Por ejemplo, podrían consentir el arbitraje para aquellas inversiones que respondan a las prioridades establecidas en sus propios instrumentos de política pública, por ejemplo, su plan nacional de desarrollo, su

garantizar el debido proceso. Sobre esto ver: UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 23; J. WEBER y C. TITI, "UNCTAD's Roadmap for IIA Reform of Investment Dispute Settlement" (2015) *New Zealand Business Law Quarterly* Vol. 21, No. 4, pp. 319-327. Para los detractores del arbitraje inversionista-Estado, los motivos de reforma son mucho más profundos, tales como la injusticia y la desigualdad que estos AII causan.

⁵⁶² Ver: M. MAGNARELLI, *Privity of Contract in International Investment Arbitration* (Kluwer Law International 2020), Chapter 6.

⁵⁶³ Ver: J.D. AMADO, "From Investor's Arbitration to Investment Arbitration: A Mechanism for Allowing the Participation of Host State Populations in the Settlement of Investment Conflicts" (2014) *Legal Research Studies of the University of Cambridge* Paper No. 8/2014.

⁵⁶⁴ Ver: B. P. EBERT, "Forum Shopping im Internationales Investitionsschutzrecht: Wie weit geht die Gestaltungsfreiheit, wo beginnt der Missbrauch?" en KRAUSKOPF y BABEY (eds) *Internationales Wirtschaftsrecht, Recht im Wandel zwischen Globalisierung und Re-Nationalisierung* (Helbing Lichtenhahn 2017) pp. 83-105; B. P. EBERT, "Forum Shopping, Treaty Shopping, Nationality Planning, and International Investment Law: Quo Vadis" (2018) *Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches Recht* Vol. 41, pp. 27-29.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

contribución nacionalmente determinada en materia de cambio climático, su plan de adaptación al cambio climático, etc.

Segundo, acordar el consentimiento a un inversionista concreto permitiría prevenir la práctica de las empresas multinacionales de establecer empresas fantasma (*shell or mailbox companies*) en terceros países con la mera finalidad de beneficiarse de las protecciones del acuerdo o del AII.⁵⁶⁵

Finalmente, el acuerdo debería ser recíproco de manera tal que, si el inversionista no cumple con el derecho interno durante todo el ciclo de vida de su inversión, o si causa daños significativos al medio ambiente o población del país anfitrión, el Estado también pueda demandar al inversionista en instancias internacionales en representación de su población.⁵⁶⁶

4.3.3. Disposiciones sobre el agotamiento de los recursos internos

El agotamiento de los recursos internos previo al inicio de cualquier procedimiento judicial o arbitral en instancias internacionales es una regla general en el derecho internacional, que fue desplazada por el Convenio del CIADI.⁵⁶⁷ Esto puede corregirse fácilmente con disposiciones expresas en los AII requiriendo el agotamiento de los recursos internos previo al inicio de un procedimiento en instancias supranacionales.

Requerir el agotamiento de los recursos internos es fundamental para revertir el proceso de internacionalización y desregulación de la economía por varios motivos: 1) permitiría ejercer un control sobre la legalidad y validez de los actos de autoridad;⁵⁶⁸ 2) permitiría ejercer un control constitucional sobre las leyes,

⁵⁶⁵ Por ejemplo, en *Pac Rim v. El Salvador*, el inversionista era una empresa canadiense en el sector de la minería. Cuando vio que su proyecto corría el riesgo de no obtener los permisos ambientales necesarios para desarrollar la mina, constituyó una empresa en EEUU con la mera intención de beneficiarse del Tratado de Libre Comercio entre EEUU y Centroamérica y poder demandar a El Salvador. Ver: *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (1 June 2012).

⁵⁶⁶ Sobre propuestas para modificar las cláusulas del consentimiento ver: J. D. AMADO, "From Investor's Arbitration to Investment Arbitration...", cit., p. 17; del mismo autor ver: J. D. AMADO, J. S. KERN y M. D. RODRIGUEZ, *Arbitrating the Conduct of International Investors* (Cambridge University Press 2018).

⁵⁶⁷ Ver capítulo 1, apartado 4.4. El acceso directo a instancias internacionales de solución de diferencias de inversiones.

⁵⁶⁸ Por ejemplo, las cortes podrían revisar que los contratos de inversión o los permisos asociados a la inversión hayan sido otorgados conforme a la ley y, con ello, verificar la legalidad de las inversiones. En buena teoría, un control de legalidad previo debería servir para evitar que estos casos lleguen a la instancia internacional. Los inversionistas aún podrían presentar su caso en el ámbito internacional, pero alegando una denegación de justicia. Sobre este tema, defendiendo el agotamiento de los recursos internos: A. SARAVANA y S.R. SUBRAMANIAN, *Role of Domestic Courts in the Settlement of Investor-State Disputes: The Indian Scenario* (Springer 2020).

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

políticas y medidas que afectan al inversionista;⁵⁶⁹ 3) permitiría una aplicación integral del derecho interno del Estado, es decir, se aplicarían todas las normas que atañen a la inversión, incluidas las ambientales y las sociales; 4) permitiría garantizar y ejecutar los derechos de acceso a la información, participación pública en toma de decisiones y acceso a la justicia en asuntos ambientales; 5) guiaría en la ponderación de diversos intereses protegidos relevantes para las inversiones, por ejemplo, interpretaría conceptos como la “función social y ecológica” de la propiedad privada; y 6) pondría en igualdad de condiciones o recursos a las autoridades públicas, el inversionista y miembros de la población del Estado anfitrión que pudieran haber resultado afectados de alguna manera por la inversión.

4.3.4. Las protecciones amplias de la inversión extranjera

El siguiente andamio del DIIE neoliberal fue la expansión de las protecciones de los inversionistas, tanto en el texto de los AII como a través de métodos interpretativos de los tribunales. Corregir este expansionismo es otro elemento central de corregir los abusos del período neoliberal.

4.3.4.1. Expropiación indirecta

El DIIE neoliberal se encargó de incluir en los AII disposiciones que incorporaran la “expropiación indirecta” o las “medidas equivalentes a una expropiación”, dando una clara señal de que los efectos de las medidas sobre el valor de la inversión es siempre un factor determinante al evaluar la conducta de los Estados a la luz de sus compromisos adquiridos en los AII.⁵⁷⁰

Desde mi perspectiva, la expropiación indirecta o “las medidas equivalentes a una expropiación” es uno de los principales obstáculos para avanzar hacia una transición ecológica. La emergencia climática y los compromisos bajo el Acuerdo de París requieren la adopción de medidas ambiciosas para limitar las emisiones de CO₂ por debajo de los 2°C. Se dice que la eliminación del carbono del sector eléctrico es el paso más importante para alcanzar este objetivo, por lo que los Estados tendrán que cubrir la demanda de energía eléctrica con energías renovables y, paralelamente, cerrar las plantas de carbón.⁵⁷¹ En el caso de la UE, se calcula que el 25% de las plantas de carbón se deberían haber cerrado en el

⁵⁶⁹ Ver: BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, “The Sixteenth Amendment of 10 July 2018 to the Atomic Energy Act has not entered into force; the legislator remains obliged to enact new provisions” *Press release* No. 98/2020 (12 November 2020) <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-098.html>>

⁵⁷⁰ Ver Capítulo 1, 4.5.1. La expropiación indirecta y medidas equivalentes a una expropiación.

⁵⁷¹ CLIMATE ANALYTICS, “Coal phase-out- global and regional perspective” (2019) <<https://climateanalytics.org/briefings/coal-phase-out/>>.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

año 2020, el 72% se debería cerrar para 2025 y la totalidad de las plantas para 2030, si se espera que la UE cumpla con sus objetivos bajo el Acuerdo de París.⁵⁷²

Sin embargo, la adopción de dichas medidas puede frustrar las estimaciones financieras hechas por los inversionistas,⁵⁷³ quienes posiblemente proyectaron sus inversiones en períodos largos de tiempo para obtener sus inversiones. En consecuencia, es posible que los inversionistas aleguen que la decisión de los gobiernos de cerrar las plantas de carbono equivalen a una expropiación de su inversión.⁵⁷⁴

De hecho, este escenario ya se ha presentado en los Países Bajos, concretamente. En mayo de 2019, los Países Bajos se comprometieron a reducir en un 49% sus niveles de emisiones de GEI para el año 2030, y en un 95% para el año 2050, en comparación con los niveles registrados de 1990.⁵⁷⁵ Este compromiso incluye el cierre acelerado de plantas generadoras de energía a base de carbón. En este contexto, el 2 de febrero de 2021, la empresa alemana RWE, inicio un arbitraje en contra de los Países Bajos en base al TCE, alegando que esta medida constituye una expropiación indirecta de su inversión para la que no se ha previsto una compensación adecuada, por lo que reclama 1.4 billones de euros. Y en abril de 2021 la empresa Uniper, también alemana, inició otro arbitraje en contra del mismo país utilizando argumentos similares, reclamando 1 billón de euros.⁵⁷⁶

⁵⁷² *Idem*.

⁵⁷³ Estas estimaciones pueden incluir aquellas hechas al inicio de la inversión, al invertir para aumentar la capacidad instalada, al invertir en el uso de tecnologías más eficientes o al renovar permisos o autorizaciones gubernamentales.

⁵⁷⁴ De hecho, este es uno de los motivos por los que se dice que la UE tiene que denunciar el Tratado de la Carta de la Energía o reformarlo de manera sustancial, si desea cumplir con sus obligaciones conforme al Acuerdo de París. Ver: M. DIETRICH BRAUCH, "Should the European Union Fix, Leave or Kill the Energy Charter Treaty?" (2021) *Columbia Center on Sustainable Investment Blog* <<https://ccsi.columbia.edu/news/should-european-union-fix-leave-or-kill-energy-charter-treaty>>

⁵⁷⁵ Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, Wet 253 van 2 jule 2019, houdende een kader voor het ontwikkelen van beleid gericht op onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de Nederlandse emissies van broeikasgassen teneinde wereldwijde opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat te beperken. Resumida en inglés en: GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT, Climate Change Laws of the World, Netherlands, Climate Act <<https://climate-laws.org/geographies/netherlands/laws/climate-act-7e97c6bc-9baf-4ccc-be38-b8a1dbc5af08>>. Ver también: GOVERNMENT OF NETHERLANDS, "Climate Policy" (sin fecha) <<https://www.government.nl/topics/climate-change/climate-policy>>.

⁵⁷⁶ Los documentos del caso no son públicos. Se ha buscado información en fuentes alternas. Ver: GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT, "RWE v. Kingdom of the Netherlands" <https://climate-laws.org/geographies/international/litigation_cases/rwe-v-kingdom-of-the-netherlands>; GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT, "Uniper v. Netherlands" <https://climate-laws.org/geographies/international/litigation_cases/uniper-v-netherlands>; S. PUTTER, "The Netherlands Coal Phase-Out and the Resulting (RWE and Uniper) ICSID Arbitrations" (2021) *Kluwer Arbitration Blog* <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/24/the-netherlands-coal-phase-out-and-the-resulting-rwe-and-uniper-icsid-arbitrations/>>.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

En mi opinión, es necesario *eliminar* toda mención a la “expropiación indirecta” o “las medidas equivalentes a la expropiación” a fin de dar espacio para la adopción de medidas radicales y necesarias para resolver la crisis planetaria, sin riesgos de enfrentar una demanda en instancias internacionales, de agudizar la injusticia climática y de invertir el principio “el que contamina paga”. Incluso, posiblemente hay que ir más allá y aclarar que el AII no comprende la “expropiación indirecta” para poder evitar que los tribunales se vean tentados a aplicarla por constumbre, haciendo referencia a una evolución de la protección relativa a la expropiación.

Además de lo anterior, una opción para corregir los efectos de internacionalización y desregulación de los AII neoliberales sería la de vincular las disposiciones sobre la expropiación con el derecho interno de los Estados anfitriones. Si la Constitución de un Estado reconoce la función social o ecológica de la propiedad como límites al derecho de propiedad privada, los tribunales de inversiones deberían considerar esta función como una parte integral del derecho a regular de los Estados. Así pues, si la Constitución del Estado receptor reconoce como expropiación únicamente aquella que supone la transferencia de la titularidad de la propiedad a favor del Estado y no prevé una “expropiación indirecta” esta última no se debería aplicar. O si la Constitución del Estado prevé algunos criterios para distinguir entre una expropiación regulatoria y el ejercicio de sus potestades regulatorias en el beneficio de la sociedad, entonces estos criterios se deberían aplicar.

Esta opción permitiría que los AII respeten el enfoque que cada país tiene respecto a la propiedad privada, su protección, la función social y ecológica que tenga la propiedad, la calificación de una medida regulatoria como expropiación o no, así como los casos en que dan lugar a una indemnización.⁵⁷⁷

El caso *Vattenfall II v. Germany* sirve para ilustrar mi argumento. Luego del accidente nuclear de Fukushima del 11 de marzo de 2011, Alemania decidió cerrar progresivamente los reactores nucleares en su territorio, alcanzando el cierre total en 2022.⁵⁷⁸ La decisión fue aprobada por el poder legislativo y se reflejó en la reforma 13 a la Ley de energía atómica (*13.AtG-Novelle*).⁵⁷⁹ Esta decisión se emitió sólo un año después de haber adoptado la reforma 11 a la Ley de energía atómica que extendía la vida de los reactores hasta el año 2036.⁵⁸⁰ En consecuencia, la empresa sueca *Vattenfall* inició un procedimiento arbitral en contra de Alemania ante el CIADI, alegando, entre otras cosas, que la decisión tenía los efectos de una

⁵⁷⁷ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment...*, cit., pp. 223-237.

⁵⁷⁸ H. PIDD, “Germany to shut all nuclear reactors” (30 May 2011) *The Guardian* <<https://www.theguardian.com/world/2011/may/30/germany-to-shut-nuclear-reactors>>

⁵⁷⁹ BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ UND NUKLEARE SICHERHEIT, “13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes” (10 de julio de 2017) <<https://www.bmu.de/gesetz/13-gesetz-zur-aenderung-des-atomgesetzes/>>.

⁵⁸⁰ J. DEMPSEY y J. EWING, “Germany, in Reversal, Will Close Nuclear Plants by 2022” (30 May 2011) <<https://www.nytimes.com/2011/05/31/world/europe/31germany.html>>

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

expropiación.⁵⁸¹ Y, paralelamente, la empresa interpuso una demanda ante la Corte Constitucional de Alemania en contra de la *13.AtG-Novelle*, con el mismo argumento: la medida constituía una expropiación de su inversión y que el Estado estaba obligado a compensar a la empresa.

El caso ante el CIADI aún no se resuelve, pero la Corte Constitucional de Alemania ya emitió su fallo en 2016. Concluyó que el poder legislativo tenía amplias facultades para decidir continuar o discontinuar la energía nuclear en el territorio alemán por motivos de interés público, sin que ello constituyera una expropiación. La *13.AtG-Novelle* únicamente supone una limitación a la propiedad privada en el marco de la función social de la propiedad previsto en la Constitución alemana. Sin embargo, las limitaciones al derecho a la propiedad debían ir acompañadas de una liquidación o de un acuerdo con los titulares de las propiedades afectadas para resolver las afectaciones. Al no preverse ninguna de estas dos opciones en la *13.AtG-Novelle*, la Corte ordenó al poder legislativo modificar la ley a fin de subsanar dichas deficiencias, ya fuera previendo una compensación financiera adecuada o ampliando la vida útil de las centrales nucleares.⁵⁸²

En 2018 se publicó la 16ª Ley de modificación de la Ley de energía atómica (*16.AtG-Novelle*) que introdujo nuevas disposiciones para dar cumplimiento con lo ordenado por la Corte Constitucional, manteniendo su objetivo de acelerar el abandono de la energía nuclear.⁵⁸³ Vattenfall siguió inconforme y presentó nuevamente su caso ante la Corte Constitucional. En diciembre de 2020, la Corte emitió un nuevo fallo donde concluyó que la *16.AtG-Novelle* no subsana las deficiencias, por lo que volvió a ordenar al legislador cumplir con lo ordenado en la sentencia de 2016.⁵⁸⁴

Este caso demuestra tres cosas relacionadas con la importancia de vincular las disposiciones de expropiación con el derecho interno. Primero, que, de acuerdo con el derecho alemán, las medidas regulatorias adoptadas en el interés público

⁵⁸¹ IAREPORTER, "Arbitrators selected to hear Billion-Dollar Treaty Claim by Vattenfall arising out of Germany's Phase-Out of Nuclear Power Generation" (2 January 2013) <<https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-selected-to-hear-billion-dollar-treaty-claim-by-vattenfall-arising-out-of-germanys-phase-out-of-nuclear-power-generation/>> Los documentos del arbitraje no son públicos y el arbitraje sigue aún en curso.

⁵⁸² Leitsätze zum Urteil des Ersten Senats vom 6. Dezember 2016, Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2021/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12; BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, "The Thirteenth Amendment to the Atomic Energy Act is for the most part compatible with the Basic Law", *Press release* No. 88/2016 (6 December 2016) <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-088.html>>

⁵⁸³ La 16.AtG-Novelle introdujo disposiciones para que los propietarios de las plantas reciban una liquidación de las cuotas de electricidad que se había concedido previamente a las centrales nucleares. En consecuencia, la ley mantiene el objetivo de acelerar el abandono de la energía nuclear. Ver: BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ UND NUKLEARE SICHERHEIT, "Gesetze zur Änderung des Atomgesetzes" (10 de julio de 2020) <<https://www.bmu.de/themen/atomenergie-strahlenschutz/nukleare-sicherheit/gesetze-zur-aenderung-atg/>>.

⁵⁸⁴ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, "The Sixteenth Amendment of 10 July 2018...", cit., no. 569.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

no son expropiatorias a pesar de su carácter permanente y de su afectación al valor total de la inversión. En realidad, están permitidas como parte de la función social de la propiedad privada, que le impone límites legítimos al interés privado para perseguir un objetivo social más alto. Segundo, que la no caracterización de la medida como una expropiación no implica una desprotección a los derechos de los inversionistas. La Corte sí protegió el derecho a la propiedad ordenando al legislativo que se subsanara la ley. Tercero, que existen otras formas de formas de proteger los derechos de los inversionistas diferentes a una compensación *total* por su inversión y el lucro cesante. En este caso, se dio al poder legislativo la opción de encontrar una solución, sin obligar inmediatamente al pago de una indemnización por las deficiencias encontradas en la Ley.

La propuesta de vincular la expropiación con el derecho interno funcionaría únicamente si fuera acompañada del requisito de agotar los requisitos internos para permitir al Estado aplicar y/o interpretar su propio derecho en el caso concreto, y corregir su propia conducta si fuera necesario.⁵⁸⁵ Si el caso llegara al arbitraje inversionista-Estado, las interpretaciones de las cortes internas deberían gozar de un alto grado de deferencia por parte de los tribunales, al decidir si la conducta de un Estado constituye una expropiación violatoria del AII.

Finalmente, vincular la expropiación *directa* con el derecho interno permitiría revertir la imposición de una visión absolutista del derecho de la propiedad privada en otros países.⁵⁸⁶ La indemnización a los inversionistas por las medidas de interés público forma parte de la sociedad alemana, según lo expresa en su Constitución, pero no todas las sociedades abrazan la misma visión. Por ejemplo, las Constituciones de Canadá o de Singapur no concuerdan con dicha visión o ni siquiera mencionan un derecho a la propiedad. De hecho, muchas Constituciones reconocen claramente el derecho del Estado de adoptar medidas en el interés público que afectan la propiedad, sin una obligación de compensación.⁵⁸⁷

4.3.4.2. *Trato justo y equitativo*

Algunas de las respuestas tempranas de los Estados para limitar el expansionismo del FET fue atar su contenido al establecido en la norma de derecho internacional consuetudinario del "Estándar internacional mínimo de trato" (IMS, por sus siglas

⁵⁸⁵ Ver capítulo 2, 4.3.3. Disposiciones sobre el agotamiento de los recursos internos.

⁵⁸⁶ Por ejemplo, M. Guiloff estudia cómo la expropiación regulatoria, una doctrina americana recogida comúnmente en los AII, entra en conflicto con los límites impuestos al derecho de propiedad privada contenidos en la Constitución Chilena. Ver: M. GUILOFF TITIUN, "La expropiación regulatoria: una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena" (2018) *Ius et Praxis versión on-line* Vol. 24, no. 2, s.p. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200621>.

⁵⁸⁷ A. VAN DER WALT, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* (Kluwer, 1999) referenciado en M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment...*, cit., p. 229.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

en inglés).⁵⁸⁸ Sin embargo, este esfuerzo no ha tenido el efecto esperado. Mientras algunos tribunales han sostenido que el IMS requiere una conducta “atroz” o “ultrajante” para considerarse contraria al derecho internacional;⁵⁸⁹ otros tribunales consideran que el IMS ha evolucionado y ahora también incluye una protección en contra de conductas que frustren las expectativas legítimas de los inversionistas.⁵⁹⁰ Por ejemplo, en *Bilcon v. Canadá* el Tribunal determinó que el estándar *contemporáneo* es significativamente más proteccionista que lo que se entendía en 1926 en el caso *Neer*, por lo que el umbral para su violación ya no se limita a conductas “atroces”, sino que también incluye “una falta manifiesta a la justicia natural” y una “completa falta de transparencia”. En opinión del Tribunal, la frustración de las expectativas razonables del inversionista, la justicia procesal y sustantiva del trato dado al inversionista, así como la arbitrariedad de la conducta de las autoridades son factores relevantes para determinar si el Estado ha violado este estándar.⁵⁹¹ Así, el Tribunal determinó que la decisión de Canadá de denegar el permiso ambiental para la construcción y operación de una cantera y una terminal marina en una zona ecológicamente sensible, después de haber dado un trato muy amable al representante de la empresa e invitarle a presentar su propuesta al gobierno, era contraria al IMS. En opinión del Tribunal, primero se invitó a Bilcon a invertir mucho dinero en la preparación de su manifestación de impacto ambiental y luego de llevar a cabo el proceso de evaluación de impacto ambiental se le negó el permiso, con lo que se frustraron las expectativas que tenía el inversionista de que su proyecto pudiera proceder y se le ocasionaron daños y pérdidas.

Además, el IMS, en sí mismo, también forma parte de un proyecto del expansionismo europeo y de los Estados Unidos sobre los países latinoamericanos que recién recuperaban su libertad.⁵⁹² El IMS fue rechazado por estos últimos quienes buscaban la aplicación de la Doctrina Calvo a las diferencias relacionadas con los inversionistas extranjeros.

Tomando en cuenta el origen de este estándar y su potencial para entorpecer los esfuerzos hacia un desarrollo ecológico o de externalizar los costos de la

⁵⁸⁸ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment...*, cit., p. 250.

⁵⁸⁹ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Final Award (8 June 2009) párr. 616-617; *A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award (27 October 2015) párr. 390.

⁵⁹⁰ *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award (9 January 2003) párr. 113; *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (18 September 2009) párr. 281; *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, ICSID Administered Case, Award (31 March 2010) párr. 207-213; *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) párr. 433-438.

⁵⁹¹ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) párr. 432-445.

⁵⁹² Ver Capítulo 1, 2. El expansionismo europeo: el origen de la internacionalización de la inversión extranjera.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

descarbonización de las economías hacia las personas, considero que la respuesta sería eliminar el FET y el IMS por completo de los AII o, como mínimo, excluir de manera expresa las “expectativas legítimas” de los inversionistas de su contenido. Aunque la propuesta pudiera parecer radical, la realidad es que algunos AII recientes sí han optado por omitir el estándar, al menos, en sus AII modelo. Por ejemplo, el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las inversiones (ACFI) de Brasil, que sirve de modelo para la negociación de AII de este país omite el FET.⁵⁹³ Otros AII incluyen el estándar de trato, pero excluyen el estándar del arbitraje inversionista-Estado.⁵⁹⁴

4.3.5. Indemnización

Los AII neoliberales comúnmente no incluyen disposiciones sobre las consecuencias del incumplimiento con alguna disposición del AII, a excepción del caso de las expropiaciones, donde se prevé una indemnización. Algunos tribunales se han basado en los artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos para determinar las consecuencias del incumplimiento con las disposiciones del AII y, con frecuencia, ordenan el pago de *indemnizaciones totales* para eliminar los efectos de la conducta ilícita, como si esta nunca hubiese ocurrido. En consecuencia, se tiende a conceder daños y perjuicios, incluyendo las expectativas de ganancia proyectadas. Por ejemplo, el método de valuación de *discounted cash flow* ha sido utilizado por algunos tribunales para determina el valor de la inversión proyectando el dinero que generará en el futuro considerando todo el ciclo de vida de la inversión y aplicando una tasa de descuento.⁵⁹⁵

En el contexto de la crisis climática, esta práctica supone elevar sustancialmente el costo de la transición a energías renovables y la adopción de medidas urgentes de descarbonización de las economías. Se calcula que el cierre anticipado de las plantas de generación de energía eléctrica basadas en carbón generará pérdidas en el lucro esperado por las empresas operando en dicho sector de unos \$1.8 trillones americanos de USD.⁵⁹⁶

Los inversionistas afectados podrían iniciar arbitrajes inversionista-Estado en busca de compensaciones que claramente exceden la inversión hecha, pretendiendo obtener en concepto de indemnización el lucro cesante (lo que habrían generado si sus proyectos continuaran). En Italia, la empresa británica *Rockhopper* adquirió una licencia de exploración de hidrocarburos en el Mar Mediterráneo en 2014. La población se opuso fuertemente a la explotación de las

⁵⁹³ Ver: H. C. MORAES y FELIPE HEES, “Breaking the BIT Mold: Brazil’s Pioneering Approach to Investment Agreements” (2018) *American Journal of International Law Unbound* Vol. 112, p. 197.

⁵⁹⁴ Ver 2.2. Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones de Brasil.

⁵⁹⁵ K. TIENHAARA y L. COTULA, “Raising the cost of climate action? Investor-State Dispute Settlement and Compensation for Stranded Fossil Fuel Assets” (IIED 2020) p. 18.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 11.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

reservas, por lo que el parlamento prohibió por ley la extracción de gas y petróleo en la costa, lo que frustró los planes de la empresa de construir las plataformas de perforación. En consecuencia, la empresa inició un arbitraje ante el CIADI en contra de Italia demandando no sólo los 38 millones de euros que invirtió inicialmente en el proyecto de exploración, sino además solicitó 225 millones de euros porque es lo que habría ganado si Italia no hubiese adoptado la medida.⁵⁹⁷

De igual forma, en Canadá, la empresa americana *Westmoreland*, propietaria de una mina de carbón, demandó a Canadá por la decisión de la provincia de Alberta de cerrar las plantas de energía de carbón para el año 2030, lo que afectó a la mina de carbón que proveía materia prima a las plantas procesadoras y distribuidora de energía. La empresa ha reclamado una compensación de 1.4 billones de CAD, que tenía proyectado ganar con su inversión de 20 millones de CAD.⁵⁹⁸

Y ahora la empresa canadiense TC Energy ha presentado una segunda demanda por \$15 Billones de USD por la negativa de los Estados Unidos a permitir la construcción del oleoducto Keystone X.L, al parecer, por ser contraria a sus objetivos en materia de cambio climático.⁵⁹⁹ Esto viene después de que la empresa presentara una demanda en enero de 2016 y interrumpiera el procedimiento en marzo de 2017.⁶⁰⁰

Las compensaciones reclamadas por los inversionistas en arbitrajes de inversiones son superiores a lo que posiblemente podrían reclamar si presentaran sus demandas en las cortes internas conforme al derecho interno, ya que las Constituciones pueden incluir fórmulas mejor calibradas para balancear el interés público y el privado ante una medida que afecte la propiedad privada. Por ejemplo, la Constitución de Sudáfrica prevé que, al determinar la compensación, se debe tomar en cuenta el interés público perseguido y todas las circunstancias de la medida y de la propiedad afectada.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ Ver: *Rockhopper Italia S.P.A., Rockhopper Mediterranean Ltd., and Rockhopper Exploration PLC v. Italian Republic*, Claimant's Press Release on the Commencement of Arbitration, ICSID Case No. ARB/17/14 (23 March 2017) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10646_0.pdf>

⁵⁹⁸ *Westmoreland Mining Holdings LLC, v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/20/3, Notice of Arbitration and Statement of Claim (12 August 2019) párr. 104, 107.

⁵⁹⁹ E. MERRILL y M. D. BRAUCH, "U.S. Climate Leadership Must Reject ISDS: As the United States Faces Another \$15 Billion Suit from the Fossil Fuel Industry, it's Time for President Biden to Take a Decisive Stance" (2021) *Columbia Center on Sustainable Investment* <<https://ccsi.columbia.edu/news/us-climate-leadership-must-reject-isds-united-states-faces-another-15-billion-suit-fossil-fuel>>.

⁶⁰⁰ *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America*, ICSID Case No. ARB/16/21, Order of the Secretary-General Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding (24 March 2017).

⁶⁰¹ Constitution of the Republic of South Africa No. 108 of 1996 (Date of promulgation: 18 December 1996; Date of Commencement: 4 February 1997) art. 25(23). Cotula y Tienhaara argumentan que

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

Por ello, en mi opinión, la reforma del DIIE necesitaría hacer cambios sustanciales en las normas sobre las consecuencias del incumplimiento con alguna disposición del AII. Las opciones podrían ser vincular la compensación con el derecho interno, para que los inversionistas extranjeros únicamente puedan acceder a la misma compensación a la que pueden acceder los inversionistas nacionales; y/o establecer expresamente que las compensaciones o indemnizaciones no podrán ser superiores, en ningún momento, a la inversión hecha por el inversionista.⁶⁰² Sin una disposición en este sentido, los AII contribuirán al empobrecimiento de los Estados, en especial aquellos en desarrollo y con una institucionalidad frágil. Por ejemplo, en *Tethyan Copper c. Pakistan* un caso de arbitraje contra Paquistán, el Tribunal ordenó al pago de 4 billones de USD, lo que correspondía a dos tercios de la cantidad que el Fondo Monetario Internacional concedió a Paquistán dos meses antes del Laudo como una medida de rescate para prevenir el colapso de la economía del país.⁶⁰³ Esto, sin lugar a duda, es contrario al supuesto objetivo de proteger la inversión extranjera para financiar el desarrollo sostenible.

La conducta de los inversionistas debería ser también un factor para considerar al determinar la compensación por incumplimiento con un AII, de lo contrario se cae en absurdos como compensar a un inversionista por la adopción de medidas para contener una crisis social ocasionada por este. Por ejemplo, en *South American Silver V. Bolivia*, la empresa minera se vio envuelta en abusos de derechos humanos y derechos a los pueblos indígenas que se oponían al proyecto, por lo que el Estado se vio obligado a emitir un decreto que prohibía la minería en la zona. En el arbitraje de inversiones, el Estado solicitó al Tribunal que no ordenara el pago de una compensación o, en su caso, que la redujera debido a que la empresa había generado la medida con su propia conducta. El Tribunal, quién sí reconoció la mala conducta del inversionista en otras partes del Laudo, se negó a tomarlo en cuenta al determinar las consecuencias del incumplimiento y ordenó el pago de 18.7 millones de USD al inversionista en concepto de compensación.⁶⁰⁴

las compensaciones en el arbitraje de inversiones es también mucho mayor a lo que se pueden esperar los propietarios en el contexto del litigio de los derechos humanos. Ver: K. TIENHAARA y L. COTULA, "Raising the cost of climate action?...", cit., p. 18.

⁶⁰² J. BONNITCHA y S. BREWIN, "Compensation under Investment Treaties" (November 2020) *IISD Best Practices Series*, p. 1 < <https://www.iisd.org/system/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf>>.

⁶⁰³ *Ibid*, p. 1; *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Award (12 July 2019) párr. 620.

⁶⁰⁴ Cabe mencionar que la lógica del Tribunal para llegar a su decisión no es del todo clara debido a información que se oculta en la versión pública del Laudo. Se infiere que el Tribunal argumenta que la medida adoptada por el Estado es legítima porque persigue un bien público, pero incumple con el tratado porque no se compensó al inversionista por la medida. En otras palabras, la violación al tratado es la ausencia de una compensación al inversionista antes de iniciarse el arbitraje y la conducta del inversionista no tenía nada que ver con que el Estado compensara o no al inversionista. Ver: *South American Silver Limited v. El Estado Plurinacional de Bolivia*, CPA Caso No. 2013-15, Laudo (22 de noviembre de 2018) párr. 874-876.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

En consecuencia, los AII deberían obligar a los tribunales a tomar en cuenta la legalidad de la conducta de los AII conforme al derecho interno del Estado y en relación con los derechos humanos y los objetivos de los tratados multilaterales en materia de medio ambiente. En mi opinión, si la conducta del inversionista está contribuyendo a dañar el medio ambiente, como lo hacen las empresas en el sector de los hidrocarburos, los tribunales deberían tener el mandato de calcular los daños provocados de las empresas e incluirlos en sus cálculos.

Finalmente, considero importante que los tribunales no tengan poderes para ordenar a los Estados medidas sancionatorias ni la adopción de ninguna otra medida distinta a una compensación monetaria o, en su caso, la reposición de un procedimiento donde el tribunal haya identificado faltas procesales. Esto es importante para evitar que los tribunales ordenen a los Estados a dejar las medidas adoptadas en el interés público sin efectos, o que revoquen o modifiquen sus decisiones legislativas, ejecutivas o judiciales, pues ello tendría efectos mayores sobre la capacidad de los Estados de regular las inversiones extranjeras.

4.4. Establecimiento de disposiciones para catalizar las inversiones sostenibles

Al año 2015, la comunidad internacional ya era consciente de las enormes necesidades de canalizar recursos financieros hacia países en desarrollo para lograr los ODS. La comunidad internacional respondió con propuestas muy alineadas con el concepto de la economía verde que promueve el avance tecnológico y el crecimiento económico como una precondition o una solución a la crisis ambiental.

Sin embargo, el fracaso de todas las Metas de Aichi y el poco progreso en los ODS y del Acuerdo de París ha evidenciado que este modelo es insuficiente. Asimismo, la pandemia del COVID-19 puso de manifiesto que la degradación ambiental tiene efectos que escalan y ponen en riesgo la consecución de los ODS, el bienestar humano y la vida en el planeta. Además, los cambios ambientales inducidos por los seres humanos ya están causando enormes pérdidas económicas y millones de muertes prematuras anualmente, socavando también el desarrollo económico alcanzado hasta ahora.⁶⁰⁵

En otras palabras, no se puede perseguir el progreso y el crecimiento económico como un medio *inmediato* que permitirá controlar y revertir la degradación ambiental en el *mediano y largo plazo*. Ahora se debe invertir la lógica y se deben adoptar medidas *inmediatas* para la conservación y restauración de los ecosistemas, la producción de alimentos de manera sostenible y la descarbonización de las economías como un medio que permitirá mantener la vida en el planeta y la economía en el *largo plazo*.

⁶⁰⁵ PNUMA, "Making Peace with Nature. A Scientific Blueprint to Tackle the Climate, Biodiversity and Pollution Emergencies" (2021) p. 13, 25.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

En la práctica esto se traduce en una priorización de los tipos de proyectos que se pueden o deben promover o catalizar a través de AII. En primer lugar, se debe invertir en proyectos que ayuden a restaurar los sistemas naturales que sostienen la vida en el planeta, por ejemplo, invertir en la mitigación y adaptación al cambio climático, en la restauración de los ecosistemas marinos y terrestres porque son la base natural de la vida en el planeta – estos corresponden con los ODS 6 (gestión sostenible de los recursos hídricos), el 13 (acción climática), 14 (vida debajo del agua) y 15 (vida en la tierra). Al invertir en estos ODS, se debe garantizar un acceso y reparto justo y equitativo de los recursos naturales y los beneficios derivados de su utilización, así como la satisfacción de necesidades humanas básicas y derechos humanos, por lo que se debe invertir en los ODS 1 (erradicación de la pobreza), 2 (acceso a alimentos nutritivos para todos), 3 (garantizar vidas saludables y el bienestar de todos a todas las edades), 4 (garantizar una educación inclusiva y de calidad equitativa para todos), 5 (alcanzar la equidad de género y el empoderamiento de niñas y mujeres), 6 (provisión de servicios de agua y saneamiento para todos), 7 (acceso universal a energía limpia), 11 (hacer las ciudades y asentamientos humanos inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles) y 16 (acceso a la justicia). Finalmente, los proyectos de inversión deben contribuir a los ODS relacionados con la producción, el consumo y el desarrollo económico, es decir, en los ODS 8 (generar empleos decentes), 9 (construir infraestructuras resilientes y promover la innovación), 10 (reducir las inequidades dentro y fuera de las fronteras nacionales) y 12 (garantizar patrones de producción y consumo ecológicamente sostenibles). El pastel de los ODS diseñado por el *Stockholm Resilience Centre* sirve para visualizar este orden de prioridad.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

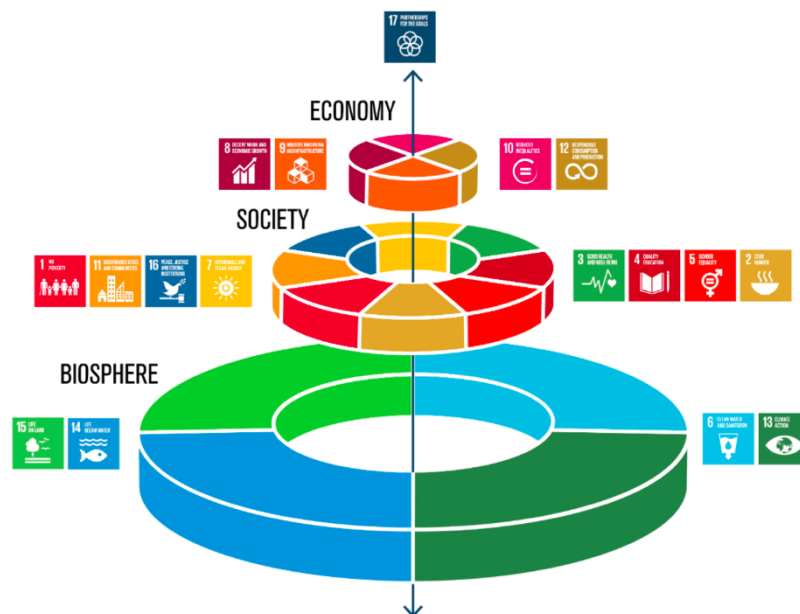


Ilustración 1. SDG "wedding cake" by Azote for Stockholm Resilience Centre, Stockholm University

A fin de que los AII puedan catalizar inversiones sostenibles, los tratados deberían incluir disposiciones para facilitar el flujo de capital público y privado hacia estos objetivos, priorizando e incentivando las inversiones que mantienen la vida en el planeta, a la vez que eliminan todo incentivo en las industrias fósiles, extractivas o industriales altamente contaminantes.

Los AII podrían incluir criterios de impacto ambiental y social en la definición de "inversión", criterios de sostenibilidad de las empresas en la definición de "inversionista", así como reservas para excluir determinados sectores o actividades de la protección del AII, por ejemplo toda la cadena de producción de energías y combustibles fósiles. También podrían considerar la transferencia de know-how en asuntos clave como la contabilidad natural (natural accounting), la contabilidad de carbono, el desarrollo de programas de incentivos conjuntos, impulso de programas de seguros ante eventos climáticos extremos, seguros en la agricultura para proteger la seguridad alimentaria, la cooperación en el uso de tecnologías satelitales, entre muchos otros.

4.4.1. Criterios de impacto en las definiciones de inversión

La definición de "inversión" en los AII tiene un rol fundamental para catalizar las inversiones sostenibles. ya que preselecciona las inversiones que se pueden beneficiar de un marco normativo internacional y define el ámbito de aplicación del AII, lo que, en consecuencia, también limita la jurisdicción de los Tribunales arbitrales.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

La práctica arbitral demuestra que existe un debate abierto sobre la aplicación de criterios a la definición de inversión y si la inversión debe contribuir al desarrollo del Estado anfitrión o no para estar protegida por el AII.⁶⁰⁶

En *Salini v. Morocco*, el Tribunal utilizó los objetivos establecidos en el preámbulo del Convenio del CIADI para definir su jurisdicción en razón de la materia. El Tribunal interpretó que una inversión necesita cumplir con varios criterios para ser considerada una "inversión" en los términos del art. 25(1) del Convenio del CIADI: 1) una contribución en dinero o en activos (es decir, la asignación de recursos); 2) la asunción de un riesgo; 3) una duración determinada de funcionamiento; y 4) hacer una contribución a la economía del Estado anfitrión.⁶⁰⁷ Los primeros tres elementos son, en opinión del Tribunal, ampliamente reconocidos en la "doctrina general", pero el cuarto elemento se deriva del preámbulo del Convenio, que establece que los objetivos no son la protección de las inversiones *per se*, sino que el objetivo último de la protección de las inversiones es el desarrollo económico de los países. Para el Tribunal estos cuatro elementos son interdependientes y deberían evaluarse de manera global o integrada.⁶⁰⁸

Este cuarto elemento ha sido objeto de mucha controversia. Algunos Tribunales sí han aplicado el elemento de la contribución al desarrollo del Estado anfitrión e incluso han añadido que esta debe ser "significativa"; mientras que otros se han rehusado fervientemente a aplicarlo. Por ejemplo, en *LESI c. Argelia*, el Tribunal concluyó que había una inversión en los términos del Convenio del CIADI, cuando se cumplen los primeros tres requisitos del *test Salini*, pero que no consideraba necesario el cumplimiento con el cuarto requisito ya que la contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión es difícil de demostrar y "está implícito en los otros tres elementos".⁶⁰⁹ En *Victor Pey Casado v. Chile*, el Tribunal concluyó que la contribución al desarrollo del Estado anfitrión no era un elemento de la definición de inversión, sino una consecuencia esperada de esta;⁶¹⁰ y en *Phoenix*

⁶⁰⁶ Aunque no está claramente especificado en esta investigación, coincido con X. Fernández Pons et. al., en que es necesario desarrollar un marco regulatorio específicamente para la EID y otro para los movimientos transfronterizos de capital. De ahí la importancia, en mi opinión, de contar con una definición de inversión que tenga criterios más claros y no abarque cualquier "activo". Ver: R. TORRENT, F. ORTINO, X. FERNÁNDEZ PONS, F. LAVOPA, A. ACUEVAS, O. BOGURINA, T. ESMAEL KASSAHUN, Z. WEIWEI, "Reforming the Present International Legal Framework for Foreign Direct Investment (FDI): Basic Elements for an Analytical and Policy Framework" (2015) *King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Research Paper Series*, No. 2015-25 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570596>.

⁶⁰⁷ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (23 July 2001) párr. 52.

⁶⁰⁸ Ver: P. TZENG, "Salini Test" (27 October 2020) Jus Mundi <<https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-salini-test>>.

⁶⁰⁹ *LESI, S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. People's Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision (12 July 2006) párr. 72.

⁶¹⁰ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. República de Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Laudo (8 de mayo de 2008) párr. 232; otros casos siguiendo este criterio son: *Quiborax*

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

Action, Ltd. v. the Czech Republic, el Tribunal concluyó que la contribución al desarrollo del Estado anfitrión es imposible de calcular, por lo que se debe adoptar un enfoque menos ambicioso centrado en la contribución de la inversión extranjera a la *economía* del Estado, misma que se debe *presumir* si se cumplen con los primeros tres elementos del *test Salini*.⁶¹¹

En mi opinión este cuarto elemento es fundamental para lograr que los AII tengan un rol catalizador del desarrollo sostenible y considero que existen diversas opciones para incluir criterios relacionados con los impactos de las inversiones en la calidad de los ecosistemas y en las personas que podrían ser integrados en los AII. Por ejemplo, la UE considera necesario contar con una definición sobre lo que se considera “sostenible” para poder dirigir las inversiones hacia proyectos y actividades destinados a alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible y de cambio climático del Pacto Verde Europeo.⁶¹² En consecuencia, ha desarrollado el Reglamento 2020/852 sobre el establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, donde aplica un concepto común de “inversión medioambientalmente sostenible” que los participantes en el mercado financiero o los emisores deberán cumplir a efectos del etiquetado de productos financieros.⁶¹³

El Reglamento comprende seis objetivos medioambientales a fin de determinar la sostenibilidad ambiental de las actividades económicas: 1) la mitigación del cambio climático; 2) la adaptación al cambio climático; 3) el uso sostenible y la protección de los recursos hídricos y marinos; 4) la transición hacia una economía circular; 5) la prevención y control de la contaminación; y 6) la protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas.⁶¹⁴ La contribución de la actividad económica a alguno de estos objetivos debe ser “sustancial” y debe ser coherente con las políticas nacionales y la normativa ambiental en la materia, por ejemplo, para el caso de la mitigación al cambio climático, la actividad debe ser coherente con el objetivo de temperatura a largo plazo establecido en el Acuerdo

S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction (27 September 2012) párr. 220-225.

⁶¹¹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICISD Case No. ARB/06/5, Award (15 April 2009) párr. 85.

⁶¹² Comisión Europea, “El Pacto Verde Europeo” *Comunicación de la Comisión* COM(2019) 640 final (11 de diciembre de 2019) < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>>; ver también: Comisión Europea, “El Pacto Europeo por el Clima” *Comunicación de la Comisión* COM (2020) 788 final (9 de diciembre de 2020) <<https://europa.eu/climate-pact/system/files/2020-12/20201209%20European%20Climate%20Pact%20Communication.pdf>>

⁶¹³ Reglamento (EU) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (Diario Oficial de la Unión Europea 22 de junio de 2020) L198/13.

⁶¹⁴ Reglamento (EU) 2020/852.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

de París, así como con la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.⁶¹⁵

Se establecen criterios para determinar si la contribución de la actividad económica es “sustancial” para cada uno de los objetivos medioambientales. Un elemento uniforme a todas las actividades es que debe evitar cualquier perjuicio significativo a cualquiera de los otros objetivos ambientales. Con ello se pretende evitar efectos perversos donde los efectos negativos medioambientales de una actividad sean mayores que los efectos positivos, considerando únicamente un objetivo. En el cálculo “sustancial” de la contribución se toma en cuenta todo el ciclo de vida de los productos y servicios que proporciona dicha actividad económica y los efectos medioambientales de la propia actividad económica.⁶¹⁶

Este Reglamento podría servir de base para comenzar a delimitar criterios sobre la contribución al desarrollo ecológico de las inversiones a efectos de los AII.⁶¹⁷ Asimismo, el banco de desarrollo de los EEUU, la *Development Finance Corporation* (DFC, previamente llamada *Overseas Private Investment Corporation*) utiliza más de 30 indicadores para evaluar los proyectos de inversión, entre ellos, la creación de empleos y capacidades, la transferencia de tecnologías, el consumo de productos locales, los impactos sobre infraestructuras básicas o los beneficios en comunidades desfavorecidas. Esto sugiere que condicionar la protección del AII a la consecución de un impacto positivo sobre el desarrollo sostenible del Estado anfitrión es una opción posible y real.⁶¹⁸

Además de ello, la definición de inversión podría incluir un requisito de “legalidad” de las inversiones o de conformidad con el derecho interno a lo largo de todo el ciclo de vida de la inversión, con la finalidad de que los Estados puedan añadir criterios adicionales de sostenibilidad que sean siempre más ambiosos que los criterios establecidos en el AII.

⁶¹⁵ Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono y por la que se modifican la Directiva 85/337/CEE del Consejo, las Directivas 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/DE, 2006/12/CE, 2008/1/CE y el Reglamento no. 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (Diario Oficial de la Unión Europea 5 junio 2009).

⁶¹⁶ Reglamento (EU) 2020/852.

⁶¹⁷ Las agencias de calificación crediticia también podrían ofrecer metodologías para la evaluación de la calidad ambiental de las inversiones. Algunas agencias integran factores socio ambientales en el análisis del crédito considerando la manera en que estos factores afectan la rentabilidad financiera. Por ejemplo, Fitch Ratings puso en marcha un sistema de puntuación integrado para mostrar cómo los factores sociales, ambientales y de gobernanza afectan las decisiones individuales de calificación crediticia. Ver: AGNU, “Sistema financiero internacional y desarrollo” (15 julio de 2019), párr. 67.

⁶¹⁸ Ver: Impact Quotient (IQ), una herramienta para medir, monitorear y evaluar el impacto de los proyectos financiados por la DFC en el mundo. DFC, U.S. International Development Finance Corporation < <https://www.dfc.gov/our-impact/impact-quotient-iq> >

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

4.4.2. Criterios de sostenibilidad en la definición de inversionista

Al igual que la definición de inversión, la inclusión de criterios de sostenibilidad en la definición de inversionista tiene una doble función de limitar los efectos expansionistas de los AII neoliberales y de garantizar que las inversiones protegidas sean aquellas que pueden catalizar un desarrollo sostenible en los Estados anfitriones.

Cuando una organización quiere gozar de beneficios fiscales, necesita establecer claramente que sus objetivos persiguen un bien común en sus estatutos, y todas las disposiciones sobre la toma de decisiones, la disolución de la organización, y la distribución de los beneficios generadas por esta también deben ser acordes al objetivo social perseguido.⁶¹⁹ Si bien este requisito es para las organizaciones sin ánimo de lucro, lo que me interesa destacar es que para acceder a ciertos beneficios fiscales hay que perseguir un bien común. Esta justificación y esta lógica es la que me interesa importar a los AII.

Los AII podrían incluir en sus definiciones de "inversionistas" criterios sobre la persecución de objetivos sociales y ambientales en los estatutos de las empresas, los procesos internos de toma de decisiones, las metodologías para monitorear el impacto de sus actividades y de sus productos sobre el medio ambiente y la sociedad, así como su "historial" de desempeño en otros países, a efectos de poder beneficiarse de las protecciones de un AII.

4.4.3. Exclusión de actividades o sectores contaminantes de la protección del AII

El derecho internacional permite a los Estados hacer reservas en sus tratados internacionales, sobre aspectos específicos a los cuales una parte del AII no aplicará al Estado firmante. Las reservas son especialmente útiles en los AII multilaterales, donde los Estados podrían excluir de manera unilateral algunos sectores altamente contaminantes o agresivos contra el medio ambiente, como las industrias extractivas y, en general, toda la industria de los hidrocarburos.⁶²⁰

⁶¹⁹ Por ejemplo, el Código Fiscal de Alemania establece que las organizaciones que persiguen exclusiva y directamente fines caritativos, benéficos o eclesiásticos pueden acceder a un beneficio fiscal. Para ello, los Estatutos deben establecer que los fondos de la organización sólo pueden utilizarse para los fines establecidos en los estatutos; los miembros no pueden recibir más que sus acciones de capital pagadas y el valor justo de mercado de sus contribuciones en especie en caso de su renuncia o en caso de disolución o anulación de la organización; entre otras cosas. Ver: Abgabeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), die zuletzt durch Artikel 33 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist, art. 52.

⁶²⁰ Varios miembros de IISD, desarrollaron un Tratado Modelo para las Inversiones sostenibles, que está muy acorde a las propuestas hechas por la autora de esta tesis. En dicho tratado se incluyen disposiciones para eliminar los incentivos a las energías fósiles. Ver: N. BERNASCONI-OSTERWALDER, M. DIETRICH BRAUCH, A. COSBEY, M. B. TORAO GARCIA, I. GERASIMCHUCK, E.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

4.4.4. Acciones catalizadoras de inversiones privadas en la conservación o restauración de la naturaleza

Las inversiones que tienen un impacto sustancial positivo en el medio ambiente y en la sociedad enfrentan aun muchos retos para crecer debido a la ausencia de marcos normativos habilitadores, información científica, así como capacidades de diversos actores.⁶²¹ Desde mi perspectiva, el potencial de los AII de facilitar y promover las inversiones sostenibles depende de la comprensión de los retos que estos proyectos conllevan y la inclusión de disposiciones que promuevan la capacitación de todos los actores, en especial los actores locales, la investigación científica, el intercambio de experiencias entre Estados y la publicación de información accesible para el público en general. La mera protección de las inversiones no puede lograr este objetivo.

El cambio climático ha golpeado muy fuertemente a las comunidades y ecosistemas en el corredor seco en Centroamérica con severas sequías y heladas, especialmente en Guatemala, Honduras y El Salvador.⁶²² Ello ha generado que las cosechas sean cada vez más inciertas, lo que pone en riesgo el acceso a alimentos de los agricultores, en especial los de subsistencia.⁶²³ También ha expuesto a la vegetación forestal a un gran estrés ambiental y ha favorecido la expansión del gorgojo de pino (*Dendroctonus spp*), una especie de escarabajo que anida en la corteza de los árboles de bosques de conífera, causa galerías y provoca la muerte del árbol, produciendo pérdidas económicas y ecológicas tanto en bosques naturales como en plantaciones forestales.⁶²⁴ Al afectarse la vegetación, también se pone en riesgo la captura de agua y la recarga de los mantos acuíferos y, consecuentemente, afecta la seguridad hídrica y la alimentaria.

PETROFSKY, T. POTASKAEVI, L. SANCHES, Y. TOUCHETTE, "Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation: Aligning International Investment Law with the Urgent Need for Climate Change Action" (2019) *Journal of International Arbitration* Vol. 36, No. 1, pp. 7-35; S. DE MURARD, "The Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation: A model to steer international law toward renewable energy investment and the low-carbon transition" (2020) *Investment Treaty News* Vol. 2, No. 11, pp. 24-29.

⁶²¹ Sobre las inversiones de impacto o las opciones de financiamiento de la conservación en áreas protegidas ver: W. J. GINN, *Valuing Nature: a Handbook for Impact Investing* (Island Press 2020); IUCN ESARO, "Closing the Gap: Financing and Resourcing of Protected Areas and Conserved Areas in Eastern and Southern Africa" (2020).

⁶²² Ver: G. O MARGRIN, et. al. "Chapter 27: Central and South America" en IPCC, *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Part B: Regional Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge University Press 2014) pp. 1499-1566.

⁶²³ FAO, "Dry Corridor Central America: Situation Report" (June 2016) <<http://www.fao.org/3/br092e/br092e.pdf>>.

⁶²⁴ R. M. FELDMAN, et. al. "Within-tree life process models of the southern pine beetle, *dendroctonus frontalis*" (1981) *Ecological Modelling* Vol. 13, No. 4, pp. 247-259; P. C. ORTIZ, R. A. ALBANEZ BARAHONA, J. F. GARCÍA OCHAETA, "El Gorgojo de Pino, un insecto pequeño pero muy perjudicial" (2019) *Boletín Informativo del Institution Nacional de Bosques de Guatemala* <http://portal.inab.gob.gt/images/boletines/2019/octubre/gorgojo_del_pino.pdf>.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

En el año 2016 el gobierno de Guatemala decretó una emergencia fitosanitaria para controlar el gorgojo de pino y adoptó medidas orientadas a la implementación de acciones de manejo y rehabilitación de la vegetación forestal ubicada en *territorios de propiedad privada*.⁶²⁵ Se fortaleció el “Programa de incentivos para poseedores de pequeñas extensiones de tierras de vocación forestal o agroforestal” (Pinpep) que crea un régimen especial para que grupos organizados, comunidades municipales, familias y personas individuales puedan acceder a incentivos forestales.⁶²⁶ El Pinpep fomenta el establecimiento y mantenimiento de sistemas agroforestales, como una manera de generar empleo en áreas rurales y mejorar la seguridad alimentaria de las comunidades, a la vez que se logra la reforestación y/o gestión sostenible de tierras de vocación forestal *que no son propiedad estatal*.⁶²⁷ Al ser propiedad privada, la implementación de medidas de manejo y rehabilitación forestal excede las competencias del Estado y sólo se puede lograr si los propietarios deciden implementarlas de manera voluntaria y hacen una inversión inicial.

La condición para acceder a los incentivos de Pinpep es contar con un plan de manejo y saneamiento del bosque que haya sido aprobado por las autoridades competentes. Los propietarios o poseedores hacen una inversión inicial para desarrollar un plan de manejo y presentarlo ante el Instituto Nacional de Bosques (INAB), quien lo revisa y lo aprueba. Una vez aprobado, los propietarios deben pre-financiar el cumplimiento de las actividades del plan durante el primer año. Pasado dicho período, el INAB comprueba si se han cumplido con las condiciones del incentivo y sólo entonces hace el pago anual. El proceso de monitoreo y control del plan de manejo entre INAB y los propietarios dura diez años.

Además de ayudar a controlar el Gorgojo de Pino, estos programas han sido muy beneficiosos para la adaptación al cambio climático en Guatemala, pues la reforestación está permitiendo la recarga de los mantos acuíferos y se mantiene el funcionamiento de servicios ecosistémicos forestales, tales como la regulación del clima, la filtración del aire, la retención de nubes en zonas montañosas, etc.

⁶²⁵ Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación. Acuerdo Ministerial No. 35-2016 que declara estado de emergencia fitosanitaria, por el incremento significativo del Gorgojo de Pino (*Dendroctonus spp*) dentro del territorio nacional y por la amenaza que representa la condición de la plaga en los bosques de coníferas en la República de Honduras cercanos al territorio nacional (Publicación en el diario oficial 21 de marzo de 2016; entrada en vigor: 22 de marzo de 2016) Tomo CCCIV, p. 1-2.

⁶²⁶ Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 51-2010 que decreta la Ley de incentivos forestales para poseedores de pequeñas extensiones de tierra de vocación forestal y agroforestal (17 de diciembre de 2010) Diario de Centroamérica No. 90.

⁶²⁷ Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 51-2010 que decreta la Ley de incentivos forestales para poseedores de pequeñas extensiones de tierra de vocación forestal y agroforestal (17 de diciembre de 2010) Diario de Centroamérica No. 90, art. 11.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

Ello también ayuda a reducir la vulnerabilidad de las comunidades al riesgo de escasez de agua y pérdida de cultivos, entre otros.⁶²⁸

Menciono este ejemplo porque se trata de una iniciativa pública para incentivar la participación de agentes privados en la restauración de ecosistemas forestales a gran escala, con importantes elementos de mitigación y adaptación al cambio climático, así como de reducción de la pobreza, generación de empleo justo y de mejora de la seguridad alimentaria de las comunidades rurales, por lo que se puede catalogar como una iniciativa sostenible. En mi opinión el DIIE debería ser un instrumento para fomentar y escalar este tipo de iniciativas, pero para que ello suceda, es necesario conocer primero aquellos factores habilitadores de la propuesta y aquellos aspectos donde se requiere más ayuda o atención. Esos factores indican las oportunidades que el DIIE tiene para catalizar las inversiones para el desarrollo sostenible.

El primer reto fue que el gobierno contara con recursos públicos para poder pagar los incentivos forestales. En consecuencia, el DIIE debería contar con mecanismos para canalizar recursos públicos internacionales hacia países en desarrollo para implementar este tipo de iniciativas. Actualmente existen muchos programas de cooperación internacional para el desarrollo que apoyan iniciativas públicas sostenibles. En este caso concreto, el financiamiento provino de la Iniciativa Internacional por el Clima del gobierno de Alemania,⁶²⁹ y su éxito sirvió para aumentar el financiamiento público internacional a través del Fondo Verde para el Clima y del gobierno de Corea.⁶³⁰ En mi opinión, los AII podrían ayudar a orientar mejor el financiamiento público internacional y utilizarlo para impulsar la inversión privada (tanto doméstica como extranjera) en el desarrollo sostenible en los países

⁶²⁸ Ver: M. PEREZ DE MADRID y M. NAVARRO, "Liderazgo comunitario para la seguridad hídrica. Cuenca del río Coatán, Guatemala" (2019) *IUCN Serie 2 Comunidades con Inteligencia Natural*, No. 3 <https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/serie2_03_coatan.pdf>; L. MARTINEZ HERNANDEZ, M. R. NAVARRO MEZA y M. PEREZ DE MADRID, "Gobernanza para la adaptación basada en ecosistemas: Cuenca del Río Coatán" (2019) *IUCN Serie 3 Gobernanza*, No. 4 <https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/s3.gobernanza_05_coatan_iucn_web.pdf>.

⁶²⁹ BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSHUTZ UND NUKLEARE SICHERHEIT, "Transformation von Tatsachen in Wandel-ein ganzheitlicher Ansatz zur Einführung ökosystembasierter Anpassung (EBA)" (Dezember 2021) <<https://www.international-climate-initiative.com/de/details/project/transformation-von-tatsachen-in-wandel-ein-ganzheitlicher-ansatz-zur-einfuehrung-oekosystembasierter-anpassung-eba-14-II-111-346>>. El Ministerio de medio ambiente, protección de la naturaleza y seguridad nuclear de Alemania tiene una iniciativa para el financiamiento de proyectos relacionados con la mitigación y adaptación al cambio climático, que forma parte de sus compromisos internacionales de financiamiento del clima y de cooperación internacional. Ver: BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSHUTZ UND NUKLEARE SICHERHEIT, "Internationale Klimaschutzinitiative" (sin fecha) <<https://international-climate-initiative.com>>.

⁶³⁰ IUCN, "Green Climate Fund approves Project for adaptation to climate change in Guatemala Highlands" (19 October 2018) <<https://www.iucn.org/news/mexico-central-america-and-caribbean/201810/green-climate-fund-approves-project-adaptation-climate-change-guatemala-highlands>>.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

en desarrollo, a través de mecanismos adecuados que coordinen los recursos financieros hacia fondos multilaterales -como el Fondo Verde del Clima-, los coordinen, maximicen el uso de los recursos y, en última instancia, cierren la brecha que existe entre los instrumentos de política relacionados con el financiamiento público internacional y aquellos relacionados con la canalización de la inversión extranjera en los países en desarrollo.

El segundo reto fue que los pequeños propietarios y poseedores de tierras no tenían las capacidades técnicas para desarrollar planes de manejo del bosque, ni tampoco tenían los recursos financieros para contratar expertos en materia forestal o para prefinanciar las actividades de gestión del primer año. En este caso, las organizaciones sin ánimo de lucro trabajaron con los pequeños propietarios en el altiplano guatemalteco para ayudarles a desarrollar sus planes de manejo y presentarlos ante el INAB para su estudio y aprobación, a fin de poder acceder a los incentivos. En este sentido, los AII podrían incluir disposiciones relacionadas con la transferencia de tecnologías y *know-how* a los países en desarrollo, o para el desarrollo de programas de formación de fácil acceso para las agentes implementadores de base -en este caso, los pequeños agricultores y campesinos.

Otro de los retos fue generar evidencia científica que cuantificara los beneficios de la adaptación basada en ecosistemas para la seguridad hídrica y alimentaria de las personas. Las organizaciones sin ánimo de lucro buscaron consultores expertos para desarrollar metodologías de evaluación y monitoreo, pero su desarrollo fue lento y difícil. Por ello, los AII podrían incluir disposiciones para la cooperación para la investigación, buscando, entre otras cosas, desarrollar metodologías para un calcular el valor económico de los servicios ecosistémicos.

El cuarto reto fue la falta de tecnologías del gobierno para monitorear el éxito del programa con imágenes satelitales. Los AII podrían escalar a inversión privada en tecnologías, satelitales para el monitoreo de los ecosistemas o en desarrollo de modelos de negocios innovadores que permita a las empresas tener un buen retorno de su inversión, mientras invierten en programas sostenibles.

Y finalmente, había una gran desconfianza de parte de los pequeños propietarios y poseedores de las tierras hacia el INAB, pues temían que el programa fuera una estrategia del gobierno para controlar sus tierras.⁶³¹ Este último reto se salvó con la intervención de organizaciones sin ánimo de lucro, quienes llevaron a cabo numerosos diálogos entre el INAB y las comunidades para generar confianza entre ellos y fortalecer procesos participativos. En este sentido, los AII podrían incluir disposiciones para facilitar el intercambio de experiencias multiactores, que incluyeran al sector público, el privado y las organizaciones de la sociedad civil sobre lo que ha funcionado, lo que no y cómo mejorar la confianza entre los diversos sectores.

⁶³¹ Todos estos retos son observaciones propias de la investigadora derivadas de su participación como coordinadora del Proyecto AVE/Go4EbA de la UICN.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

En resumen, los AII podrían ayudar a acelerar la búsqueda e implementación de soluciones si incluyeran disposiciones sobre el intercambio de experiencias entre los países sobre políticas y programas para la inversión pública y privada en la conservación, la lucha contra el cambio climático, etc., los impactos alcanzados, las necesidades reales y actuales y posibles soluciones; sobre la transferencia de tecnologías y de capacidades; sobre el fortalecimiento de programas de investigación y observación de ecosistemas; entre otros.

4.4.5. Mecanismos de cooperación internacional en materia fiscal e incentivos económicos

De acuerdo con ONU Ambiente, si se quiere transformar nuestra relación con la naturaleza es necesario establecer impuestos al uso insostenible de los recursos naturales y sobre la contaminación, en vez de tributar la producción o la renta.⁶³² Esta puede ser una forma de obligar a las empresas a internalizar los costos ambientales y sociales de sus operaciones, a la vez que se recaudan recursos necesarios para invertirlos en el desarrollo ecológico o el bienestar humano.

Además, los gobiernos necesitan eliminar los subsidios perversos que promueven la agricultura, pesca y minería insostenibles, y la exportación de otros recursos naturales. Entre los mecanismos para hacerlo está el desarrollo de estándares internacionales de producción de carácter obligatorio, acuerdos moratorios, publicación de información sobre la huella ambiental de los productos, el establecimiento de disposiciones sobre la responsabilidad extendida de los productores (*extended producer responsibility*) por la contaminación asociada a la producción y disposición de los productos o empaques contaminantes.⁶³³

Si los AII pretenden justificarse con la necesidad de financiar el desarrollo sostenible, entonces necesitan abordar esta problemática y promover la cooperación internacional para el desarrollo de nuevas políticas fiscales adecuadas para resolver las crisis climática, ambiental y humanitaria (como la del COVID-19), así como para prevenir, controlar y sancionar las prácticas de las empresas multinacionales de evasión de impuestos. Este tipo de cooperación está en proceso, aunque fuera del marco de los AII. El 9 de julio de 2021, los ministros del G20 alcanzaron un acuerdo global donde se prevé establecer un impuesto corporativo global de un 15%, con lo que se espera reducir las fugas de dinero por empresas que usan complejas estructuras corporativas en paraísos fiscales.⁶³⁴

Las políticas de des-carbonización y las políticas fiscales que tributan la contaminación y eliminan propuesto por ONU Ambiente generará alteraciones en

⁶³² PNUMA, "Making Peace with Nature...", cit., p. 33.

⁶³³ *Ibid.*, p. 32.

⁶³⁴ F. GUARASCIO, L. THOMAS Y K. LIFFEY, "G20 to call for global tax deal to be finalized by October" (9 July 2021) *Reuters* < <https://www.reuters.com/business/g20-call-global-tax-deal-be-finalised-by-october-2021-07-09/>>.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

las expectativas y proyecciones financieras de los inversionistas, quienes podrían resistir los cambios haciendo uso del arbitraje inversionista-Estado, poniendo con ello en riesgo el éxito de los esfuerzos para obtener recursos para invertirlos en el desarrollo ecológico.⁶³⁵ De hecho, al menos 140 casos de arbitraje inversionista-Estado conocidos hasta la fecha se relacionan con medidas fiscales de los países.⁶³⁶ Por ello, excluir las medidas fiscales del ámbito de aplicación de los AII podría ser un primer paso en la dirección adecuada.⁶³⁷

Más allá de eso, sería sabio atacar el problema de la insuficiencia de recursos públicos para el desarrollo sostenible desde la raíz: la práctica neoliberal de ofrecer tratos favorables a las grandes empresas para “atraerlas” al Estado anfitrión, a través de reducciones o exenciones fiscales por el mero hecho de establecerse en el país anfitrión; la falta de control o ejecución de las políticas fiscales existentes y las lagunas para la tributación de empresas que operan de manera transnacional. Para resolver estos problemas, los AII también deberían incluir disposiciones sobre la cooperación internacional en materia fiscal, por ejemplo, el intercambio de información sobre los pagos de impuestos de las empresas registradas en su territorio, el intercambio de información sobre cuentas bancarias de los inversionistas, la armonización de la legislación fiscal para las empresas que operan en ámbitos transnacionales o a través de toda la cadena de valor.⁶³⁸ Los mecanismos de cooperación podrían buscar que tanto el régimen internacional de inversiones como el de comercio establecieran reglas que permitieran el establecimiento de impuestos al carbono, para evitar las fugas de carbono que se pueden generar a raíz de la deslocalización de empresas hacia terceros países como resultado de la adopción de políticas que graven la contaminación.⁶³⁹

4.4.6. Disposiciones para mejorar la integración del derecho internacional

La interpretación del DIIE como un régimen autosuficiente, aislado de otras áreas del derecho fue una de las estrategias para proteger el capital por encima de otros

⁶³⁵ Ver: J. CHAISSE y J. KIRKWOOD, “Foreign investors vs. National Tax Measures: Assessing the Role of International Investment Agreements” en I. J. MOSQUERA VALDERRAMA, D. LESAGE y V. LIPS, *Taxation, International Cooperation and the 2030 Sustainable Development Agenda* (Springer 2021) pp. 149-169.

⁶³⁶ UNCTAD, “International Investment Agreements and their implications for tax measures: What tax policymakers need to know. A guide based on UNCTAD’s Investment Policy Framework for Sustainable Development” (2021) p. 3.

⁶³⁷ UNCTAD, “World Investment Report 2015...”, cit., Chapter 5. Ver también: S. GREEN MARTÍNEZ, “Taxation Measures under the Energy Charter Treaty after the Yukos Awards Articles 21(1) and 21(5) Revisited” (2019) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* Vol. 34, No. 1, pp. 85-106.

⁶³⁸ I. J. MOSQUERA VALDERRAMA, D. LESAGE y V. LIPS (eds.), *Taxation, International Cooperation and the 2030 Sustainable Development Agenda* (Springer 2021) pp. 219-224.

⁶³⁹ Ver: X. FERNÁNDEZ PONS, “La propuesta de la Unión Europea relativa a un impuesto sobre el carbono en frontera y su compatibilidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio” (2020) *Revista de educación y derecho* No. 21, pp. 1-24.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

intereses, objetivos de política o de las regulación de las empresas. Sin embargo, En las últimas décadas se han analizado los efectos de la fragmentación del derecho internacional con el objetivo de resolverlos, principalmente desde instrumentos de derechos humanos. Los Principios de Ruggie dieron lugar a discutir las obligaciones de derechos humanos de los Estados y cómo los AII podrían afectarlas, principalmente la obligación de regular y la obligación de garantizar el acceso a la justicia.⁶⁴⁰

En las últimas décadas se han llevado a cabo varios esfuerzos para resolver la fragmentación del derecho internacional. Los Principios de Ruggie de 2011 dieron lugar a discutir las obligaciones de derechos humanos de los Estados y cómo los AII podrían afectarlas, principalmente la obligación de regular y la obligación de garantizar el acceso a la justicia.⁶⁴¹

En el Foro de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos celebrado en 2018, se llevó a cabo una sesión para debatir cómo diseñar AII compatibles con los derechos humanos.⁶⁴² Se recibieron diversas propuestas que incluyen: 1) limitar la jurisdicción del arbitraje inversionista-Estado a inversiones que cumplen con el derecho interno, obligaciones de derechos humanos y estándares de conducta responsable de las empresas;⁶⁴³ 2) obligar a las empresas a llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental y de derechos humanos;⁶⁴⁴ 3) incluir disposiciones que permitan al Estado contra-demandar al inversionista;⁶⁴⁵ entre otros.

Actualmente hay un proceso participativo en curso liderado por la OHCHR para desarrollar AII que sean compatibles con los derechos humanos, así como un proyecto para fortalecer las capacidades de los negociadores de AII y de contratos

⁶⁴⁰ OHCHR, "State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nation's core Human Rights Treaties" (May 2007); HRC, "International Investment Agreements and Industrialization: Realizing the Right to Development and the Sustainable Development Goals" (19 April 2018).

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² OHCHR, "Crowd-drafting: Designing a Human Rights-Compatible International Investment Agreement" *UN Forum on Business and Human Rights* (26-28 November 2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018CrowdDrafting.pdf> >

⁶⁴³ IISD, "Integrating human rights in IIAs: IISD's Submission to the Crowd-drafting Session of the 2018 UN Forum on Business and Human Rights" (5 November 2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission1.pdf> >

⁶⁴⁴ OHCHR, "Corporate human rights due diligence- emerging practices, challenges and ways forward" (16 October 2018); Y. LEVASHOVA and T. LAMBOOY, "Proposal for reforming the fair and equitable treatment (FET) standard in International Investment Agreements (IIAs)" (2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission4.pdf> >.

⁶⁴⁵ E. GUNTRIP, "A Host-State Human Rights Counterclaim in Investment Arbitration" (November 2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission7.pdf> >. Ver también: OHCHR, "Harnessing international investment agreements to prevent human rights abuses" *9th UN Forum on business and human rights* (16 November 2020) < <https://2020unforumbhr.sched.com/event/fD0y/harnessing-international-investment-agreements-to-prevent-human-rights-abuses?linkback=grid> >.

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

de inversiones para integrar los derechos humanos en ambos instrumentos.⁶⁴⁶ Dentro de estos esfuerzos, se ha insistido mucho en la necesidad de obligar a las empresas a cumplir con el derecho interno de los Estados, así como con estándares internacionales de conducta. Por ejemplo, incluir obligaciones de llevar a cabo procesos de debida diligencia;⁶⁴⁷ o resolver el problema a través de cláusulas sobre el derecho aplicable, donde el primero primario sea el del Estado anfitrión y el internacional de manera supletoria y en caso de haber conflicto entre el AII y un instrumento de derecho ambiental, laboral o de derechos humanos conceder prevalencia a estos últimos.⁶⁴⁸

Finalmente, también se han analizado algunas opciones para garantizar el acceso a la justicia de personas afectadas por los proyectos de inversión.⁶⁴⁹ Entre las opciones se encuentran incluir disposiciones en los AII sobre: 1) derechos procedimentales para participar en el arbitraje inversionista-Estado;⁶⁵⁰ 2) derecho a reclamar responsabilidad civil a las empresas en las cortes de los Estados de origen de las empresas;⁶⁵¹ 3) establecer mecanismos de rendición de cuentas de la conducta de las empresas en el Estado anfitrión;⁶⁵² o 5) reemplazar el arbitraje

⁶⁴⁶ OHCHR, “Human Rights-compatible International Investment Agreements (IIAs)” Questionnaire for Governments under the Mandate of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises” (April 2021) < https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Questionnaire_IIAs_EN.pdf>. También consultar la página de las Naciones Unidas sobre este proyecto: OHCHR, “International Investment Agreements and Human Rights” < <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/IIAs.aspx>>.

⁶⁴⁷ E. GUNTRIP, “A Host-State Human Rights Counterclaim...”, cit. no. 645.

⁶⁴⁸ T. VAN HO, A. YILMAZ VASTARDIS y L. FELIPE YANES, “Proposed Investment Treaty Provisions” (November 2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission5.pdf>>; D. DAVATI, K. GREENMAN y N. TZOUVALA “Submission to the United Nations Forum on Business and Human Rights. Crowd-Drafting: Designing a Human Rights-Compatible International Investment Agreement” (November 2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission6.pdf>>.

⁶⁴⁹ Las disposiciones sobre el acceso a la justicia de las personas afectadas por los proyectos de inversión es complementaria al tratado para regular las actividades de las empresas transnacionales y otros negocios que está en negociación desde 2014 y que actualmente se encuentra en la tercera versión revisada del texto del tratado. Ver: HRC “Elaboration of an internationally legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights” (14 July 2014) < https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9>

⁶⁵⁰ A. ARCURI, F. MONTANARO y F. VIOLI, “Proposal for a Human-Rights Compatible International Investment Agreement: Arbitration for All” (2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission2.pdf>>. También ver las normas de La Haya sobre arbitraje relacionado con negocios y derechos humanos: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration (December 2019) < https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf>

⁶⁵¹ T. VAN HO, A. YILMAZ VASTARDIS y L. FELIPE YANES, “Proposed Investment Treaty Provisions...”, cit. no. 648.

⁶⁵² IISD, “Integrating human rights in IIAs: IISD’s Submission to the Crowd-drafting Session of the 2018 UN Forum on Business and Human Rights” (5 November 2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission1.pdf>>

Capítulo 2. El rol de la inversión extranjera para alcanzar el desarrollo sostenible

inversionista-Estado por un mecanismo alternativo de queja donde pueden acceder tanto inversionistas como las personas afectadas por los proyectos.⁶⁵³

En el año 2021 se cumplieron 10 años de la adopción de los Principios de Ruggie y de su implementación. La evaluación de los avances en la materia presenta algunos pasos en la integración de derechos humanos, medio ambiente e inversiones en instrumentos normativos obligatorios, por ejemplo, el Reglamento 2020/852 de la UE sobre las inversiones sostenibles sólo permite que las actividades económicas de las empresas se califiquen como ambientalmente sostenibles cuando se lleven a cabo con los Principios Rectores.⁶⁵⁴ De esta manera, se observa un esfuerzo por integrar los DDHH y el medio ambiente dentro de algunos instrumentos regulatorios dirigidos a las empresas, pero principalmente aquellos aplicables dentro de ámbitos nacionales.

En consecuencia, los AII deberían integrar los compromisos de los Estados en materia de derechos humanos y medioambientales de manera detallada y coherente, es decir, con disposiciones concretas para los tres pilares de los Principios de Ruggie: 1) la obligación de los Estados de regular a las empresas para proteger los derechos humanos y el medio ambiente; 2) las obligaciones de los inversionistas relacionadas con los derechos humanos y el medio ambiente (e.g. cumplir con el derecho interno, llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental y de derechos humanos, cumplir con procesos de debida diligencia, etc.); y 3) el acceso a la justicia. Los AII deberían incorporar las disposiciones propuestas por la OHCHR.

Una vez que sabemos que la cuidadosa y robusta regulación de la inversión extranjera y el efectivo cumplimiento de la ley es el factor más determinante del potencial de la IED de contribuir al desarrollo sostenible de los países anfitriones y que ya hemos hecho algunas propuestas para re-conceptualizar el DIIE, procederé a analizar el proceso de reforma del DIIE que se viene manifestando desde mediados de la década de 2010-2020.

⁶⁵³ A. ARCURI, F. MONTANARO y F. VIOLI, "Substitute investor-State arbitration...", cit., no. 651

⁶⁵⁴ CDH, "Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: balance del primer decenio" (22 de abril de 2021) Párr. 81. Ver también capítulo 2, apartado Criterios de impacto en las definiciones de inversión en esta investigación.

CAPÍTULO 3

Reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

En el primer capítulo identifiqué las claves de la formación del DIIE neoliberal. En el segundo capítulo me dediqué a delinear aquellos cambios que serían convenientes para facilitar que la regulación de la inversión extranjera contribuya al financiamiento del desarrollo sostenible.

En este capítulo me propongo analizar el proceso de reforma en la teoría y en la práctica. Comenzaré por presentar las opciones de reforma del DIIE propuestas por la UNCTAD para evaluar las bases conceptuales que guían la reforma en la práctica. Seguido analizo algunos ejemplos de AII modelo que muestran un esfuerzo por cambiar el régimen de AII de países o regiones concretas, luego continuaré por describir a grandes rasgos los cambios en la firma de nuevos AII, la renegociación y/o denuncia de AII de vieja generación y finalmente haré un análisis más detallado de tres AII a la luz de las oportunidades de reforma que he delineado en el capítulo anterior.

1. Opciones de reforma de la UNCTAD

En vista de la necesidad de gestionar las complejidades del proceso de reforma y coordinar los esfuerzos de los distintos países, se encargó a la UNCTAD que dirigiera el diálogo global en la materia.⁶⁵⁵ Ésta ha desarrollado paquetes de recomendaciones dirigidas a los Estados sobre qué reformar y los caminos que pueden seguir para efectuar la reforma,⁶⁵⁶ organiza foros y eventos de manera periódica con la participación de múltiples actores interesados para discutir diversos aspectos del DIIE,⁶⁵⁷ y mantiene un registro de los cambios más recientes en la materia en la plataforma web *Investment Policy Hub*.⁶⁵⁸

En este contexto, la UNCTAD desarrolló un paquete de reforma del DIIE para la negociación de AII que promuevan el desarrollo sostenible. El paquete contiene seis directrices encaminadas a convertir el DIIE en un vehículo para el desarrollo sostenible.⁶⁵⁹

Directrices de la reforma de los AII

⁶⁵⁵ J. WEBER y C. TITI, "UNCTAD's Roadmap for IIA Reform of Investment Dispute Settlement" (2015) *New Zealand Business Law Quarterly* Vol. 21, No. 4, pp. 319-327, 320; UNCTAD, "UNCTAD at a glance" (2017) p. 1.

⁶⁵⁶ Ver: UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit. no. 558.

⁶⁵⁷ Por ejemplo, el World Investment Forum se celebra cada dos años para dialogar sobre la reforma del Régimen.

⁶⁵⁸ La Investment Policy Hub es la base de datos más completa existente en el tema de políticas relacionadas con la inversión extranjera. Abarca el marco de políticas para las inversiones, políticas nacionales de inversiones, leyes de inversiones, tratados internacionales de inversiones y casos de arbitraje inversionista-Estado. Se puede consultar en < <https://investmentpolicy.unctad.org>>.

⁶⁵⁹ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 22.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Directriz	Descripción
1. Utilizar los AII para lograr el desarrollo sostenible	El objetivo último de la reforma es que los AII contribuyan al desarrollo sostenible, a la vez que promueven y protegen la inversión extranjera.
2. Enfocarse en las áreas prioritarias de reforma	La reforma puede volverse excesivamente compleja, especialmente tomando en cuenta que se debe actuar con múltiples actores, niveles y procesos paralelamente. De ahí que la UNCTAD recomiende que la reforma se enfoque en cinco áreas prioritarias: <ul style="list-style-type: none"> i) Salvaguardar el derecho de los Estados a regular en el interés público; ii) Reformar el mecanismo de solución de controversias de inversiones; iii) Fortalecer las funciones de promoción y facilitación de las inversiones que tienen los AII; iv) Prever la responsabilidad de los inversionistas; v) Mejorar la coherencia sistémica.
3. Actuar a todos los niveles necesarios en paralelo	Se recomienda que el proceso de reforma se lleve a cabo a cuatro niveles, de manera sincronizada: <ul style="list-style-type: none"> i) Nacional; ii) Binacional; iii) Regional; iv) Multilateral.
4. Coordinar las secuencias para efectuar soluciones concretas	En cada nivel, el proceso debería seguir una secuencia que involucra: <ul style="list-style-type: none"> i) Identificar los problemas; ii) Formular un plan estratégico; iii) Tomar acciones concretas para incorporar las reformas deseadas. <p>Las secuencias en cada nivel deben estar coordinadas entre sí.</p>
5. Garantizar la transparencia en los procesos	El proceso debería permitir a todos los interesados expresar sus opiniones y ofrecer contribuciones a la reforma.
6. Fortalecer la estructura multilateral	El proceso de reforma debería apoyarse en estructuras universales e inclusivas que ayudan a

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

coordinar acciones de reforma a diferentes niveles, por ejemplo, la estructura de la UNCTAD.

Cuadro 1. Directrices de reforma de la UNCTAD. Traducción y adaptación propia.

Las Directrices 1 y 2 se refieren a *qué* reformar y las Directrices 3 a 6 se refieren a cómo hacerlo, para prever que la reforma sea sistémica, coordinada y secuencial. En las próximas páginas me enfocaré en la Directriz 2, que aborda las prioridades de reforma en los AII para convertir el régimen en un vehículo del desarrollo sostenible.

1.1. Salvaguardar el derecho a regular

A fin de salvaguardar el derecho a regular de los Estados, la UNCTAD propone incluir tres estrategias que se refuerzan mutuamente: 1) delimitar el contenido de los estándares de trato de nación más favorecida, de trato justo y equitativo, y de expropiación indirecta; 2) incluir excepciones para determinadas áreas de política pública y excepciones para proteger la seguridad nacional; y 3) hacer ajustes en el preámbulo y otras disposiciones clave de los AII, tales como las definiciones de inversión e inversionista, la cláusula paraguas y la indemnización.

Originalmente, el estándar de NMF se incluyó en los AII neoliberales con el objetivo de prevenir la discriminación en contra del inversionista o la inversión extranjera por motivo de la nacionalidad u origen del capital. Sin embargo, el NMF ha sido invocado de maneras imprevistas, por ejemplo, para acceder a protecciones más amplias que las establecidas en el AII base. Por ello, limitar el alcance de la cláusula de NMF es una precondition fundamental para el éxito del proceso de reforma del DIIE. La UNCTAD ofrece seis opciones para responder a esta problemática, a saber: 1) aclarar que el estándar no permite importar disposiciones de AII pre-existentes; 2) especificar que el estándar no aplica al mecanismo de solución de controversias; 3) especificar que el estándar no permite importar disposiciones sustantivas de otros AII; 4) establecer reservas a la aplicación del estándar; 5) aclarar que el estándar sólo aplica a inversiones que se encuentren en "circunstancias similares"; u 6) omitir ese estándar por completo del AII.⁶⁶⁰

La UNCTAD identifica cuatro opciones para reducir los riesgos asociados al FET, a saber: 1) vincular el FET con el estándar de trato mínimo del derecho consuetudinario internacional; 2) clarificar el contenido con listas no taxativas de

⁶⁶⁰ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 38. También ver: S. H. NIKIEMA, "The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties" (2017) *IISD Best Practices Series*, p. 22. <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-en.pdf>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

obligaciones de los Estados; 3) especificar el contenido con listas taxativas de los elementos que conforman el FET; u 4) omitir por completo el FET del AII.⁶⁶¹

Respecto a la expropiación, el objetivo central es poder distinguir entre conductas que, por sus efectos sobre la inversión, se consideran una expropiación indirecta contraria a los AII, de aquellas que, a pesar de afectar los intereses económicos de los inversionistas extranjeros no constituyen una expropiación, sino que son parte del uso legítimo de los Estados de su derecho a regular. A este fin, la UNCTAD describe tres opciones de disposiciones en AII: 1) establecer criterios para determinar cuándo se actualiza una expropiación indirecta;⁶⁶² 2) definir lo que no constituye una expropiación indirecta, por ejemplo, se puede establecer que las "medidas regulatorias que no sean discriminatorias y de buena fe, relacionadas con el interés público, no constituyen una expropiación indirecta";⁶⁶³ o 3) omitir referencias la expropiación *indirecta*⁶⁶⁴ o, incluso, *excluirla explícitamente* del contenido del tratado.

Además de limitar el alcance de las protecciones arriba descritas, la UNCTAD sugiere incluir salvaguardias que pueden variar dependiendo de los objetivos perseguidos. Por un lado, se encuentran las "excepciones" de política pública y, por otro lado, las "excepciones" de seguridad nacional.⁶⁶⁵ Las primeras tienen por objetivo balancear la protección de los inversionistas con otros objetivos de interés público (como la protección ambiental); mientras que las segundas se orientan a proteger el derecho de los Estados a tomar medidas necesarias para proteger su

⁶⁶¹ Ver: UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 37.

⁶⁶² Según la UNCTAD, algunos de los criterios pueden ser: i) el impacto económico de la medida sobre la inversión; ii) el grado de interferencia con las expectativas legítimas del inversionista; iii) el carácter de la medida de gobierno (si ha sido discriminatoria o no); y/o iv) el grado en que la medida supone un beneficio económico directo para el Estado. Ver: UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 37.

⁶⁶³ UNCTAD, UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime (United Nations, 2018), p. 38. Asimismo, se puede aclarar que el hecho de que una medida tenga efectos adversos en el valor económico de una inversión no basta para establecer que existe una expropiación indirecta. Un ejemplo de estas disposiciones se encuentra en el AII Austria-Nigeria de 2013 que reza:

"Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Contracting Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation."

Ver: Agreement for the Promotion and Protection of Investment (Austria-Nigeria) (concluded on 8 April 2013, not in force), art. 7(4). Disponible en <[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3434/austria---nigeria-bit-2013->](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3434/austria---nigeria-bit-2013-).

⁶⁶⁴ La simple omisión de la expropiación indirecta podría no eliminar el riesgo de encontrarse ante responsabilidad internacional, puesto que la mera referencia a la expropiación podría ser interpretada por los tribunales como que incluye aquella directa e indirecta.

⁶⁶⁵ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 38.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

seguridad nacional,⁶⁶⁶ ya sea por la sensibilidad de ciertos sectores o para responder a fuertes crisis económicas, como aquellas de 2007 y la ocasionada por la pandemia del COVID-19.⁶⁶⁷

Por lo que se refiere a hacer ajustes a diversas disposiciones, la UNCTAD ofrece las siguientes opciones. Para el Preámbulo, la UNCTAD recomienda incluir el objetivo de promover el desarrollo sostenible y que los Estados tienen la intención de preservar su derecho a regular. Asimismo, insiste en dejar claro que el tratado debe interpretarse de conformidad con otras obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, medio ambiente y el patrimonio cultural.⁶⁶⁸

Sobre la definición de inversión, la UNCTAD sugiere adoptar alguna de las siguientes opciones: 1) requerir que las inversiones cumplan con algunos requisitos, como pueden ser que el inversionista comprometa capital, que tenga una expectativa de ganancia, que asuma un riesgo, que se establezca una duración mínima de la inversión, que genere una relación económica con el país receptor de larga duración o incluso que contribuya al desarrollo sostenible del Estado; y 2) incluir listas taxativas ya sea positivas o negativas sobre el alcance de la definición, es decir, de los activos que están cubiertos por el tratado o de los que están excluidos del mismo.⁶⁶⁹

Además, se recomienda incluir un requisito de "legalidad" de las inversiones, como una condición previa para su protección bajo el tratado. Esta última opción es, desde mi perspectiva, una de las mejores para garantizar una mejor integración y complementariedad entre el derecho interno y el derecho internacional, es decir, para regresar al Estado su capacidad de regular o controlar la inversión extranjera.

La definición de inversionista permite circunscribir el alcance del tratado en razón de la persona. La UNCTAD recomienda: 1) establecer criterios en la definición de inversionistas protegidos, por ejemplo, que las empresas tengan actividades económicas/comerciales sustanciales en el país anfitrión y criterios para definir cuándo se considera que las actividades económicas son sustanciales; y/o 2) incluir cláusulas de denegación de beneficios, donde las Partes se reserven el derecho a negar la protección del tratado a empresas que sean propiedad o estén efectivamente controladas por empresas o nacionales en terceros países.⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ Una de las respuestas a la crisis del DIIE fue la búsqueda de defensas basadas en el Proyecto de Artículos de Responsabilidad Internacional por hechos internacionalmente ilícitos. Entre los casos en que se ha aplicado el art. 25 del Proyecto de Artículos de Responsabilidad Internacional por hechos internacionalmente ilícitos para proteger la seguridad nacional se encuentra: *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. República Argentina*, ICISID Case No. ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad (3 de octubre de 2006) párr. 245-261.

⁶⁶⁷ UNCTAD, "World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery" (2021) p. 133.

⁶⁶⁸ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 42.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 43.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 43.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

En relación con las cláusulas paraguas, la UNCTAD recomienda a los Estados adoptar alguna de las siguientes opciones en sus AII de nueva generación: 1) aclarar que la cláusula sólo protege compromisos hechos por escrito; 2) aclarar que la cláusula sólo comprende los actos de gobierno en ejercicio de sus poderes soberanos; 3) omitir la cláusula paraguas por completo.⁶⁷¹

Finalmente, respecto de las disposiciones relacionadas con las consecuencias por el incumplimiento con algunas de las disposiciones de los AII, la UNCTAD recomienda a los Estados adoptar varias de las siguientes opciones, de manera complementaria entre sí: 1) establecer límites a las medidas compensatorias que los Tribunales pueden determinar, por ejemplo, únicamente medidas pecuniarias o restitución de la propiedad; 2) para el caso de la expropiación, desvincular la indemnización del valor del mercado, o que las indemnizaciones se limiten al valor de la inversión, excluyendo las expectativas de ganancias futuras; 3) incluir disposiciones sobre el cálculo de daños por violaciones al tratado diferentes a la expropiación, con la intención de limitar la posible responsabilidad financiera del Estado; y 4) prohibir a los Tribunales que ordenen a los Estados revocar algunas medidas legislativas, administrativas o judiciales adoptadas -objeto de la controversia.⁶⁷²

1.2. Reformar el mecanismo de solución de controversias relacionadas con las inversiones.

La UNCTAD reconoce que hay una necesidad de reformar el mecanismo de solución de controversias relacionadas con las inversiones.⁶⁷³ Se identifican dos grandes opciones: 1) reformar el mecanismo actual de arbitraje inversionista-Estado; o 2) reemplazar completamente el arbitraje inversionista-Estado por otros mecanismos.⁶⁷⁴

1.2.1. Reformar el mecanismo actual de arbitraje inversionista-Estado

Después de 60 años de práctica arbitral, se han identificado diversas mejoras procesales que se pueden hacer al mecanismo actual de arbitraje de inversiones,

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 46.

⁶⁷³ Los motivos que justifican la reforma son la necesidad de: 1) reducir los riesgos legales y financieros que actualmente supone el arbitraje inversionista-Estado para los Estados anfitriones; 2) evitar que este mecanismo derive en derechos más amplios para los inversionistas extranjeros que los que gozan los inversionistas nacionales; 3) reducir la incertidumbre sobre los alcances de las protecciones de los inversionistas ocasionada por decisiones arbitrales contradictorias; y 4) mejorar la transparencia en los procedimientos, la selección de los árbitros y garantizar el debido proceso. Ver: *Ibid.*, p. 23.

⁶⁷⁴ Sobre la discusión entre reformar el mecanismo actual o reemplazarlo ver: G. VAN HARTEN, "Is it time to redesign or terminate Investor-State Arbitration? A clean break is needed to restore trust, but this stiff test must be met" (2017) *Center for International Governance Innovation* <<https://www.cigionline.org/articles/it-time-redesign-or-terminate-investor-state-arbitration>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

tales como fortalecer la transparencia de los procedimientos,⁶⁷⁵ prevenir posibles conflictos de interés de los árbitros, limitar el financiamiento del procedimiento por parte de terceros, incluir procedimientos para que las Partes contratantes del AII de base puedan aclarar el sentido que quisieron dar a alguna disposición concreta del tratado, establecer mecanismos para desechar rápidamente procedimientos manifiestamente improcedentes, proveer una distribución mas equitativa de los costos de los procedimientos y prevenir que los inversionistas presenten reclamaciones paralelas haciendo uso de distintos mecanismos.⁶⁷⁶

Uno de los objetivos más importantes de la reforma es reducir la exposición de los Estados a los riesgos legales y financieros asociados al arbitraje inversionista-Estado. Por ello, se recomienda excluir algunos sectores, disposiciones del tratado o áreas de política sensibles del arbitraje inversionista-Estado. Otras opciones posibles son: 1) el establecimiento de requisitos previos para la presentación de la reclamación, tales como incluir períodos mínimos (*cooling off periods*) y períodos de prescripción de las reclamaciones; 2) requerir el agotamiento de recursos internos antes de acceder al arbitraje; e 3) incluir un mecanismo que permita canalizar las diferencias de inversiones que puedan ser altamente sensibles para el Estado anfitrión a un proceso de arbitraje Estado-Estado (en lugar del arbitraje inversionista-Estado).⁶⁷⁷

Además de dichas mejoras procesales, se ha expuesto la necesidad de añadir un mecanismo de apelación en contra de los laudos arbitrales que ponen fin al procedimiento, donde se pueda hacer una revisión sustantiva del Laudo y corregirlo, cuando proceda.⁶⁷⁸

1.2.2. Reemplazar el arbitraje inversionista-Estado por otro mecanismo

Algunos países o incluso regiones han llegado a considerar que es tiempo de reemplazar el arbitraje *ad hoc* inversionista-Estado por completo por otro tipo de mecanismo. Entre las opciones que ha identificado la UNCTAD se encuentran: 1) establecer una corte internacional permanente en materia de inversiones; 2) fortalecer mecanismos de arbitraje Estado-Estado; o 3) reemplazar completamente por el uso de recursos disponibles ante las cortes internas.⁶⁷⁹

El establecimiento de una corte internacional permanente en materia de inversiones no podría ser una solución inmediata porque será necesario pasar por un procedimiento de negociación, firma y ratificación de un tratado internacional

⁶⁷⁵ Ver Capítulo 4, Sección Aplicación de los derechos procedimentales ambientales a los espacios de regulación de la inversión extranjera.

⁶⁷⁶ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 50.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 51. Las diferencias altamente sensibles son aquellas que puedan tener efectos sobre, por ejemplo, la integridad y estabilidad del sistema financiero del Estado anfitrión, la salud pública, las relaciones fiscales internacionales, entre otras.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 55.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

constitutivo de la Corte. Dicho tratado tendrá que resolver una serie de cuestiones sensibles, por ejemplo, la sede, el financiamiento, la competencia de la Corte, la participación de los países,⁶⁸⁰ las relaciones con otras Cortes o mecanismos existentes en los AII neoliberales, entre otros.

A pesar de los retos para constituir una corte internacional permanente, la UNCTAD considera que esta ofrecería muchos beneficios para efectuar una reforma más profunda del DIIE porque podría extender la legitimación activa a otros actores que comúnmente también se ven afectados por las inversiones y pocas veces pueden defender sus intereses en el arbitraje inversionista-Estado: las poblaciones locales, los pueblos indígenas o terceros directamente afectados por la inversión o por la decisión del tribunal. Además, una corte podría contribuir a desfragmentar el DIIE, mejorar la coherencia entre las decisiones, a través de un sistema de precedentes o la jurisprudencia internacional.⁶⁸¹

1.3. Promover y facilitar las inversiones

La reforma de los AII debe orientarse a incluir disposiciones que promuevan y faciliten las inversiones que sean capaces de promover el desarrollo sostenible y ayuden a cerrar la brecha financiera de USD \$2.5 trillones existente para alcanzar los ODS.⁶⁸²

La UNCTAD recomienda integrar en los AII de nueva generación disposiciones que promuevan y faciliten: 1) el flujo de capital hacia el territorio de las Partes contratantes; 2) la entrada de capital en el territorio de las Partes contratantes; 3) la promoción conjunta de las inversiones; y 4) la promoción de las inversiones a nivel regional.

A fin de promover el flujo de capital, se recomienda incluir disposiciones sobre apoyos financieros para la inversión en los Estados Parte en el tratado. Por ejemplo, proteger a los inversionistas de ciertos riesgos políticos, dar mayores facilidades para acceder a préstamos, y proveer asistencia técnica relacionada con los trámites administrativos necesarios para hacer inversiones en el país anfitrión.⁶⁸³

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 56.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 56.

⁶⁸² UNCTAD, "World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan" (2014) p. xi. Solamente los costos de protección de la biodiversidad y los ecosistemas se necesitan entre 300-400 billones de USD anuales. Ver: WWF, CREDIT SUISSE AND MCKINSEY&COMPANY, "Conservation Finance: Moving beyond donor funding toward an investor-driven approach" (2014) <<https://www.cbd.int/financial/privatesector/g-private-wwf.pdf>> p. 8.

⁶⁸³ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 61; R. GINGSBURG, "Political Risk Insurance and Bilateral Investment Treaties: Making the Connection" (2013) *The Journal of World Investment and Trade* Vol. 14, No. 6, pp. 943-977; K. GORDON, "Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development" (2008) *OECD Investment Policy Perspectives*, pp. 101-102.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Para facilitar la entrada de capital en el territorio de las Partes contratantes, se sugiere incluir disposiciones sobre incentivos para la entrada de inversiones, condicionando el acceso a los incentivos a la obtención de un determinado impacto de desarrollo sostenible o con la contribución a la implementación de las estrategias de desarrollo de las Partes contratantes. Asimismo, se puede establecer un Ombudsman de las inversiones en cada uno de los países contratantes, cuya función sería tanto asesorar a los inversionistas sobre los procedimientos administrativos, como ayudar a prevenir, gestionar y resolver diferencias de inversiones.⁶⁸⁴

También se recomienda establecer instituciones, órganos o procesos de cooperación entre las Partes contratantes para la promoción de las inversiones. Esta cooperación puede ser coordinada por un órgano permanente o uno *ad hoc*, cuya función sea la de supervisar la implementación del AII y sus efectos en la promoción de flujos de inversión, así como organizar seminarios, conferencias, talleres o ferias.⁶⁸⁵ Finalmente, los AII de carácter regional podrían incluir disposiciones para promover proyectos en corredores industriales regionales.⁶⁸⁶

1.4. Proteger únicamente las inversiones responsables

La UNCTAD considera que una de las prioridades de la reforma debe ser asegurar que las inversiones que se atraen y que se protegen sean responsables. Ello incluye dos dimensiones: i) maximizar las contribuciones positivas que los inversionistas pueden traer a las sociedades ("hacer bien"); y ii) prevenir y evitar los impactos negativos ("no hacer daño").⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 61; UNCTAD, "Investment Promotion Provisions in International Investment Treaties" (2008) pp. 33-38. Brasil ha establecido un Ombudsman para las Inversiones Directas, bajo la Cámara de Comercio Exterior, y lo ha incluido en sus Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones. Ver: J. H. VIEIRA MARTINS, "Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil y Últimos Avances" (2017) *Investment Treaty News* Vol. 8, No. 2, p. 10.

⁶⁸⁵ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 62. El AII Japón-Ucrania establece un Comité para discutir y revisar la implementación y operación del acuerdo, así como para intercambiar información sobre los marcos regulatorios relacionados con las inversiones de cada una de las Partes contratantes. El Comité hace recomendaciones a las Partes sobre cómo alcanzar los objetivos del tratado. Ver: Agreement between Japan and Ukraine for the promotion and protection of investments (Japan-Ukraine) (signature 5 February 2015, entry into force 26 November 2015) Art. 24. Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3550/japan---ukraine-bit-2015->>.

⁶⁸⁶ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 63. Por ejemplo, la Comunidad del Caribe (CARICOM) tienen previsto armonizar sus leyes y prácticas administrativas relacionadas con las empresas, así como normas y reglamentos técnicos. La intención es tener una política común de inversiones. Ver: Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del mercado único y la economía de la CARICOM (firmado el 5 de julio de 2001, entrada en vigor 1 enero de 2006) Art. 68. Disponible en < https://caricom.org/documents/11109-treaty_caricom_2-spanish.pdf>.

⁶⁸⁷ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 23.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

De acuerdo con la UNCTAD, hay dos enfoques que se pueden utilizar para promover ambas dimensiones: 1) obligar a inversionistas a cumplir con el derecho interno del Estado anfitrión;⁶⁸⁸ y 2) incluir cláusulas de RSE en los AII.⁶⁸⁹

Al incluir disposiciones sobre la obligación de los inversionistas de cumplir con el derecho interno de los Estados anfitriones, también se podría establecer que los inversionistas serán responsables por los daños en la salud humana y ambiental derivados de sus operaciones.⁶⁹⁰ El impacto de esta disposición sería mucho mayor si se extendiera la responsabilidad a los daños ocasionados después de finalizar las operaciones, por ejemplo, cuando el inversionista no se asegura de hacer una limpieza ambiental al cierre de sus operaciones. Dicha disposición debería también aclarar las condiciones para determinar que la empresa matriz pueda ser responsable por los daños ocasionados por sus subsidiarias o filiales en el territorio de alguna de las Partes.⁶⁹¹

Por lo que se refiere a la inclusión de disposiciones sobre RSE, la UNCTAD pone sobre la mesa varias posibilidades, todas ellas acordes con el enfoque voluntario de los estándares de RSE: 1) *invitar* a los inversionistas a que cumplan con estándares internacionalmente reconocidos, como los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos⁶⁹², mencionando en el AII los estándares con los cuales se espera que cumplan; 2) *requerir* a los Tribunales que, al resolver un caso de arbitraje inversionista-Estado, tomen en cuenta si los inversionistas han cumplido con los estándares internacionalmente reconocidos de RSE; 3) establecer un compromiso entre las Partes en el AII de

⁶⁸⁸ Por ejemplo, el AII Modelo de la Comunidad de Desarrollo de África Austral incluye la obligación de los inversionistas de cumplir con el derecho interno. Sin embargo, este solo es un modelo de tratado y no un tratado vinculante. Ver: SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary (2012) Art. 11. Disponible en < <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>>. Otro ejemplo es el AII Marruecos-Nigeria que establece que las inversiones deben cumplir con los procedimientos de evaluación de impacto ambiental previo al establecimiento de la inversión, según establezca el derecho interno del Estado anfitrión.

⁶⁸⁹ Por ejemplo, el AII Brasil-Perú establece una serie de principios y normas voluntarias que deben guiar la conducta empresarial responsable, misma que debe ser coherente con las leyes aprobadas por el Estado anfitrión. Ver: Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil (Perú-Brasil) (firmado el 29 de abril de 2016, no ha entrado en vigor) Art. 2.13. Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5402/download>>.

⁶⁹⁰ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 23.

⁶⁹¹ Por ejemplo, el AII Modelo del SADC establece que los inversionistas y sus inversiones deben estar sujetos a procedimientos de responsabilidad civil ante las cortes del país de origen de la inversión por decisiones, actos u omisiones que se hayan tomado en dicho país y hayan ocasionado daños significativos en las personas o el medio ambiente en el Estado anfitrión. Ver: SADC Model Bilateral Investment Treaty..., cit., Art. 17. Ver también: A. MISTURA, "Reforzando la Protección Ambiental en el Derecho Internacional de las Inversiones a través de la Incorporación de Principios Internacionales de Responsabilidad Civil" (2019) *Investment Treaty News* Vol. 10, Issue 1, pp. 12-15.

⁶⁹² Los principios rectores están disponibles en <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

promover el cumplimiento con estándares de RSE en el ámbito nacional, por ejemplo, al condicionar el acceso a determinados incentivos con el cumplimiento con determinados estándares internacionales de RSE o con el derecho interno; 4) establecer mecanismos de cooperación entre las Partes para la promoción de RSE aplicables a las inversiones cubiertas por el tratado; o 5) el establecimiento de medidas para la regulación o monitoreo de las actividades de las empresas nacionales de una parte en el territorio de otra parte.⁶⁹³

1.5. Mejorar la coherencia sistémica

El régimen del DIIE tiene una naturaleza multinivel que abarca lo global, regional, bilateral y nacional y que atañe múltiples sectores. Ello puede dar lugar a normas concurrentes, así como a lagunas e inconsistencias entre diversos instrumentos y ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, pueden surgir conflictos entre: 1) AII de vieja y nueva generación; 2) AII y normas en otros tratados internacionales; y 3) entre AII y las políticas internas de los países receptores. Por tanto, la reforma del DIIE debe buscar la coherencia entre todos estos niveles y ordenamientos.

A nivel nacional, cada Estado debe cuidar la coherencia en su propia red de AII. Para ello, es útil comenzar por hacer un estudio de sus AII para identificar las incoherencias en los AII, las necesidades específicas de reforma y definir su propia hoja de ruta. Seguido, se considera apropiado que cada Estado desarrolle su propio AII modelo ya que estos modelos de tratado sirven para definir la posición de los Estados respecto a los límites de las protecciones sustantivas de AII, los mecanismos de solución de controversias relacionadas con el AII y, en caso de mantener el arbitraje inversionista-Estado, los alcances del consentimiento al arbitraje.

Asimismo, es importante que los Estados revisen la coherencia entre sus leyes nacionales de inversiones y sus AII. La mayoría de las leyes de inversión se aprobaron en la década de 1990, por lo que sus disposiciones comúnmente siguen los modelos neoliberales; mientras que los AII de nueva generación intentan encontrar un mejor equilibrio entre las protecciones de los inversionistas y el derecho a regular de las Partes.⁶⁹⁴ Por ese motivo, la UNCTAD recomienda a los Estados revisar la concordancia entre las disposiciones relacionadas con la protección de la inversión extranjera en las leyes en la materia y en los AII.⁶⁹⁵

De igual forma, los Estados deben prever que las leyes de inversiones y los AII sean coherentes y sinérgicos con el contexto normativo interno general, es decir, con la Constitución, las leyes ambientales, fiscales, sociales, bancarias, etc. El

⁶⁹³ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 67. Ver: Y. LEVASHOVA, "The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgression in Host States through International Investment Law" (2018) *Utrecht Law Review* Vol. 14, No. 2, pp. 40-55.

⁶⁹⁴ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment...*, cit., pp. 348-362.

⁶⁹⁵ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 102.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

marco normativo interno consiste en un sistema amplio y complejo de leyes y reglamentos, donde las leyes de inversión (extranjera) son sólo un elemento de la política de inversiones.⁶⁹⁶ En consecuencia, se recomienda establecer mecanismos para evitar que los AII se sigan aplicando de manera aislada o como un régimen autosuficiente.

En relación con la coherencia entre diversos AII, la UNCTAD recomienda utilizar las secretarías de tratados regionales para impulsar la negociación y firma de AII regionales, facilitar la terminación de AII bilaterales intrarregionales y reducir, consecuentemente, la proliferación de AII incoherentes y con diversos niveles de protección de la inversión extranjera.⁶⁹⁷

Finalmente, por lo que se refiere a la coherencia entre los AII y otras áreas de derecho internacional, se sugiere que la reforma del DIIE se ocupe también de reducir la fragmentación del derecho internacional y buscar la aplicación sinérgica de los distintos instrumentos internacionales. Algunas opciones para alcanzar este objetivo son: 1) incluir excepciones en AII para medidas amparadas en otras áreas de derecho internacional; 2) hacer referencias a otros instrumentos de derecho internacional en los AII; y 3) incluir disposiciones que dirijan a los tribunales a interpretar los AII de conformidad con otros instrumentos de derecho internacional.⁶⁹⁸

1.6. Valoración de las propuestas de reforma de la UNCTAD para re-conceptualizar el DIIE

Las propuestas de reforma presentadas por la UNCTAD tienen varias fortalezas y debilidades. Por un lado, se podría decir que son respetuosas con la diversidad de posiciones en la comunidad internacional respecto a la inversión extranjera. El modelo de "menú de opciones" está orientado a generar consciencia sobre las diversas opciones y sus efectos, sin comprometer la imparcialidad que un órgano de la ONU debe tener.

Por otro lado, se muestran insuficientes para hacer frente a la crisis ecológica y humanitaria en que vive el mundo actual precisamente porque, al mantener una posición neutral y ofrecer muchas opciones, algunas de ellas de muy poco potencial transformador, la UNCTAD no logra dar un mensaje contundente para poder atacar el problema de raíz: la desregulación de las inversiones extranjeras.

La UNCTAD sí coloca el desarrollo sostenible como el objetivo principal que deben perseguir los AII. Sin embargo, no parece tratarse de un desarrollo sostenible en un sentido ecológico, sino más bien de corte ambientalista, donde hay una

⁶⁹⁶ A 2018, 109 países en el mundo contaban con una ley de inversiones. 71 leyes aplican tanto a las inversiones nacionales como las internacionales, mientras que 40 leyes aplican únicamente a la inversión extranjera.

⁶⁹⁷ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 98. Esta parece ser una tendencia en algunas organizaciones de integración regional, como la UE, el SADC, la CARICOM, entre otros.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 109.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

confianza ciega en que la IED generará crecimiento económico, el cual a su vez ayudará a resolver los problemas ambientales de esta era. En consecuencia, las propuestas de reforma del DIIE de la UNCTAD no persiguen la redistribución de la riqueza, la conservación de los ecosistemas, la descarbonización de las economías, ni la alineación de las actividades económicas a los límites planetarios.

Las propuestas de reforma de la UNCTAD no abandonan el enfoque de “protecciones” de las inversiones, para adoptar uno de “responsabilidad” compartida de Estados e inversionistas de garantizar la vida (digna) en el planeta. No se recomienda a los Estados incluir ninguno de los principios de precaución, prevención, *in dubio pro natura*, participación pública en la toma de decisiones, el que contamina paga, la responsabilidad por daños ambientales, etc.

A diferencia del enfoque regulatorio que yo he propuesto en el capítulo anterior, el enfoque central de la UNCTAD es que los AII deben encontrar un equilibrio entre *el derecho a regular* de los Estados en el interés público y *la protección de la inversión extranjera*. En otras palabras, únicamente pretende recuperar un poco de la soberanía de los Estados que fue secuestrada por los AII neoliberales, pero no pretende regular a la inversión extranjera.

Dicho esto, cabe mencionar que las propuestas de la UNCTAD sí hacen algunas recomendaciones importantes para la regulación de las empresas. Respecto a la regulación de las empresas en el ámbito internacional, la UNCTAD hace una tímida recomendación de incluir disposiciones sobre RSE y algunos mecanismos de cooperación entre las Partes en el tratado para promover o monitorear la aplicación de estándares de RSE, pero no se atreve a recomendar establecer *obligaciones concretas* o estándares mínimos de conducta vinculantes a cargo de los inversionistas. Tampoco se hace ninguna referencia al establecimiento de obligaciones de los Estados de regular las conductas de las empresas.⁶⁹⁹

Por lo que se refiere a la regulación de los inversionistas a través del derecho interno, la UNCTAD sí recomienda que los AII obliguen a los inversionistas a cumplir con el derecho interno del Estado anfitrión; y que establezcan que los inversionistas serán responsables por los daños en la salud humana y ambiental derivados de sus operaciones. Estas recomendaciones van en la dirección correcta. En la práctica, hay un par de ejemplos de AII que reconocen la importancia de que los AII apoyen la ejecución del derecho interno. Por ejemplo, el AII Modelo de la Comunidad de Desarrollo de África Austral incluye la obligación de los

⁶⁹⁹ El Consejo de Derechos Humanos adoptó la Resolución 26/9 en 2014, a través de la cual estableció un grupo de trabajo para elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para la regular a las empresas transnacionales y otras empresas, a fin de prevenir, controlar y sancionar abusos de derechos humanos asociados a éstas o sus operaciones. En octubre de 2021 se discutió el tercer borrador del acuerdo. Los documentos se pueden consultar en: UNHRC, “Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” (sin fecha) <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgotnc.aspx>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

inversionistas de cumplir con el derecho interno;⁷⁰⁰ y el AII Marruecos-Nigeria específicamente establece la obligación a cargo de las empresas de cumplir con los procedimientos de evaluación de impacto ambiental previo al establecimiento de la inversión, según establezca el derecho interno del Estado anfitrión.⁷⁰¹

La UNCTAD es silenciosa sobre la importancia de incluir el derecho interno en las disposiciones relacionadas con el *derecho aplicable* a las diferencias relacionadas con las inversiones. Cabe recordar que los AII neoliberales lograron desplazar la aplicación del derecho interno que sí estaba previsto en el art. 42(1) del Convenio del CIADI y, con ello, lograron la aplicación exclusiva de los AII a las diferencias de inversiones.⁷⁰² En mi opinión, esta es una de las grandes deficiencias de las propuestas de la UNCTAD pues se pierde la oportunidad de rescatar la aplicación concurrente del derecho interno y el internacional que sería muy beneficioso para equilibrar la protección del interés público y el interés privado.

Esta aplicación concurrente es urgente para hacer frente a los grandes retos de la humanidad, como el cambio climático. Los procesos ecológicos no se rigen por las divisiones político-territoriales o administrativas creadas por el ser humano. Las actividades que se desarrollen dentro del territorio de un municipio, departamento o Estado-nación pueden tener efectos en terceros Estados, ya sea por proximidad entre estos (efectos transfronterizos de actividades económicas) o por las dinámicas globales de los sistemas naturales (por ejemplo, el sistema climático).⁷⁰³ Esto significa que la regulación de las actividades económicas debe ser multinivel y debe lograr una coherencia normativa desde lo local hasta lo global y una coordinación/cooperación horizontal a través de los diversos sectores.⁷⁰⁴ En consecuencia, el paradigma divisivo que sigue el DIIE entre el derecho interno y el derecho internacional debe ser corregido, y la ausencia de recomendaciones al respecto es una muestra del potencial tan limitado de las propuestas de la UNCTAD para alcanzar el desarrollo sostenible.

Por lo que se refiere a corregir los 6 elementos clave que lograron la internacionalización y liberalización de las inversiones, la UNCTAD hace algunas recomendaciones valiosas, aunque poco ambiciosas. En primer lugar, sí incluye una recomendación de excluir las cláusulas paraguas de los AII. Sin embargo, esta

⁷⁰⁰ Cabe mencionar que este instrumento es sólo un modelo de tratado y no un tratado vinculante. SADC Model Bilateral Investment Treaty..., cit., Art. 11.

⁷⁰¹ Esta disposición es relevante porque previene el arbitraje inversionista-Estado asociado al procedimiento de EIA, pero puede resultar limitante si la obligación de cumplimiento con el derecho interno se entiende circunscrito únicamente al procedimiento de EIA. Ver: Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria (Morocco-Nigeria) (signature 3 December 2016, not in force) Art. 14. Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> >.

⁷⁰² Ver capítulo 1, sección 4. El neoliberalismo: consolidación de un régimen internacional sobre la protección de la inversión extranjera.

⁷⁰³ O. WOOLLEY, *Ecological Governance: Reappraising Law's Role...*, cit., p. 24.

⁷⁰⁴ PNUMA, "Environmental Rule of Law...", cit., pp. 1-11.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

recomendación se ve debilitada al presentarse junto con otras dos opciones más pro-inversionista que únicamente lograrían reducir el alcance actual de estas disposiciones, sin revertir el proceso de internacionalización.⁷⁰⁵

Segundo, la UNCTAD no hace recomendaciones en el sentido de revertir el consentimiento abierto al arbitraje inversionista-Estado (*consent without privity*).⁷⁰⁶ Su menú de opciones se limita a sugerir algunas formas paliativas para reducir el riesgo de arbitraje, tales como: 1) incluir límites temporales para la presentación de la demanda; 2) excluir previamente ciertos tipos de reclamaciones del arbitraje inversionista-Estado; 3) incluir un mecanismo que permita canalizar las diferencias de inversiones que puedan ser altamente sensibles para el Estado anfitrión a un proceso de arbitraje Estado-Estado (en lugar del arbitraje inversionista-Estado); 4) incluir cláusulas de "denegación de beneficios" a los inversionistas; y 5) delimitar las definiciones de inversión e inversionista extranjeros.⁷⁰⁷

Tercero, la UNCTAD sí recomienda a los Estados el agotamiento de recursos internos. De hecho, lo hace desde dos enfoques. El primero como una condición del consentimiento al arbitraje inversionista-Estado, donde dicho agotamiento es un requisito indispensable para la admisibilidad y la jurisdicción de una reclamación internacional de inversiones. El segundo enfoque de la UNCTAD llama al abandono total del arbitraje inversionista-Estado en favor de las cortes internas. Éstas serían el único y último mecanismo de solución de diferencias relacionadas con la inversión extranjera. Sin embargo, la UNCTAD recalca que esta opción únicamente parece viable en países cuyo sistema de justicia se encuentra fortalecido y su independencia garantizada.⁷⁰⁸

En mi opinión, cualquier intento de convertir la inversión extranjera en un vehículo para el desarrollo ecológico necesita pasar por el agotamiento de los recursos internos. En especial porque como ya mencioné arriba el incremento de inversión extranjera produce de manera natural efectos dañinos para el medio ambiente a menos que haya una buena regulación y, la regulación únicamente puede ser efectiva, cuando ésta se aplique y ejecute debidamente. Ciertamente, puede darse el caso de que las cortes internas estén sobrecargadas de trabajo o carezcan de la independencia necesaria para emitir sus fallos de manera imparcial, pero la

⁷⁰⁵ Las propuestas de la UNCTAD respecto de las cláusulas paraguas en los AII, a saber: 1) hay que especificar que las cláusulas paraguas sólo protegen compromisos hechos por escrito; 2) especificar que dichas cláusulas sólo comprenden los actos de gobierno en ejercicio de sus poderes soberanos, es decir, no cubre actos de naturaleza puramente comercial; o 3) omitir la cláusula paraguas por completo. De estas opciones, únicamente la tercera permite revertir la internacionalización de los contratos y de la inversión extranjera, mientras que las otras dos la perpetúan.

⁷⁰⁶ La única mención se encuentra en la segunda área prioritaria de reforma, como un objetivo de la mejora del procedimiento arbitral. Reza "providing to State consent to international investment arbitration on a case-by-case basis". UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 51.

⁷⁰⁷ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., pp. 42-44, 50-51.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 58.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

solución a ello pasa por invertir en mejorar el sistema de justicia y la gobernanza en el Estado anfitrión, antes que pretender reemplazar este sistema con el arbitraje inversionista-Estado (y aplicando el derecho internacional) en beneficio de la inversión extranjera.⁷⁰⁹

Cuarto, la UNCTAD sí incluye entre las opciones de reforma la omisión de la expropiación indirecta y/o su exclusión explícita del contenido del tratado.⁷¹⁰ No obstante, esta opción se ofrece junto con dos enfoques alternativos que podrían tener un menor valor correctivo del proceso de internacionalización y desregulación del período neoliberal: establecer criterios para determinar cuándo se actualiza una expropiación indirecta y cuándo no. Esto ciertamente reduce el potencial del DIIE de convertirse en un elemento acelerador del desarrollo sostenible. Un estudio que analiza las disposiciones de expropiación indirecta en 118 AII que siguen alguna de estas dos últimas opciones concluye que estas son insuficientes para distinguir entre medidas expropiatorias que merecen indemnización de medidas de regulación ambiental que no son expropiatorias, por lo que no logran proteger el derecho a regular de los Estados.⁷¹¹ La UNCTAD tampoco sugiere a los Estados vincular las disposiciones sobre la expropiación con su derecho interno para que los Tribunales respeten el enfoque que cada país tiene respecto a la propiedad privada.

Respecto a trato justo y equitativo, la UNCTAD sí contempla la exclusión del estándar de los AII de nueva generación o, como mínimo, la prohibición expresa de las "expectativas legítimas" como un elemento del FET.⁷¹² A efectos de esta última opción, la UNCTAD propone incluir listas no taxativas de las conductas del Estado que determinan el alcance del FET.⁷¹³ Estas listas pueden ser positivas o negativas; las primeras especifican lo que incluye el estándar (por ejemplo, la obligación de no denegación de justicia) y las segundas lo que no está comprendido en el estándar (por ejemplo, las expectativas legítimas de los inversionistas), o una combinación de ambas.⁷¹⁴ Estas propuestas parecerían ir en línea con la escuela que propone un derecho administrativo global, como una manera de dar a los Tribunales arbitrales un rol de supervisión de las decisiones tomadas a nivel interno de acuerdo con principios de derecho administrativo comunes de los

⁷⁰⁹ Con el fin de evitar que las posibles largas dilaciones en las cortes internas se conviertan en una barrera para el acceso a la justicia, se podría establecer que transcurrido un período de tiempo después de iniciar los litigios en las cortes internas sin haber obtenido una resolución, el inversionista puede presentar su reclamación ante un Tribunal de arbitraje inversionista-Estado. Ver: *Ibid.*, p. 52.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁷¹¹ Ver: Y. ZHU, "Do clarified indirect expropriation claims in international investment treaties preserve environmental regulatory space?" (2019) *Harvard International Law Journal* Vol. 60, no. 2, pp. 377-416.

⁷¹² UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 36.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 36.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 36.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

sistemas jurídicos internos.⁷¹⁵ De igual forma, los Tribunales arbitrales tendrían que seguir los principios del derecho administrativo público en sus procedimientos.⁷¹⁶

Quinto, en relación con las consecuencias del incumplimiento con el AII, la UNCTAD presenta tres opciones de reforma: 1) limitar los poderes de los Tribunales, de manera tal que sólo puedan ordenar el pago de daños pecuniarios o la restitución de la propiedad, excluyendo otras opciones; 2) establecer que, para el caso de la expropiación, la compensación debe ser el valor de los activos -excluyendo las ganancias futuras- y que el Laudo no puede exceder la inversión hecha y un interés comercial razonable; y 3) detallar la metodología que se debe utilizar para calcular los daños relacionados con el incumplimiento de cualquier disposición del AII distinta de la expropiación.⁷¹⁷ Se podría decir que las propuestas de la UNCTAD están bien orientadas a limitar los excesos de los Tribunales, pero no para corregir las desigualdades que el régimen genera entre las inversiones nacionales y las internacionales puesto que no recomiendan que se aplique el derecho interno a la compensación, ni tampoco pretenden controlar la conducta de los inversionistas a través de disposiciones relacionadas con las consecuencias del incumplimiento con el AII.

Por lo que se refiere a establecer disposiciones para catalizar las inversiones sostenibles, la UNCTAD no hace recomendaciones específicas a la inclusión de disposiciones en los AII para la priorización de áreas a fin de garantizar que las inversiones que se promueven y que se protegen sean *únicamente* aquellas que pueden facilitar la transición hacia un ecologismo profundo, es decir, que como mínimo excluyan las industrias extractivas de minerales y de hidrocarburos. Sí se hacen recomendaciones para delimitar las definiciones de inversión e inversionistas, pero están más bien orientadas a reducir los riesgos de arbitraje y la jurisdicción de los Tribunales arbitrales que a garantizar que las inversiones que se promuevan cumplan con criterios mínimos de sostenibilidad. Dicho lo anterior, se valora positivamente que la UNCTAD recomiende a los Estados incluir un requisito de "legalidad" de las inversiones o de conformidad con el derecho interno a lo largo de todo el ciclo de vida de la inversión en la definición de "inversión"; y que les recomiende que exijan que las inversiones contribuyan al desarrollo sostenible del Estado.⁷¹⁸

⁷¹⁵ D. KALDERIMIS, "Investment treaty arbitration as global administrative law: What this might mean in practice" en C. Brown y K. Miles (eds.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011) pp. 145-160.

⁷¹⁶ Ver: E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications* (Cambridge University Press 2014).

⁷¹⁷ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 46.

⁷¹⁸ En algunos casos, la inversión se hace de manera legal, pero a lo largo de su ciclo de vida la inversión puede incurrir en violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, en *South American Silver v. Bolivia*, el Tribunal reconoció que la demandante había producido, con su conducta, una

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

La UNCTAD no se refiere a las reservas específicamente, pero sí recomienda a las partes incluir disposiciones en sus AII sobre el ámbito de aplicación, donde pueden excluir sectores ampliamente contaminantes, o establecer salvaguardias donde se reserven espacio para regular a fin de mantener la seguridad nacional. Estas reservas o salvaguardias podrían tener el efecto de desalentar a las empresas que operan estos sectores, pero no tendrían un efecto tan ambicioso para catalizar o promover inversiones de impacto.

La UNCTAD reconoce la necesidad de hacer que los AII faciliten y promuevan las inversiones privadas entre los países firmantes, por lo que también ha incluido algunas sugerencias en su menú de opciones, ya descritas anteriormente.⁷¹⁹ Algunas de las propuestas de la UNCTAD son muy valiosas para la promoción y catalización de inversiones sostenibles, en especial, las que se refieren a la inclusión de disposiciones sobre los países de origen de la inversión quienes pueden ofrecer apoyo financiero para proyectos que puedan demostrar un impacto de desarrollo sostenible, el establecimiento de vínculos entre centros de investigación de ambos países. Desde mi perspectiva, estas disposiciones deben estar redactadas como *obligaciones* para lograr un efecto positivo y no únicamente como declaraciones de intenciones de los países de origen de la inversión. También se valora muy positivamente la propuesta de la UNCTAD de condicionar el acceso a incentivos para los negocios en el país anfitrión a la persecución de un impacto positivo de desarrollo sostenible.

La propuesta de establecer una plataforma de Agencias de Promoción de las Inversiones (API) para el intercambio de experiencias y mejores prácticas sobre la promoción de las inversiones, el intercambio de información sobre necesidades y oportunidades de inversión o la preparación conjunta de megaproyectos de inversión, donde tanto el Estado de origen como el Estado anfitrión contribuyen al desbloquear inversiones privadas y reducir los riesgos de inversión, es una opción que se valora muy positivamente porque podría tener un gran valor catalizador de las inversiones.

Asimismo, la propuesta de la UNCTAD de establecer mecanismos para la promoción de inversiones conjuntas en los AII regionales o interregionales también

situación de emergencia que llevó al Ejecutivo a cancelar el proyecto de minería para reestablecer el orden público. Bolivia solicitó al Tribunal que declinara su jurisdicción porque la inversión estaba contaminada con hechos ilegales. También pidió al Tribunal que, en caso de afirmar su jurisdicción, el Tribunal tomara en cuenta eso al determinar si había un incumplimiento con el tratado y, en caso de haberlo, que lo tomara en consideración al determinar la indemnización. El Tribunal rechazó estos argumentos y alegó que las violaciones a derechos humanos alegada por Bolivia “no van a la esencia de la inversión” y que dichas violaciones “no implican que la inversión dejó de existir en los términos del Tratado” o que hubiera devenido ilegal”. Por ello, es importante que haya un requisito de legalidad aplicable a todo el ciclo de vida de una inversión y no sólo al momento de hacerse la inversión. En mi opinión, esas conductas también deberían considerarse al determinar si la demanda se trata de una inversión protegida o no, y también al determinar si hay un incumplimiento con el tratado que merece una indemnización. *South American Silver Limited v. el Estado Plurinacional de Bolivia*, CPA Caso No. 2013-15, Laudo (22 de noviembre de 2018) párr. 202, 214, 218 y 875.

⁷¹⁹ UNCTAD, “UNCTAD’s Reform Package...”, cit., p. 59.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

podría ser muy positiva. La UNCTAD considera que estos mecanismos podrían financiar proyectos regionales, tales como los corredores de desarrollo regionales o zonas industriales regionales.⁷²⁰ Desde mi perspectiva, dichos mecanismos podrían tener un gran valor catalizador de inversiones de impacto si también desarrollaran redes de áreas naturales protegidas o de conservación, tales como los corredores ecológicos, y trabajaran de manera conjunta para establecer políticas habilitantes de inversiones de impacto en áreas como la agricultura, la pesca, la energía, entre otros.

El menú de opciones de la UNCTAD es silenciosa sobre la necesidad de establecer mecanismos de cooperación internacional en materia fiscal e incentivos económicos para el desarrollo sostenible. Desde mi perspectiva esta es una deficiencia importante de las recomendaciones de la UNCTAD porque no permiten resolver uno de los grandes problemas del financiamiento del desarrollo sostenible: la insuficiencia del financiamiento público precisamente porque los Estados no recaudan suficiente al dar tratos preferenciales a las empresas extranjeras con la finalidad de atraer las inversiones a su territorio.

Por lo que se refiere a la desfragmentación del derecho internacional, las recomendaciones de la UNCTAD se centran más en buscar una coherencia entre los distintos niveles de gobernanza (nacional e internacional) y entre los distintos AII (bilaterales y regionales; de vieja y de nueva generación). La UNCTAD no llega a dar un mensaje claro sobre la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos, ambiental o laboral sobre las protecciones de los inversionistas, en caso de conflicto normativo entre distintos elementos del derecho internacional. No obstante, sí recomienda incluir excepciones para medidas amparadas en otras áreas de derecho internacional o dirigir a los tribunales a interpretar los AII de conformidad con los tratados de derechos humanos y ambientales.⁷²¹

En resumen, las recomendaciones de la UNCTAD tienen muchos elementos positivos pero parecen poco ambiciosos para resolver los problemas estructurales del DIIE a fin de poner la inversión extranjera al servicio de los ODS o del desarrollo ecológico. Se puede decir que la base conceptual que guía el proceso de reforma es ya, por sí mismo, insuficiente.

En las próximas páginas voy a analizar qué es lo que está pasando en la práctica. Describiré algunos acontecimientos en la negociación, firma, modernización y terminación de AII, intentando mostrar la diversidad de enfoques y adaptaciones que los Estados están incluyendo en sus modelos de AII y sus AII de nueva generación. En este ejercicio, no pretendo ser exhaustiva, ni nombrar todos los AII que se han negociado, firmado o terminado en los últimos 6 años, sino que me limito a mostrar algunos ejemplos que yo considero especialmente relevantes.

⁷²⁰ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 63.

⁷²¹ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 109.

2. Definición de la posición de país y firma de tratados bilaterales de inversiones de nueva generación

En un primer paso para iniciar un proceso de reforma de la red de AII de un Estado, dicho Estado debe definir su posición de país respecto a la protección de la inversión extranjera y sus límites, reflejándolos en modelos de AII. Los AII modelo son instrumentos base (o borradores cero) para la negociación de tratados bilaterales de inversiones con terceros países. A partir de 2008, al menos 23 países han revisado sus AII modelo⁷²² y algunos han realizado ya varias revisiones sus AII modelo.⁷²³

En las próximas páginas presentaré brevemente los AII modelo de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), el AII modelo de Brasil y el de India. Elegí estos AII porque son comúnmente reconocidos por su ambición en el cambio de perspectiva respecto de los AII del período neoliberal y permiten mostrar los distintos niveles de ambición para perseguir el desarrollo sostenible.⁷²⁴ Los expongo por orden de mayor a menor potencial para lograr el desarrollo sostenible.

2.1. Modelo de Acuerdo Bilateral de Inversiones del SADC

En el marco de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC) se desarrolló un Modelo de Acuerdo Bilateral de Inversiones con la intención de apoyar y guiar a los miembros del SADC en la negociación de AII con terceros países. Este modelo incluye comentarios explicativos de cada disposición, a fin de que los Estados busquen mantener un lenguaje similar al propuesto en el modelo en sus propios AII durante sus propias negociaciones.

El AII Modelo del SADC tiene como primera característica un fuerte énfasis en el rol de la inversión extranjera como un medio para un fin: el del desarrollo sostenible. No se concibe a la protección de la inversión extranjera como un objetivo en sí mismo, sino como una manera de lograr los objetivos de política de cada uno de los Estados anfitriones.⁷²⁵

El AII Modelo se divide en seis partes: 1) Disposiciones comunes; 2) Derechos de los inversionistas post-establecimiento; 3) Derechos y Obligaciones de los

⁷²² Alemania, Austria, Reino Unido, México, Ghana, España, Macedonia, Chipre, EEUU, Burkina Faso, Serbia, Brasil, Noruega, India, Azerbaiyán, Eslovaquia, Rusia, República Checa, Países Bajos y Marruecos. Ver también: UNCTAD, "World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy" (2017) p. 126.

⁷²³ Por ejemplo, Canadá, Guatemala, Turquía y Colombia. Para consultar los AII modelo, ver: UNCTAD, Investment Policy Hub, Model Agreements <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>>.

⁷²⁴ S. E. ROLLAND y D. M. TRUBEK, "Legal Innovation in Investment Law: Rhetoric and Practice in Emerging Countries" (2017) *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 39, No. 2, p. 355-434.

⁷²⁵ Preamble, SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary (2012). Disponible en <<https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

inversionistas y los Estados; 4) Disposiciones generales; 5) Solución de diferencias; y 6) Disposiciones finales. La primera parte establece el objetivo del tratado,⁷²⁶ las definiciones que delimitan su ámbito de aplicación⁷²⁷ y, como un elemento innovador, un procedimiento para la admisión de las inversiones en el país anfitrión.⁷²⁸

El AII modelo del SADC propone tres opciones de definición de "inversión", una basada en las empresas, otra basada en los activos con una lista cerrada de las inversiones cubiertas por el tratado, y otra basada en los activos incluyendo una lista abierta.⁷²⁹ Se explica que la primera opción es la más favorable al Estado anfitrión y se vincula con la IED, mientras que la última es la más favorable al inversionista.⁷³⁰ Asimismo, se incluye un menú de opciones de definición de "inversionista",⁷³¹ recomendando a los negociadores que cualquiera que sea el acuerdo alcanzado se esfuercen por mantener una referencia al vínculo de la empresa con el Estado anfitrión, por ejemplo "tener negocios sustanciales" para evitar el *treaty shopping*.⁷³²

Este AII Modelo es innovador ya que se aleja del enfoque de "liberalización" de las inversiones y, por el contrario, introduce una disposición sobre la admisión de las inversiones o los inversionistas en el Estado anfitrión, misma que deberá ser de conformidad con su derecho interno.⁷³³ Esta disposición se recomienda para mantener el control sobre la admisión de IED en ciertos sectores claves para la economía del país anfitrión y, sobre todo, mantener la flexibilidad a través del tiempo según sean las necesidades del país anfitrión. Se aclara que el objetivo de esta disposición es simplemente evitar el riesgo de responsabilidad internacional por regular la economía, mas no prohibir la liberalización de la inversión ya que esta se puede lograr con políticas nacionales adecuadas.⁷³⁴

Algunas de las novedades en relación con los derechos de los inversionistas es la ausencia de la cláusula de nación más favorecida; y una cláusula de trato nacional mucho más restringida. Vincula el estándar al cumplimiento con el derecho interno; no incluye el establecimiento, expansión o adquisición de las inversiones e incluye estrictos criterios que los Tribunales deben tomar en cuenta al comparar el trato dado a una inversión nacional y una inversión extranjera, entre otros, los

⁷²⁶ Art. 1 del AII Modelo del SADC.

⁷²⁷ Art. 2 del AII Modelo del SADC.

⁷²⁸ Art. 3 del AII Modelo del SADC.

⁷²⁹ Art. 2 del AII Modelo del SADC.

⁷³⁰ AII Modelo del SADC, Comentario p. 13.

⁷³¹ Art. 2 del AII Modelo del SADC.

⁷³² AII Modelo del SADC, Comentario p. 13.

⁷³³ Art. 3 del AII Modelo del SADC.

⁷³⁴ AII Modelo del SADC, Comentarios p. 15.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

efectos que la inversión tiene (individual y cumulativamente) en el medio ambiente, así como sus efectos sobre las comunidades locales.⁷³⁵

Además, se recomiendan dos opciones de FET, uno donde se deja claramente que el umbral de incumplimiento es la "atrocidad" de la conducta del Estado y donde el inversionista está obligado a probar la mala fe del Estado.⁷³⁶ La segunda opción, limita el FET a un trato administrativo justo, es decir, se ajusta a una idea de debido proceso administrativo y judicial, mismo que debe tomar en cuenta el nivel de desarrollo del Estado.⁷³⁷

El AII Modelo del SADC protege al inversionista contra la expropiación indirecta, pero la novedad se encuentra en la manera en la valoración de la indemnización "justa y adecuada". Se proponen tres opciones cuya su intención última es dirigir a los Tribunales a tomar en cuenta las circunstancias del caso, el uso pasado y actual de la propiedad, la historia de su adquisición, el valor del mercado, el propósito de la expropiación, los beneficios obtenidos de la inversión hasta el momento de la expropiación y la duración de la inversión.⁷³⁸

La principal aportación de este AII Modelo se encuentra en el capítulo de derechos y obligaciones de los inversionistas en materia de corrupción,⁷³⁹ cumplimiento con el derecho interno,⁷⁴⁰ provisión de información,⁷⁴¹ evaluación del impacto social y ambiental de la inversión,⁷⁴² la aplicación del principio de precaución,⁷⁴³ la gestión y mejoramiento ambiental,⁷⁴⁴ el cumplimiento con estándares mínimos de derechos humanos, medio ambiente y empleo,⁷⁴⁵ la aplicación de estándares de gobernanza corporativa,⁷⁴⁶ la responsabilidad de los inversores,⁷⁴⁷ la transparencia de los contratos,⁷⁴⁸ entre otros.

Se podría decir que la característica principal de los artículos relacionados con la conducta de los inversionistas es que refuerzan aspectos clave de la regulación extranjera que normalmente se encuentran en el derecho interno, en una forma

⁷³⁵ Art. 4 del AII Modelo del SADC

⁷³⁶ Art. 5: Option 1, 5.2. del AII Modelo del SADC.

⁷³⁷ Art. 5: Option 2, 5.1. del AII Modelo del SADC.

⁷³⁸ Art. 6 del AII Modelo del SADC.

⁷³⁹ Art. 10 del AII Modelo del SADC.

⁷⁴⁰ Art. 11 del AII Modelo del SADC.

⁷⁴¹ Art. 12 del AII Modelo del SADC.

⁷⁴² Art. 13 del AII Modelo del SADC.

⁷⁴³ Art. 13 del AII Modelo del SADC.

⁷⁴⁴ Art. 14 del AII Modelo del SADC.

⁷⁴⁵ Art. 15 del AII Modelo del SADC.

⁷⁴⁶ Art. 16 del AII Modelo del SADC.

⁷⁴⁷ Art. 17 del AII Modelo del SADC.

⁷⁴⁸ Art. 18 del AII Modelo del SADC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

subsidiaria. Por ejemplo, los inversionistas deben evaluar los impactos sociales y ambientales de sus inversiones en las áreas de la inversión cumpliendo con los procedimientos establecidos en el derecho interno del Estado anfitrión. Sin embargo, también se listan otros posibles estándares, tales como los de la Corporación Financiera Internacional que aplicarían si son más restrictivos que el derecho interno.⁷⁴⁹

Asimismo, incluye una disposición muy importante en materia de responsabilidad de las empresas: los inversionistas y sus inversiones deben estar sujetos a procedimientos de responsabilidad civil ante las cortes del país de origen de la inversión por decisiones, actos u omisiones que se hayan tomado en dicho país y hayan ocasionado daños significativos en las personas o el medio ambiente en el Estado anfitrión. También se incluye una obligación dirigida a los Estados de origen de los inversionistas o sus inversiones: la de asegurarse de que sus sistemas legales no obstruyan o restrinjan el acceso a sus cortes para reclamar justicia por daños de sus inversionistas en el Estado anfitrión.⁷⁵⁰

El AII Modelo del SADC reafirma el derecho a regular para alcanzar sus objetivos de desarrollo sostenible,⁷⁵¹ y que el Estado también puede dar un trato preferencial a empresas con el fin de alcanzar objetivos de desarrollo, siempre que sea de conformidad con su derecho interno.⁷⁵²

También reconoce que la simple firma de un AII no atrae las inversiones al Estado anfitrión de manera automática, sino que se necesitan otras medidas más proactivas por parte de los Estados donde se de a conocer a los inversionistas el contexto, las oportunidades existentes en el país de destino, así como los marcos legales. De esta manera, el AII Modelo del SADC incluye una disposición sobre cooperación entre las Partes del tratado para la promoción de las inversiones, con actividades como ferias, tours y el establecimiento de centros de inversiones en el territorio de las otras Partes contratantes.⁷⁵³

Entre las novedades de este AII Modelo se encuentra la inclusión de una excepción a la obligación de indemnizar por pérdidas de las inversiones derivadas de la adopción o ejecución de medidas, de buena fe, cuyo objetivo sea la protección de la vida, la salud, la conservación de los recursos naturales y la protección del medio ambiente.⁷⁵⁴

Finalmente, el AII Modelo recomienda a las partes no incluir el arbitraje inversionista-Estado en sus AII, pero si lo hacen, se incluyen algunas sugerencias

⁷⁴⁹ Art. 13.1. del AII Modelo del SADC.

⁷⁵⁰ Art. 17 y 19 del AII Modelo del SADC.

⁷⁵¹ Art. 20 del AII Modelo del SADC.

⁷⁵² Art. 21 del AII Modelo del SADC.

⁷⁵³ Art. 23 del AII Modelo del SADC.

⁷⁵⁴ Art. 25 del AII Modelo del SADC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

de artículos. Destacan incluir el requisito del agotamiento de los recursos internos para poder acceder al arbitraje, así como la obligación del inversionista de presentar un consentimiento amplio al arbitraje que permita al Estado presentar contra-demandas.⁷⁵⁵ Se prevén disposiciones de procedimiento para que los Tribunales puedan aceptar y considerar *amicus curiae* y la participación de otros terceros en la diferencia, así como sobre la transparencia en los procedimientos arbitrales.⁷⁵⁶

El AII Modelo del SADC es bastante ambicioso para financiar el desarrollo sostenible de los Estados anfitriones. El AII modelo reconoce que el objetivo último es el desarrollo sostenible y, aunque no adopta propiamente un enfoque de responsabilidad, sí incluye el principio de precaución como uno de los principios que guían la aplicación del AII. Sí establece disposiciones para la regulación de las empresas, tanto obligaciones directas a cargo de estas, como obligaciones de los Estados de origen de regularlas y de permitir que las personas puedan presentar demandas de responsabilidad civil de sus empresas en las cortes de los países de origen. No tiene una disposición que obligue al tribunal a aplicar el derecho interno, pero al vincular diversas disposiciones al cumplimiento del derecho interno logra un efecto similar. Sí se recomienda a los Estados evitar incluir el arbitraje inversionista-Estado en sus AII, pero si lo hacen sí les recomiendan que limiten el consentimiento del Estado al arbitraje a la existencia previa de un acuerdo de consentimiento mutuo y amplio de arbitraje entre el inversionista y el Estado (para eliminar el *consent without privity*), y también obliga al agotamiento de los recursos internos.

Como aspectos un poco menos ambiciosos, pero aún valiosos, se encuentra que no se excluyen la expropiación indirecta ni el FET, pero se restringen de manera considerable incluyendo criterios para determinar cuándo se materializan violaciones a esas disposiciones. Finalmente, no se excluyen sectores altamente contaminantes, pero sí se reservan mucho espacio para excluir sectores de acuerdo con los planes de desarrollo sostenible de cada país.

El éxito de este modelo en la práctica dependerá en gran medida de la capacidad de los Estados de negociar AII con estos términos frente a los intereses o la presión que ejerzan los países desarrollados por mantener el modelo neoliberal.

⁷⁵⁵ Art. 29 del AII Modelo del SADC.

⁷⁵⁶ Art. 29 del AII Modelo del SADC. Sobre el SADC también ver: M. MOÏSE MBENGUE, "Africa's voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law" (2019) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 34, No. 2, pp. 455-481.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

2.2. Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones de Brasil

En la década de 1990, Brasil firmó varios AII de carácter bilateral,⁷⁵⁷ pero nunca los ratificó debido a que contravenían varias disposiciones constitucionales, por ejemplo, el derecho a disciplinar las inversiones extranjeras en función del interés nacional, el deber de incentivar la reinversión y de regular la repatriación de los beneficios obtenidos de la inversión.⁷⁵⁸ Según Henrique Choer Moraes y Felipe Hees, ambos diplomáticos de dicho país, el Congreso bloqueó los AII porque los abogados brasileños advirtieron que los AII discriminaban en contra de los inversionistas nacionales, que la expropiación indirecta podría afectar su derecho soberano a regular y que no existía un vínculo causal entre firmar AII y atraer la IED.⁷⁵⁹

Contrario al discurso político global, la ausencia de AII no supuso la exclusión de Brasil como un destino de inversión internacional, al contrario, se convirtió en la novena economía mundial y uno de los países que más inversión recibe.⁷⁶⁰ Ahora que Brasil es una economía emergente, exportador de capital, Brasil se ha aventurado a la negociación y firma de AII que sean compatibles con su Constitución. Su objetivo es *facilitar* la inversión de sus nacionales en el extranjero, más que proteger aquellas que quisieran ingresar en su territorio.⁷⁶¹

Así, Brasil desarrolló su Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las inversiones (ACFI), que sirve como el AII modelo de dicho país y es el resultado de un proceso de consulta con su sector privado.⁷⁶² Al momento de escribir este capítulo, Brasil

⁷⁵⁷ Portugal (1994), Chile (1994), Reino Unido (1994), Suiza (1994), Francia (1995), Finlandia (1995), Italia (1995), Dinamarca (1995), Venezuela (1995), República de Corea (1995), Cuba (1997), Países Bajos (1998) y Bélgica-Luxemburgo-Unión Europea (1999).

⁷⁵⁸ Art. 172 de la Constitution of the Federative Republic of Brazil (enacted on October 5, 1988, with the alterations established by Revision Constitutional Amendments 1, 1994 through 6, 1994, and by Constitutional Amendments 1, 1992 through 106, 2020). Versión en inglés disponible en < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/brazil_federal_constitution.pdf >

⁷⁵⁹ H. C. MORAES y F. HEES, "Breaking the BIT Mold: Brazil's Pioneering Approach to Investment Agreements" (2018) *American Journal of International Law Unbound* Vol. 112, pp. 197-201; J. P. MUNIZ, K. A.N. DUGGAL y L. A.S. PERETTI, "The New Brazilian BIT on Cooperation and Facilitation of Investments: A New Approach in Times of Change" (2017) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 2, pp. 404-417.

⁷⁶⁰ H. C. MORAES y F. HEES, "Breaking the BIT Mold...", cit., p. 197.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 199.

⁷⁶² J. P. MUNIZ, K. A.N. DUGGAL y L. A.S. PERETTI, "The New Brazilian BIT...", cit., p. 404. El ACFI se puede consultar en el siguiente enlace < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download> >.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

había firmado ACFIs con Ecuador,⁷⁶³ Marruecos,⁷⁶⁴ los Emiratos Árabes Unidos,⁷⁶⁵ Guyana,⁷⁶⁶ Suriname,⁷⁶⁷ Etiopía,⁷⁶⁸ Chile,⁷⁶⁹ Colombia,⁷⁷⁰ Malawi,⁷⁷¹ México,⁷⁷²

⁷⁶³ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República del Ecuador (Brasil- Ecuador) (firmado el 25 de septiembre de 2019). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5887/download>>.

⁷⁶⁴ Accord de Cooperation et Facilitation en Matière D'Investissements entre el Royaume du Maroc et La République Fédérative du Brésil (Maroc-Brésil) (signé le 13 juin 2019). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5889/download>>.

⁷⁶⁵ Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates (Brazil-United Arab Emirates) (signature 15 March 2019). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5855/download>>.

⁷⁶⁶ Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Co-operative Republic of Guyana (Brazil-Guyana) (signature 13 December 2018). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5763/download>>.

⁷⁶⁷ Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Suriname (Brazil-Suriname) (signature 2 May 2018). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5715/download>>.

⁷⁶⁸ Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation (Brazil-Ethiopia) (signature 11 April 2018). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5717/download>>.

⁷⁶⁹ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile (Brasil-Chile) (firmado el 23 de noviembre de 2015). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4712/download>>.

⁷⁷⁰ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Colombia (Brasil-Colombia) (firmado el 9 de octubre de 2015). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5765/download>>.

⁷⁷¹ Investment Cooperation and Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Malawi (Brazil-Malawi) (2015). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4715/download>>.

⁷⁷² Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos (Brasil-México) (firmado 26 mayo 2015, entrada en vigor 7 de octubre de 2018). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4718/download>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Angola,⁷⁷³ Mozambique,⁷⁷⁴ e India,⁷⁷⁵ así como un Acuerdo de Profundización Económico Comercial con el Perú,⁷⁷⁶ de los cuales solo los ACFI con Angola y México han entrado en vigor. Ello ha convertido a Brasil en uno de los países más activos recientemente en la firma de AII, que claramente ha tenido un enfoque propio y novedoso.⁷⁷⁷

El ACFI tiene tres características distintivas: 1) conserva algunas disposiciones comunes de los AII, pero introduce algunos límites y candados para proteger su derecho a regular; 2) crea un mecanismo para facilitar las inversiones, que sustituye el arbitraje inversionista-Estado; y 3) tiene por objetivo último la promoción del desarrollo de las Partes contratantes.

El ACFI mantiene la definición común de "inversionista" de los AII neoliberales, pero introduce un elemento especial en la definición de "inversión" al abarcar únicamente la IED, excluyendo, por tanto, las inversiones de portafolio o aquellas que no permitan al inversionista ejercer control o influencia en la producción de bienes o provisión de servicios en el territorio de la otra parte contratante.⁷⁷⁸ Ello se puede interpretar como un intento de atraer y proteger aquella inversión que pueda promover el desarrollo económico del país anfitrión.⁷⁷⁹ En la práctica, los ACFI firmados con Mozambique y México sí comprenden las inversiones indirectas,

⁷⁷³ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola (Brasil-Angola) (feito 1 abril 2015, entrada em vigor 28 julio 2017). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download>>.

⁷⁷⁴ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique (Brasil-Moçambique) (feito 2015). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4717/download>>.

⁷⁷⁵ Investment Cooperation and Facilitation Treaty Between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India (Brasil-India) (signature 25 January 2020). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download>>.

⁷⁷⁶ Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil (Brasil-Perú) (firmado 29 abril 2016). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5402/download>>.

⁷⁷⁷ UNCTAD, "World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges" (2016) p. 101.

⁷⁷⁸ Art. 3.1.3 del ACFI define "investment" como: "[a] direct investment of an investor of one Party, established or acquired in accordance with the laws and regulations of the other Party, that...directly or indirectly, allows the investor to exert control or significant degree of influence over the management of the production of goods or provision of services in the territory of the other Party".

⁷⁷⁹ F. MOROSINI, "Haciendo que el Derecho a Regular en el Derecho de las Inversiones Trabaje para el Desarrollo: Reflexiones de las experiencias de Sudáfrica y Brasil" (2018) *Investment Treaty News* Vol. 9, No. 2, pp. 11-14. Disponible en <<https://www.iisd.org/itn/es/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

pero únicamente aquellas que tienen el propósito de establecer relaciones económicas de largo plazo.⁷⁸⁰

El ACFI obliga a las Partes a admitir las inversiones en su territorio, pero siempre “de acuerdo con su derecho interno”. Con ello logra reservarse el derecho a elegir cuáles inversiones se admiten a través de controles establecidos en su derecho interno, se guarda flexibilidad para hacer los cambios que considere necesarios en su legislación, a la vez que limita la posible arbitrariedad en la conducta de los Estados.⁷⁸¹

El ACFI incluye la cláusula de trato nacional, pero sólo en aquellos casos en que las inversiones nacionales y las extranjeras se encuentren en “circunstancias similares” y, además, se reserva el derecho a discriminar sobre la base de objetivos de interés público legítimo.⁷⁸² De igual forma, incluye una disposición de trato de nación más favorecida, pero aclara que ello no implica una obligación de dar al inversionista o inversión beneficios derivados de otros AII del que un Estado contratante sea parte; ni derecho a acceder al arbitraje inversionista-Estado derivado.⁷⁸³ En otras palabras, no permite que el estándar de nación más favorecida se utilice para obtener beneficios más amplios que los establecidos por el ACFI.

El ACFI introdujo otro cambio importante: sólo la expropiación *directa* está incluida en las protecciones del ACFI, la “expropiación indirecta” y las “medidas equivalentes a una expropiación” no están contempladas en el tratado modelo.⁷⁸⁴ En la práctica, sólo los acuerdos firmados con Chile y Malawi siguen este modelo. Los acuerdos firmados con Angola, México, Colombia y Mozambique sí abarcan la expropiación indirecta.⁷⁸⁵

El estándar de trato FET se excluye del tratado y, además, Brasil protege su derecho a imponer medidas prudenciales, es decir, aquellas necesarias para mantener la integridad y estabilidad de su sistema financiero,⁷⁸⁶ así como aquellas medidas destinadas a preservar su seguridad nacional y el orden público.⁷⁸⁷ El derecho de imponer medidas prudenciales no es ilimitado ni arbitrario, ya que las medidas se deben adoptar conforme a la ley y de manera no discriminatoria hacia el inversionista extranjero.⁷⁸⁸

⁷⁸⁰ J. P. MUNIZ, K. A.N. DUGGAL y L. A.S. PERETTI, “The New Brazilian BIT...”, cit., p. 408.

⁷⁸¹ Art. 4 del ACFI.

⁷⁸² Art. 5 del ACFI.

⁷⁸³ Art. 6 del ACFI.

⁷⁸⁴ Art. 7 del ACFI.

⁷⁸⁵ J. P. Muniz, K. A.N. Duggal and L. A.S. Peretti, “The New Brazilian BIT...”, cit., p. 411.

⁷⁸⁶ Art. 12 del ACFI.

⁷⁸⁷ Art. 13 del ACFI.

⁷⁸⁸ Art. 12 y 13 del ACFI.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

La conducta del inversionista no está propiamente regulada en el ACFI, pero sus disposiciones relacionadas con la conducta del inversionista son relativamente más estrictas que las contenidas en otros AII modelo de última generación. Primero, establece que los inversionistas y sus inversiones *deberán* ("shall") procurar alcanzar el mayor nivel de desarrollo sostenible del Estado y de las comunidades locales, a través de la adopción de mejores prácticas, así como los principios y estándares de responsabilidad social empresarial establecidos en el ACFI. Segundo, el ACFI incluye una larga lista de estándares de conducta que los inversionistas deben cumplir, tales como, el respeto de los derechos humanos, el fortalecimiento de las capacidades de las comunidades locales, entre otros. Tercero, el ACFI obliga a los inversionistas a cumplir con el derecho interno de los Estados anfitriones, siendo esta una señal importante del deseo de prevenir los potenciales efectos sociales y ambientales negativos de la IED.⁷⁸⁹ Asimismo, el ACFI establece una obligación de las partes de combatir la corrupción y excluye la protección del AII a aquellas inversiones realizadas a través de actos probados de corrupción.⁷⁹⁰

Finalmente, la característica más importante del ACFI es que sustituye el arbitraje inversionista-Estado por un modelo de gobernanza institucional del AII y la *prevención* de diferencias de inversiones. Incluye un Comité Conjunto (*Joint Committee*) para la administración del acuerdo, conformado por representantes de ambas Partes contratantes, quienes se deben de juntar por lo menos una vez al año con el objetivo de, entre otras, discutir oportunidades para expandir las inversiones mutuamente, coordinar la implementación de agendas de cooperación y facilitación de inversiones, desarrollar consultas con el sector privado y la sociedad civil sobre el trabajo del Comité, e intentar resolver de manera amistosa las diferencias relativas a las inversiones que surjan.⁷⁹¹

También se prevé una figura que permite a los inversionistas buscar ayuda o presentar quejas, pero sin llegar a ser un mecanismo quasi-judicial. Se trata de "Puntos focales nacionales" u "Ombudsmen", que se encarga de recibir las quejas de los inversionistas o de la otra Parte contratante, evaluarlas, a través de consultas con las autoridades respectivas, y emitir algunas recomendaciones para mejorar el ambiente para las inversiones.⁷⁹²

En caso de existir una diferencia de inversiones, el ACFI contempla un mecanismo de tres niveles: 1) buenos oficios de los puntos focales nacionales; 2) diálogos y consultas bilaterales entre las Partes y el Comité Conjunto (*Joint Committee*); y 3) arbitraje Estado-Estado. Se excluye el arbitraje inversionista-Estado. El arbitraje Estado-Estado está diseñado para casos en que existan varios

⁷⁸⁹ Art. 14 del ACFI.

⁷⁹⁰ Art. 15 del ACFI.

⁷⁹¹ Art. 17 del ACFI. Ver también: H. C. MORAES y FELIPE HEES, "Breaking the BIT Mold...", cit., p. 198.

⁷⁹² Art. 18 del ACFI.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

inversionistas afectados y no casos individuales o de poca envergadura.⁷⁹³ Cabe resaltar que el ACFI deja fuera del alcance del arbitraje cualquier reclamación relacionada con la responsabilidad social empresarial, las medidas para combatir la corrupción, y las disposiciones relacionadas con el medio ambiente, la salud y el empleo, lo que, en mi opinión es una deficiencia del ACFI.⁷⁹⁴

El ACFI es uno de los AII mejor orientados para corregir la liberalización e internacionalización de la inversión extranjera del período neoliberal, así como para facilitar el flujo de inversiones entre los países signatarios del AII. Sin embargo, se queda corto para lograr el objetivo de financiar el desarrollo sostenible, puesto que no adopta un enfoque de responsabilidad para garantizar la vida en el planeta, no incluye principios ambientales para guiar la aplicación del ACFI, no incluye criterios de sostenibilidad para las inversiones ni para los inversionistas, y finalmente tampoco establece mecanismos para la cooperación entre los Estados en materia fiscal ni para abandonar los combustibles fósiles.

2.3. Modelo de acuerdo bilateral de inversiones de India

A principios de la década de 2010 el gobierno de India se sintió en la necesidad de revisar los AII que había firmado con más de 82 países.⁷⁹⁵ Ello le llevó a desarrollar su AII Modelo, que busca balancear las protecciones de los inversionistas y el derecho a regular, así como reducir los riesgos de arbitraje.⁷⁹⁶

El preámbulo “reconoce” una relación de causalidad entre la promoción y la protección de las inversiones y el desarrollo económico y sostenible de las Partes; y reafirma su derecho a regular las inversiones para asegurar que dicho desarrollo se logre conforme a sus prioridades nacionales.⁷⁹⁷

Una de las primeras innovaciones de este modelo se encuentra en que busca delimitar el alcance del tratado al proteger únicamente a aquellas inversiones que se establecen y operan de *buena fe*, conforme al derecho interno, y que cumplen con ciertas características: 1) implica la comisión de capital o de otros recursos; 2) existe una expectativa de ganancia o lucro; 3) asume un riesgo; y 4) *tiene significancia para el desarrollo del país en cuyo territorio se hace la inversión*.

⁷⁹³ Art. 24 del ACFI. Ver también: J. P. MUNIZ, K. A.N. DUGGAL y L. A.S. PERETTI, “The New Brazilian BIT...”, cit., p. 413.

⁷⁹⁴ Art. 24.3 del ACFI.

⁷⁹⁵ B. DAHR, J. K. REJI y T. C. JAMES, “India’s Bilateral Investment Agreements: Time to Review” (2012) *Economic & Political Weekly*, Vol. 47, No. 52, pp. 113-122.

⁷⁹⁶ UNCTAD, “World Investment Report 2016...”, cit., p. 110; G. BLANKE, “India’s Revised Model BIT: Every bit worth it!” (2016) *Kluwer Arbitration Blog* <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/20/indias-revised-model-bit-every-bit-worth-it/>>.

⁷⁹⁷ Preamble, Bilateral Investment Treaty Between the Government of the Republic of India and _____ (Model IIA de India). El AII Modelo está disponible en <https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelTextIndia_BIT_0.pdf>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Además, se incluye tanto una lista positiva como una negativa sobre lo que se considera una inversión a efectos de la protección del tratado.⁷⁹⁸

Cabe destacar que el AII modelo excluye los gastos que se hayan hecho para establecer las inversiones previos a contar con operaciones sustantivas.⁷⁹⁹ Esto es muy valioso porque reduce los riesgos de arbitraje relacionados con procesos de evaluación de impacto ambiental previos a las operaciones.

Este AII modelo introduce una mezcla de técnicas para proteger el espacio regulatorio del Estado en relación con las inversiones. Delimita el contenido de las protecciones de trato a los inversionistas y ofrece directrices de la manera en que se ha de analizar si existe una violación a dichos derechos. Por ejemplo, la protección contra la expropiación indirecta establece un umbral alto al determinar que ésta sucede cuando la medida *prive* al inversionista de los atributos fundamentales de la propiedad de su inversión *de manera sustantiva o definitiva*; y además dirige al tribunal a considerar una serie de elementos al determinar si existe una expropiación, entre ellos, el objeto de la medida, el contexto y su intención.⁸⁰⁰ La protección contra la expropiación indirecta incluye una excepción específica que aplica a las medidas ambientales que no sean discriminatorias, así como las decisiones judiciales cuyo objetivo sea proteger un interés público legítimo.⁸⁰¹

En segundo lugar, el AII ya no incluye el estándar FET, ni el trato de nación más favorecida. Sin embargo, sí incluye un estándar de trato basado en el derecho internacional consuetudinario, definiendo su contenido con algunos criterios que están más o menos establecidos en el derecho internacional: denegación de justicia, violaciones graves al debido proceso, discriminación y un trato manifiestamente abusivo.⁸⁰²

En tercer lugar, el AII Modelo de India introduce elementos que no se encontraban en los AII neoliberales, por ejemplo, incluye una disposición sobre la transparencia y la participación de actores interesados en materia de inversiones;⁸⁰³ y un capítulo relativo a las obligaciones de los inversionistas, donde obliga a las inversiones a

⁷⁹⁸ Art. 1.4. del AII Modelo de India.

⁷⁹⁹ Art. 1.4 y 2.2 del AII Modelo de India.

⁸⁰⁰ Art. 5 del AII Modelo de India. Los elementos a tomar en cuenta son: 1) el impacto económico, pero teniendo en cuenta que no es el único factor y que el sólo hecho de que una medida tenga un efecto adverso en la inversión no constituye una expropiación indirecta; 2) la duración de la medida; 3) el objetivo de la medida, el contexto y su intención; y 4) si la medida implica el incumplimiento con un compromiso adquirido hacia el inversionista, que sea vinculante y se encuentre expreso en un contrato, licencia u otro documento legalmente reconocido.

⁸⁰¹ Art. 5 del AII Modelo de India.

⁸⁰² Art. 3 del AII Modelo de India. El contenido es: 1) denegación de justicia en procedimientos administrativos o judiciales; 2) violación del debido proceso; 3) discriminación dirigida al inversionista por motivos manifiestamente injustificados, tales como el sexo, raza o creencias religiosas; o 4) trato manifiestamente abusivo, como la coerción, la represión o el hostigamiento.

⁸⁰³ Art. 10.2. del AII Modelo de India.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

cumplir con el derecho interno y conducirse en cumplimiento de estándares de RSE internacionalmente reconocidos.⁸⁰⁴

El consentimiento al arbitraje mantiene todas las características neoliberales (*consent without privity*),⁸⁰⁵ pero reduce el riesgo de arbitraje a través de una serie de requisitos como la obligación de agotar los recursos internos,⁸⁰⁶ requisitos temporales para presentar la reclamación, posibilidad de denegar los beneficios del tratado a las inversiones que no sean sustantivas en el país, procedimientos para desechar las reclamaciones frívolas o infundadas,⁸⁰⁷ imponer la carga de la prueba sobre el inversionista,⁸⁰⁸ entre otros.

El derecho aplicable a la controversia es el AII, los principios generales del derecho internacional relacionados con la interpretación de tratados y, para asuntos relacionados con el derecho interno, el derecho del Estado anfitrión.⁸⁰⁹

Por lo que se refiere a las consecuencias por el incumplimiento con el AII, el AII modelo incluye algunos topes e indicaciones a los Tribunales. Se establece que sólo se podrá conceder una compensación monetaria, que nunca podrá ser superior a las pérdidas sufridas por el inversionista. Por lo que se refiere al pago de indemnización por daños, el Tribunal debe reducir el monto tomando en cuenta cualquier restitución de la propiedad, modificación de la medida impugnada y otros factores de mitigación.⁸¹⁰

Finalmente, este AII modelo fue uno de los primeros en prever mecanismos de flexibilidad, que permiten a los Estados realizar interpretaciones conjuntas de sus disposiciones de carácter vinculante para los Tribunales arbitrales,⁸¹¹ así como revisar la efectividad del tratado y recomendar su revisión en caso de ser necesario.⁸¹²

En la práctica, sólo dos AII han seguido este AII Modelo: el AII bilateral India-Bielorrusia⁸¹³ y el AII bilateral India-Kirguistán.⁸¹⁴ A la par de iniciar negociaciones con diversos países para modernizar sus AII bilaterales, India ha terminado más

⁸⁰⁴ Arts. 11 y 12 del AII Modelo de India.

⁸⁰⁵ Art. 17 del AII Modelo de India.

⁸⁰⁶ Art. 15 del AII Modelo de India.

⁸⁰⁷ Art. 21 del AII Modelo de India.

⁸⁰⁸ Art. 23.2 del AII Modelo de India.

⁸⁰⁹ Art. 23.3 del AII Modelo de India.

⁸¹⁰ Art. 26 del AII Modelo de India.

⁸¹¹ Art. 24 del AII Modelo de India.

⁸¹² Art. 36 del AII Modelo de India.

⁸¹³ Treaty Between the Republic of Belarus and the Republic of India on Investments (Belarus-India) (signed 24 September 2018, not in force). Disponible en <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5724/download>>.

⁸¹⁴ El texto de este AII no es público al momento de redactar este capítulo.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

68 AII de vieja generación⁸¹⁵ y ha formado un nuevo tratado con Brasil que combina elementos de ambos AII.⁸¹⁶

El AII modelo de India incorpora muchas de las propuestas de la UNCTAD, pero es notoriamente insuficientes para transformar el DIIE en un instrumento que impulse el desarrollo sostenible. No se observa un enfoque primordial de alcanzar el desarrollo sostenible, no tiene un enfoque de responsabilidad para garantizar la vida en el planeta ni incluye principios ambientales que orienten la aplicación de AII.

Este AII modelo pretende controlar los efectos de los AII neoliberales, pero sin apartarse de este enfoque. No tiene obligaciones internacionales a cargo de las empresas más allá de cumplir con estándares voluntarios de RSE, ni obligaciones de los Estados de origen de regular a las empresas constituidas en su territorio, pero sí obliga a los inversionistas a cumplir con el derecho interno del Estado anfitrión.

La cláusula del derecho aplicable da primacía al AII por encima de cualquier otro instrumento internacional y sobre el derecho interno, sin embargo, al hacer referencias al derecho interno tanto en la sección de las obligaciones de los inversionistas como en las definiciones de inversión e inversionista, el AII deja espacio para la aplicación indirecta de su derecho interno.

El arbitraje inversionista-Estado se mantiene como el mecanismo de solución de controversias relacionadas con las inversiones. No se incluyen cláusulas paraguas, aunque tampoco se excluyen; el consentimiento abierto neoliberal se mantiene intacto; sí se exige el agotamiento de los recursos internos; no se excluye la expropiación indirecta, pero se incluye una excepción para medidas ambientales de manera similar a la defensa de la doctrina de policía; se incluye el estándar mínimo internacional, en sustitución del FET; sí se incluyen algunas limitaciones a la compensación que los tribunales pueden ordenar, pero no se vinculan al derecho interno. En resumen, el potencial de reforma de este AII modelo es muy limitado a efectos de perseguir el desarrollo sostenible o de corregir el enfoque neoliberal.

Los AII modelo muestran ya la diversidad de enfoques pro-inversionistas o pro-desarrollo de los países al definir su posición respecto de los AII y los objetivos que persiguen. La siguiente tabla sirve para ilustrar estas diferencias.

⁸¹⁵ Reino Unido, Rusia, Alemania, Malasia, Dinamarca, Turkmenistán, Países Bajos, Italia, Tayikistán, Israel, República de Corea, Polonia, República Checa, Kazajstán, Sri Lanka, Vietnam, Omán, Suiza, Egipto, Kirguistán, Francia, España, Rumanía, Mauricio, Turquía, Bulgaria, Zimbabue, Indonesia, Marruecos, Australia, Qatar, Uzbekistán, Argentina, Austria, Portugal, Suecia, Tailandia, Laos, Mongolia, Croacia, Kuwait, Ucrania, Chipre, Ghana, Yemen, Taiwán, Finlandia, Yibuti, Armenia, Hungría, Bahrein, Arabia Saudita, Bosnia y Herzegovina, Eslovaquia, China, Trinidad y Tobago, Grecia, México, Islandia, Etiopía y Uruguay.

⁸¹⁶ Investment Cooperation and Facilitation Treaty Agreement..., cit., no. 775.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

	AII modelo SADC	ACFI	AII modelo India
Enfoque ecológico			
Objetivo es alcanzar el desarrollo sostenible de corte ecológico	Sí	No	No
Enfoque de responsabilidad para garantizar la vida en el planeta	No	No	No
Principios ambientales orientan la aplicación del AII	Sí	No	No
Regular la conducta de las empresas			
Obligaciones internacionales a cargo de las empresas	Sí	No	No
Obligaciones de los Estados de regular a las empresas	Sí	No	No
Obligación de las empresas de cumplir con el derecho interno	Sí	Sí	Sí
Reformular las cláusulas de los AII sobre el derecho aplicable a las diferencias relacionadas con las inversiones			
Derecho interno es derecho aplicable a las diferencias	Sí	NA	Sí
Corregir la liberalización e internacionalización de la inversión extranjera			
Abandonar el arbitraje inversionista-Estado	Sí	Sí	No
Excluir las cláusulas paraguas	Sí	NA	No
Acuerdo mutuo y amplio de consentimiento al arbitraje	Sí	NA	No
Agotamiento de recursos internos	Sí	NA	Sí
Exclusión de la expropiación indirecta	No	NA	No
Vincular la expropiación con el derecho interno	No	NA	No
Excluir el trato justo y equitativo	No	NA	Sí
Indemnización no es superior a la inversión hecha	No	NA	Sí
Indemnización vinculada al derecho interno	No	NA	No
Catalizar las inversiones para alcanzar el desarrollo sostenible			
Criterios de sostenibilidad en la definición de inversiones	No	No	No
Criterios de sostenibilidad en la definición de inversionista	No	No	No
Exclusión de sectores y actividades contaminantes (ej. Hidrocarburos, minería, manufactura de acero, etc.)	No	No	No
Acciones para acelerar las inversiones para los ODS (ej. Transferencia de tecnología, etc.)	Sí	Sí	No

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Cooperación internacional en materia fiscal e incentivos económicos	No	No	No
Prelación del derecho más favorable al medio ambiente	Sí	NA	No

Tabla 2: Cuadro comparativo de modelos de tratados bilaterales de inversiones. Elaboración propia

Esta tabla también muestra que incluso las posiciones más pro-desarrollo (AII modelo del SADC y el ACFI) se quedan cortas para establecer un marco normativo para catalizar y acelerar el desarrollo sostenible de corte ecológico.

3. Negociación y firma de nuevos AII plurilaterales

Durante la última década se observa una tendencia a migrar del enfoque bilateral de AII hacia la firma de tratados plurilaterales.⁸¹⁷ Ello no quiere decir que los AII bilaterales se hayan abandonado por completo, sino que los AII plurilaterales generan nuevas relaciones bilaterales que, en ocasiones, co-existen con las relaciones establecidas en los AII bilaterales. En este estudio me enfocaré únicamente en presentar algunos AII plurilaterales, sin pretender ser exhaustiva.

A efectos de exponer algunos avances recientes, procederé a dividir los AII en regionales para referirme a aquellos firmados entre países que pertenecen a una región geográfica o comunidad económica, y megaregionales para referirme a aquellos firmados entre países de múltiples regiones o, que siendo de una misma región, tienen una gran importancia en la economía mundial y abarcan una gran gama de materias, además de las inversiones.⁸¹⁸

3.1. AII regionales

3.1.1. África

El marco legal de las inversiones en África es complejo, con aproximadamente 860 AII de carácter bilateral firmados por países africanos,⁸¹⁹ además de acuerdos regionales de inversiones en el contexto de las comunidades africanas existentes. En la última década, los países africanos han adoptado un enfoque más activo (como *rule-makers*), a través de nuevos tratados plurilaterales que les fortalecen

⁸¹⁷ UNCTAD, "World Investment Report 2019: Special Economic Zones" (2019) p. 101; UNCTAD, "Recent developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform" (2021) *IIA Issues Note* No. 3 <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d6_en.pdf>.

⁸¹⁸ Los avances descritos en este capítulo se refieren solamente a algunos AII. Otros AII no están mencionados aquí, pero se pueden consultar en <www.investmentpolicy.unctad.org>.

⁸¹⁹ H. EL KADY y M. DE GAMA, "The Reform of the International Investment Regime: An African Perspective" (2019) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 34, No. 2, pp. 482-295.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

como región al establecer reglas internacionales relativas a las inversiones extranjeras.⁸²⁰

Las diversas comunidades de países africanos se han embarcado en negociaciones de tratados o protocolos en materia de inversiones, con el fin de, entre otros, fortalecerse en el proceso de reforma del DIIE. Los Estados miembros del SADC han hecho una enmienda a su Protocolo de Finanzas e Inversiones, omitiendo tanto el FET como el arbitraje inversionista-Estado, e incluyendo disposiciones detalladas sobre las obligaciones de los inversionistas, entre otros.⁸²¹

Los Estados miembros de la Unión Africana (UA) firmaron un Tratado de Libre Comercio Continental (AfCFTA), que tiene entre sus objetivos el libre movimiento de personas e inversiones, mejorar la competitividad de la industria y las empresas, así como impulsar las inversiones intra-africanas.⁸²² En el marco de este tratado, los Estados entraron en una segunda fase de negociaciones en tema de inversiones, que se esperaba que hubiera finalizado en 2020 y entrara en vigor para 2022, pero la pandemia del COVID-19 ralentizó las negociaciones del Protocolo de Inversiones Sostenibles.⁸²³

Asimismo, la UA ha desarrollado un Código Pan-Africano de Inversiones con el objetivo de guiar a los países africanos en la negociación de AII, que incluye elementos de desarrollo sostenible, delimita la definición de inversión, incluye obligaciones directas para los inversionistas en temas de corrupción, derechos humanos y RSE.⁸²⁴

⁸²⁰ M. MOÏSE MBENGUE, "Africa's voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law" (2019) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 34, No. 2, pp. 455-481; H. EL KADY y M. DE GAMA, "The Reform of the International Investment Regime...", cit., no. 819.

⁸²¹ SADC Protocol on Finance and Investment (signed 18 August 2006, entry into force 16 April 2010). Disponible en < https://www.sadc.int/files/4213/5332/6872/Protocol_on_Finance_Investment2006.pdf>. También ver: Agreement Amending Annex 1 (Co-operation on Investment) of the Protocol on Finance and Investment (signed 31 August 2016). Disponible en < https://www.sadc.int/files/7114/9500/6315/Agreement_Amending_Annex_1_-_Cooperation_on_investment_-_on_the_Protocol_on_Finance__Investment_-_English_-_2016.pdf>.

⁸²² Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area (signed 21 March 2018, entry into force 30 May 2019). Disponible en < <https://au.int/en/treaties/agreement-establishing-african-continental-free-trade-area>>.

⁸²³ Ver: A. OULEPO, "AfCFTA, the Future Investment Protocol, and the Phasing-Out of Intra-African BITs" (2021) *Kluwer Arbitration Blog* < <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/07/afcfta-the-future-investment-protocol-and-the-phasing-out-of-intra-african-bits/>>.

⁸²⁴ African Union Commission, "Draft Pan-African Investment Code" (December 2016). Disponible en < <https://au.int/en/documents/20161231/pan-african-investment-code-paic>>. También ver: M. M. MBENGUE y S. SCHACHERER, "The "Africanization" of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime" (2017) *The Journal of World Investment & Trade* Vol. 18, No. 3, pp. 414-448.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Además del CFTA, tres comunidades africanas han negociado un TLC megaregional: el Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA), la Comunidad Africana Oriental (EAC) y el SADC, denominado Acuerdo Tripartito de un Área de Libre Comercio (TFTA). El TFTA reconoce que la inversión es un área prioritaria de cooperación entre las comunidades y forman un elemento fundamental para la integración económica.⁸²⁵ Dispone que los Estados Parte pueden apoyar el establecimiento y operación de zonas económicas especiales para acelerar su desarrollo económico, y los productos que se beneficien de dichas zonas estarán sujetas a regulaciones especiales.⁸²⁶ Además, el TFTA establece que los detalles sustantivos y operativos se negociarían en varias fases, y que las relativas a inversiones sucederían en la segunda fase.⁸²⁷

3.1.2. América

El continente americano se caracteriza por su compleja relación con la inversión extranjera. Por un lado, se encuentra EEUU, como uno de los principales impulsores del modelo neoliberal de AII. Por otro lado, se encuentran los países latinoamericanos quienes, por razones históricas, han tenido una relación de amor y odio con la inversión extranjera, transitando de la doctrina Calvo a la privatización y el neoliberalismo y, algunos países, de vuelta a la doctrina Calvo.⁸²⁸ En consecuencia, la reforma del DIIE en el continente americano ha sido más accidentada y menos uniforme que en otras regiones, reflejando extremos de posiciones.

La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) propuso desde 2007 un Tratado de comercio entre los Pueblos (ALBA-TCP) que es diametralmente distinto a los TLC neoliberales en que se centra en la reducción de la pobreza, la preservación de las comunidades indígenas y el respeto a la Naturaleza. El ALBA-TCP no concibe la inversión como un fin en sí mismo, sino como un medio para el desarrollo. Por tanto, su objetivo no es la liberalización absoluta, sino fortalecer a los pequeños productores, microempresarios, cooperativas y empresas comunitarias, facilitando el intercambio de mercancías entre sus Estados miembros, desde una visión de complementariedad y no de competencia.⁸²⁹ A

⁸²⁵ Preámbulo del Agreement Establishing a Tripartite Free Trade Area Among the Common Market for Eastern and Southern Africa, the East African Community and the Southern African Development Community (signed 10 June 2015). Disponible en < https://www.atf.org.na/cms_documents/feb-tftaagreements9june20151740hrscleaned.pdf>. (African Tripartite Free Trade Area Agreement)

⁸²⁶ Art. 23 del African Tripartite Free Trade Area Agreement.

⁸²⁷ Art. 45 del African Tripartite Free Trade Area Agreement.

⁸²⁸ J. E. VIÑUALES y M. J. LANGER, "Foreign Investment in Latin America: Between Love and Hatred" en C. AUROI y A. HELG, *Latin America 1810-2020: Dreams and Legacy* (Imperial College Press 2011) p. 319-358.

⁸²⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Bolivia, "ALBA-TCP: El Amanecer de los Pueblos. La Alianza Antiimperialista de los Pueblos de Nuestra América", 2da. Ed. (Diplomacia por la Vida 2009) p. 109. Disponible en

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

diferencia de los TLC, el ALBA-TCP se enfoca más bien en la regulación de la IED.⁸³⁰ A la fecha funciona como una plataforma de integración de países de América Latina y el Caribe que, según sus miembros, ha tenido un gran éxito en lograr que 3 países fueran declarados "Territorios Libres de Analfabetismo" y amplia cobertura sanitaria.⁸³¹

En 2012 se conformó la Alianza del Pacífico que busca la integración económica entre Chile, Perú, México y Colombia, donde las inversiones tienen un rol fundamental.⁸³² El Capítulo 10 adopta una definición restrictiva de las inversiones, mantiene las características de los AII neoliberales en cuestiones sustantivas y dedica más atención a detallar aspectos procesales del arbitraje inversionista-Estado, sin abandonarlo.

En el marco del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), los Estados miembros firmaron el Protocolo para la Cooperación y Facilitación de las Inversiones en abril de 2017. El objeto del protocolo ya no es la protección de las inversiones *per se*, sino promover la cooperación entre los Estados con el fin de *facilitar* las inversiones.⁸³³ El Protocolo define las características que deberían tener las inversiones para estar cubiertas. Si bien protege a las inversiones e inversionistas contra tratos discriminatorios, se delimita el contenido de las cláusulas de trato nacional y de trato de nación más favorecida y se establece que las Partes pueden aplicar nuevos requisitos o restricciones a los inversionistas, siempre y cuando no sean discriminatorios.⁸³⁴ Asimismo, protege contra la *expropiación directa* sin indemnización, pero excluye expresamente la expropiación indirecta.⁸³⁵ Los países se reservan el derecho de adoptar medidas tributarias, prudenciales y de seguridad.⁸³⁶ Se incluye la obligación de los inversionistas a cumplir con la legislación ambiental y a adoptar altos estándares de RSE.⁸³⁷ Asimismo, se establece claramente que las inversiones que se hayan establecido con medios ilícitos no están protegidas por el tratado y se protege el derecho del Estado a

<<http://www.cancilleria.gob.bo/webmre/sites/default/files/libros/Alba-tcp%20el%20amanecer%20de%20los%20pueblos.pdf>>.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 109.

⁸³¹ Ver la página web de este tratado: www.albatcp.org.

⁸³² Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (firmado el 6 de junio de 2012, entrada en vigor 20 julio de 2015). Disponible en <<https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/alianza-del-pacifico/contenido/textos-de-los-acuerdos-de-la-alianza-del-pacifico/acuerdo-marco-de-la-alianza-del-pacifico.aspx>>.

⁸³³ Art. 1 del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR (firmado 7 de abril de 2017, entrada en vigor 30 de julio de 2019). Disponible en <<https://www.mercosur.int/documento/protocolo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-intra-mercosur/>>.

⁸³⁴ Art. 5 del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR.

⁸³⁵ Art. 6 del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR.

⁸³⁶ Art. 10, 11 y 12 del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR.

⁸³⁷ Art. 13 y 14 del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

investigar y sancionar dichas inversiones.⁸³⁸ Las medidas ambientales no son contrarias al tratado, a menos que constituyan un medio de discriminación arbitraria e injustificable o una restricción encubierta.⁸³⁹ Se incluye un procedimiento de prevención de diferencias, un *ombudsman* de inversiones, un mecanismo de cooperación entre los Estados para facilitar las inversiones y un arbitraje Estado-Estado.⁸⁴⁰ Se excluye por completo el arbitraje inversionista-Estado.

Los países de la Comunidad del Caribe (CARICOM), establecieron un mercado único y la economía del Caribe, que busca, entre otros, la liberalización del comercio y las inversiones intrarregionales.⁸⁴¹ Este tratado fomenta las inversiones a través de facilitar el establecimiento de empresas conjuntas entre los nacionales de los países desfavorecidos y los nacionales de otros Estados Miembros o con nacionales de terceros países.⁸⁴² Los órganos del tratado tienen el mandato de establecer una política de inversiones de la Comunidad, que incluirá, entre otras, una infraestructura jurídica y social favorable.⁸⁴³ Ello implica que los Estados armonizarán sus leyes y prácticas administrativas relacionadas con las compañías y otras entidades de derecho; normas y reglamentos técnicos; el arbitraje comercial, entre otros aspectos.⁸⁴⁴ En consecuencia, se inició un proceso de desarrollo de una política común de inversiones, entre ellas el proyecto de Código de Inversiones del CARICOM (CIC), que ocupará una posición central en la construcción de una economía resiliente.⁸⁴⁵ El Código tiene por objetivo atraer las inversiones de los miembros del CARICOM y terceros países, una mayor inversión transfronteriza y su reinversión en la región, así como la transparencia y predictibilidad en el trato a los inversionistas del CARICOM.⁸⁴⁶ Su ámbito de

⁸³⁸ Art. 15 del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR.

⁸³⁹ Art. 16 del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR.

⁸⁴⁰ Parte III del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR.

⁸⁴¹ Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del mercado único y la economía de la CARICOM (firmado el 5 de julio de 2001, entrada en vigor 1 enero de 2006). Todos los países miembros del CARICOM firmaron el Tratado revisado, excepto por Bahamas y Montserrat. Disponible en < https://caricom.org/documents/11109-treaty_caricom_2-spanish.pdf>. (Tratado de Chaguaramas)

⁸⁴² Art. 147 del Tratado de Chaguaramas.

⁸⁴³ Art. 68 del Tratado de Chaguaramas.

⁸⁴⁴ Art. 74 del Tratado de Chaguaramas.

⁸⁴⁵ CARICOM, "The Caribbean Community (CARICOM) Prospective Vision for Integration", presentation at Seminar: Prospective Vision for Latin America and the Caribbean (6-7 March 2018 Mexico City) organized by the Permanent Secretariat of the Latin American and Caribbean Economic System (SELA) and the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC). Disponible en < https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/1desiree_field-ridley.pdf>

⁸⁴⁶ El texto del Proyecto de Código de Inversiones de la CARICOM no es público. Sobre el contenido de dicho documento ver: C. ONONAIWU, "Regional Investment Treaty Arrangements in the Caribbean: Developments and Implications" en A. TANZI, A. ASTERITI, R. POLANCO LAZO y P. TURRINI (eds.), *International Investment Law in Latin America: Problems and Prospects/Derecho*

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

aplicación es más amplia que los AII tradicionales y se mantienen las disposiciones relacionadas con el trato a los inversionistas (trato nacional, trato de nación más favorecida, expropiación, etc.). Se prevé un mecanismo de solución de diferencias entre inversionistas y Estados basado en el Tratado de Chaguaramas revisado, donde se permite a los inversionistas presentar demandas contra los Estados miembros ante la Corte Caribeña de Justicia.⁸⁴⁷

Por otra parte, la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), disconforme con el diseño y funcionamiento del CIADI, han desarrollado un mecanismo alternativo o híbrido de solución de controversias inversionista-Estado.⁸⁴⁸ El objetivo es crear una instancia regional especializada para la solución de diferencias de inversiones que facilite la recuperación de la soberanía de los Estados de la región y alcanzar un equilibrio entre los intereses del Estado y los de los inversionistas. El futuro de este mecanismo es actualmente incierto ya que, ante la crisis venezolana, en marzo de 2019, los países de UNASUR decidieron crear una nueva unión de Estados, sin Venezuela, denominada Foro para el Progreso de América del Sur (Prosur).⁸⁴⁹ De momento, Prosur funciona como una plataforma de diálogo y cooperación para el diseño de planes sectoriales conjuntos en las áreas de infraestructura, energía, salud, defensa, seguridad y combate al crimen, y gestión del riesgo de desastres. La cuestión del mecanismo alternativo de solución de diferencias parece haber quedado aparcado.⁸⁵⁰

3.1.3. Asia

La cooperación económica y política en la región del Asia-pacífico no está tan consolidada como en otras regiones, pero se podría decir que hay un proceso de regionalización liderado por la Asociación de Naciones del Sureste Asiático

Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas (Brill 2016), pp. 468-496. Se tenía planeado concluir el CIC en febrero de 2019, junto con la Política de Inversiones, y el Acuerdo sobre Servicios Financieros. No obstante, al momento de escribir este capítulo no fue posible identificar información sobre su finalización o adopción. The Caribbean Council, "CARICOM heads try to accelerate economic integration" (sin fecha). < <https://www.caribbean-council.org/caricom-heads-try-accelerate-economic-integration/>>.

⁸⁴⁷ C. ONONAIWU, "Regional Investment Treaty Arrangements in the Caribbean...", cit., p. 475.

⁸⁴⁸ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, "UNASUR analiza la creación del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones" (sin fecha) <<https://www.cancilleria.gob.ec/unasur-analiza-la-creacion-del-centro-de-solucion-de-controversias-en-materia-de-inversiones/>>; K. GRANT, "ICSID's Reinforcement: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration" (2016) *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 52, No. 3, pp. 1115-1150.

⁸⁴⁹ "Prosur: Neue Staatenbund in Südamerika" (28 März 2019) *Zeit Online* <<https://www.zeit.de/politik/ausland/2019-03/prosur-staatenbund-suedamerika-unasur-venezuela-krise>>.

⁸⁵⁰ Ver la página web de Prosur <www.foroprosur.org>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

(ASEAN), en cuyo marco se desarrolló el *ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)* en 2009.⁸⁵¹

El ACIA tiene por objetivo establecer un régimen de inversiones libre y abierto a fin de alcanzar el objetivo de integración económica de la Comunidad del Este Asiático (AEC).⁸⁵² Incluye protecciones de la inversión extranjera del modelo neoliberal, aunque ya mostraba algunas novedades, como la inclusión de disposiciones relativas a la transparencia⁸⁵³ y la cooperación para la promoción y facilitación de las inversiones.⁸⁵⁴ En Abril de 2019, los Estados miembros del ASEAN firmaron el cuarto protocolo del ACIA, que introduce compromisos más claros y adicionales de liberalización de las inversiones.⁸⁵⁵

El ASEAN ha firmado además una serie de tratados internacionales con un capítulo de inversiones con otros países mayoritariamente asiáticos, contribuyendo con ello a una mayor regionalización y multilateralización de las relaciones internacionales en materia de inversiones: EEUU,⁸⁵⁶ Corea,⁸⁵⁷ Japón,⁸⁵⁸ China,⁸⁵⁹ India,⁸⁶⁰ Hong

⁸⁵¹ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (signed on 26 February 2009, entry into force 24 February 2012). Disponible en < <http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf>>. (ACIA)

⁸⁵² Art. 1 del ACIA.

⁸⁵³ Art. 21 del ACIA.

⁸⁵⁴ Art. 24 y 25 del ACIA.

⁸⁵⁵ UNCTAD, "World Investment Report 2019...", cit., p. 102. Al momento de escribir este capítulo, el texto del Protocolo no se había hecho público.

⁸⁵⁶ Trade and Investment Framework Agreement between the United States and ASEAN (signed 25 August 2006, entry into force 25 of August 2006). Disponible en < https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/tifa/asset_upload_file932_9760.pdf>.

⁸⁵⁷ Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation among the Governments of the member countries of the Association of Southeast Asia Nations and the Republic of Korea (signed 2 June 2009, entry into force 1 September 2009). Disponible en < [https://arc-agreement.asean.org/file/doc/2015/02/agreement-on-investment-under-the-framework-agreement-on-comprehensive-economic-cooperation-among-the-governments-of-the-member-countries-of-the-association-of-southeast-asian-nations-and-the-republic-of-korea-\(ia-korea\).pdf](https://arc-agreement.asean.org/file/doc/2015/02/agreement-on-investment-under-the-framework-agreement-on-comprehensive-economic-cooperation-among-the-governments-of-the-member-countries-of-the-association-of-southeast-asian-nations-and-the-republic-of-korea-(ia-korea).pdf)>.

⁸⁵⁸ Agreement on Comprehensive Economic Partnership among Japan and Member States of the Association of Southeast Asian Nations (Signed 28 March 2008, entry into force 01 December 2008) and the First Protocol to Amend the Agreement on the Comprehensive Economic Partnership among Japan and Member States of the Association of Southeast Asian Nations (signed 26 February 2019, entry into force 3 August 2020). Disponible en

< <https://www.mofa.go.jp/policy/economy/fta/asean.html>>.

⁸⁵⁹ Agreement on Investment of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the People's Republic of China and the Association of Southeast Asian Nations (signed 2 August 2009, entry into force 1 January 2010). Disponible en

<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2596/download>>.

⁸⁶⁰ Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of India (signed 12 November 2014, not in force). Disponible en

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Kong,⁸⁶¹ Australia y Nueva Zelanda.⁸⁶² Estos AII ya presentan algunos elementos de cambio, como una mayor delimitación del contenido de los estándares de trato, un cierto grado de flexibilidad en atención al nivel de desarrollo de los Estados obligados por el tratado, así como un mayor detalle en el relación con el arbitraje inversionista-Estado. Se dice que el desarrollo de estos últimos tratados son la piedra angular del la progresiva armonización de los AII de la región.⁸⁶³ Esta armonización parece dirigirse más hacia reafirmar los AII de corte neoliberal, sólo que con protecciones más restringidas y sin un objetivo de regulación, sino de liberalización de las inversiones.

3.1.4. Europa

En el caso de Europa, el derecho de la Unión Europea (UE) coexiste con una compleja red de AII firmados en la década de 1990, tanto entre países de la Unión (AII intra-EU)⁸⁶⁴ como entre estos con terceros países. La crisis de legitimidad del régimen de la inversión extranjera también tuvo eco dentro de la UE como tal, llevando a cuestionar la distribución de competencias entre la Unión y sus miembros en materia de protección de la IED,⁸⁶⁵ la conformidad del arbitraje inversionista-Estado con los mecanismos internos de solución de diferencias entre los países miembros de la Unión,⁸⁶⁶ y la coherencia de las protecciones sustantivas de los AII con las políticas de la UE.⁸⁶⁷

<<https://asean.org/wp-content/uploads/2016/04/ASEAN-India-Investment-Agreement-ASEAN-version.pdf>>.

⁸⁶¹ Agreement on Investment among the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations (signed 12 November 2017, entry into force 17 June 2019). Disponible en

<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5655/download>>.

⁸⁶² Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area (signed 27 February 2009, entry into force 10 January 2010). Disponible en

<<https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/aanzfta/Pages/asean-australia-new-zealand-free-trade-agreement>>.

⁸⁶³ OCDE, "OECD Investment Policy Reviews: Southeast Asia" (2019)

<<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Southeast-Asia-Investment-Policy-Review-2019.pdf>> p. 121.

⁸⁶⁴ Actualmente existen aproximadamente 200 AII intra-EU. Ver: base de datos de la UNCTAD Investment Policy Hub <<https://investmentpolicy.unctad.org>>

⁸⁶⁵ Ver: TJUE, Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) (16 de mayo de 2017) ECLI:EU:C:2017:376.

⁸⁶⁶ Ver: TJUE, *Slowakische Republik contra Achmea BV*, Caso C-284/16, Sentencia (6 de marzo de 2018) ECLI:EU:C:2018:158. (Caso *Achmea*)

⁸⁶⁷ Ver: European Parliament, "EU Investment Protection after the ECJ Opinion on Singapore: Questions of competence and coherence" (20 of February 2019) *Workshop Policy Department, DG Expo for the Committee on International Trade (INTA)*.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Respecto al primer punto, en el año 2013 la UE y Singapur firmaron un TLC de nueva generación que incluía disposiciones no sólo en materia de comercio, sino también en materia de inversiones, propiedad intelectual, contrataciones públicas, competencia y desarrollo sostenible. La Comisión solicitó al TJUE que determinara si la UE tenía competencia exclusiva para firmar y ratificar el TLC o, si por el contrario y debido a la diversidad temática, la UE y los Estados miembros tenían competencias concurrentes, compartidas o eran de competencia exclusiva de los Estados miembros. El TJUE resolvió que la UE tenía competencia exclusiva, entre otros, sobre el acceso a los mercados y la protección de la IED. No obstante, la UE no goza de dicha exclusividad competencial en relación con aquellas inversiones que no son directas o "de portafolio", es decir, donde no hay una influencia en la gestión o control de la inversión, ni sobre la resolución de diferencias entre los inversionistas y los Estados (arbitraje inversionista-Estado). En consecuencia, el TLC sólo se puede concluir de manera conjunta, al menos, en la amplitud en que fue desarrollado.⁸⁶⁸ Esta opinión fue de suma relevancia para la reforma del DIIE, pues supuso un límite que algunos Estados miembros ejercerían para frenar o, al menos, ralentizar dos tratados de gran envergadura: el Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (TTIP), negociado con EEUU,⁸⁶⁹ y el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la UE y Canadá.⁸⁷⁰

Por otra parte, en el caso *Slovak Republic v. Achmea B.V.* (Caso C-284/1) el TJUE resolvió en que el artículo 8 del AII Bilateral entre Eslovaquia y Países Bajos, sobre el arbitraje inversionista-Estado tiene un efecto adverso sobre la autonomía del derecho de la UE y, por tanto, es incompatible con este.⁸⁷¹ A pesar de ello, la decisión en *Achmea* ha tenido importantes implicaciones en los cerca de 200 AII intra-EU.⁸⁷² Luego de esta decisión, varios miembros de la UE hicieron

⁸⁶⁸ TJUE, "Opinion 2/15. The free trade agreement with Singapore cannot, in its current form, be concluded by the EU alone" (16 May 2017) *Press Release* No. 52/17.

⁸⁶⁹ El Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (TTIP) se comenzó a negociar desde el 2013 y se interrumpieron las negociaciones a finales de 2016. Por decisión del Consejo del 15 de abril de 2019, las directrices para la negociación del TTIP son obsoletas y se ha hecho una autorización para iniciar negociaciones con USA únicamente en lo que se refiere a la eliminación de tarifas a los bienes industriales (excluyendo de las negociaciones los bienes en el sector de la agricultura). Ver: Consejo Europeo, "Decision authorizing the opening of negotiations with the United States of America for an agreement on the elimination of tariffs for industrial goods" (Brussels 9 April 2019) 6052/19.

⁸⁷⁰ Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (14 de enero 2017) *Diario Oficial de la Unión Europea*, L11/23. El tratado entró en vigor parcial y provisionalmente el 21 de septiembre de 2017, sin embargo, para que pueda surtir pleno efecto, los parlamentos nacionales de los países de la UE y, en algunos casos, también los parlamentos regionales tendrán que aprobarlo.

⁸⁷¹ Ver: Caso *Achmea*; J. H. POHL, "Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?" (2018) *European Constitutional Law Review* Vol. 14, No. 4, pp. 767-791.

⁸⁷² C. FOUCHARD y M. KRESTIN, "The Judgement of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea- A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!" (7 March 2018) *Kluwer Arbitration Law* <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>>

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

declaraciones en enero de 2019 marcando un calendario para la terminación de los AII intra-EU al 6 de diciembre de 2019,⁸⁷³ mismas que se vieron reflejadas en el posterior Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea firmado en mayo de 2020.⁸⁷⁴

Siguiendo el razonamiento del TJUE, se podría argumentar que esta decisión también hace incompatibles los AII bilaterales entre Estados miembros y no miembros de la UE, ya que los tribunales arbitrales no son parte del sistema judicial de la UE, dichos tribunales pueden relacionarse con la aplicación o interpretación del derecho de la UE y los laudos arbitrales no están sujetos a ningún procedimiento de revisión por las cortes de los Estados miembros.⁸⁷⁵

Como consecuencia de ambas decisiones, Europa se ha visto en un proceso de homogeneización de sus AII, la eliminación de AII bilaterales de vieja generación que contravenían el derecho de la UE y la firma de AII regionales, megaregionales o con terceros países, por ejemplo, la UE ha firmado otros tratados con Vietnam,⁸⁷⁶ Japón,⁸⁷⁷ y Reino Unido,⁸⁷⁸ y está negociando otros tratados con México, Australia, Nueva Zelanda, China, entre otros.⁸⁷⁹

En diciembre de 2020, concluyeron las negociaciones del Acuerdo Integral sobre Inversiones entre UE y China, que tiene por objetivo la liberalización de las inversiones.⁸⁸⁰ El acuerdo cuenta con seis secciones: 1) objetivos y definiciones; 2) liberalización de las inversiones; 3) marco regulatorio; 4) inversiones y desarrollo sostenible; 5) solución de diferencias; y 6) instituciones y disposiciones finales. El acuerdo esta orientado a facilitar y regular el acceso de inversionistas

⁸⁷³ UNCTAD, "World Investment Report 2019...", cit., p. 101.

⁸⁷⁴ Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea (29 de mayo de 2020) *Diario Oficial de la Unión Europea* L169/1.

⁸⁷⁵ L. ANKERSMIT y L. HUGHES, "Implications of Achmea: How the Achmea Judgement Impact Investment Agreements with Non-EU Countries" (CIEL and ClientEarth 2018) <<https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/04/Implications-of-Achmea.pdf>>; L. ANKERSMIT, "Achmea: ¿El comienzo del fin de la ISDS en y con Europa?" (24 April 2018) *Investment Treaty News* No. 1, Tomo 9, pp. 3-6.

⁸⁷⁶ Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam (12 de junio de 2020) *Diario Oficial de la Unión Europea* L186, Vol. 63.

⁸⁷⁷ Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una asociación económica (27 de diciembre de 2018) *Diario Oficial de la Unión Europea* L330/3 <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1684>>. También ver: Notice concerning the date of entry into force of the Amendments to Annexes 14-A and 14-B and Appendices 2-C-1 and 2-C-2 of the Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership (1 February 2021) *Official Journal of the European Union* L35, Vol. 64.

⁸⁷⁸ Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (30 de abril de 2021) *Diario Oficial de la Unión Europea* L149/10.

⁸⁷⁹ Se puede consultar una lista completa en: European Commission. Trade (sin fecha) <<https://ec.europa.eu/trade/>>.

⁸⁸⁰ Ver: European Commission, "EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI): list of sections" (22 January 2021) <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

extranjeros en los Estados parte, por lo que incluye disposiciones contra la discriminación (trato nacional y trato de nación más favorecida), pero no hay disposiciones de expropiación ni de FET. La sección de regulación no está orientada a regular a las empresas, sino la conducta de las autoridades para prevenir medidas arbitrarias en contra de los inversionistas en procesos de licencias, permisos u otras medidas similares.

La sección de desarrollo sostenible incluye disposiciones sobre RSE, un deber de cooperar en asuntos ambientales relacionados con las inversiones de manera complementaria a sus esfuerzos para la implementación de acuerdos multilaterales en materia de medio ambiente, de intercambio de experiencias entre las partes en temas relacionados con las EIA, cooperación para la promoción y facilitación de las inversiones para la mitigación y adaptación al cambio climático y para el cumplimiento de los objetivos de la CMNUCC y el Acuerdo de París, así como cooperación en materia laboral. Las diferencias surgidas en relación con esta sección se deben resolver a través de consultas interestatales. Si la diferencia persiste, las partes pueden solicitar la conformación de un panel de expertos para que examine el asunto y recomiende alguna solución.⁸⁸¹ El tratado abandona el arbitraje inversionista-Estado. En caso de surgir una diferencia relacionada con cualquier otra sección del tratado distinta a la de desarrollo sostenible, las partes pueden iniciar proceso de consulta, mediación o arbitraje inter-Estatal.⁸⁸²

3.2. AII megaregionales

En la última década, también se observa el surgimiento de tratados plurilaterales de gran envergadura, entre los que destacan: el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TTP) y su sucesor, el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP), los acuerdos de la UE con países de otras regiones, especialmente el TTIP y el CETA, el Acuerdo sobre Comercio de Servicios⁸⁸³ (ACS) y la Asociación Económica Integral Regional (RCEP).

El CPTPP es un tratado amplio de integración y cooperación económica de las principales economías en el Pacífico. Se trata de uno de los tratados más importantes en términos económicos, pues abarca 480 millones de personas y supone el 13.4% del PIB mundial.⁸⁸⁴ Además de las economías que ya son Parte actualmente, el tratado está abierto a adhesión por parte de otros países, por lo que se prevé que su relevancia en la economía mundial y en la formación de normas relacionadas con las inversiones llegue a ser aun mayor. Su negociación, firma y entrada en vigor se logró en tiempo record: dos años (desde 2016 hasta

⁸⁸¹ European Commission, "EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI): list of sections" (22 January 2021) < <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237>>.

⁸⁸² *Ídem*.

⁸⁸³ Este tratado también es conocido por sus siglas en inglés: TiSA.

⁸⁸⁴ Secretaría de Economía del Gobierno de México, "Ficha Técnica TIPAT" (sin fecha) <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/424953/FICHA_TECNICA_TIPAT.pdf>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

2018). El contenido del CPTPP y su potencial para promover el desarrollo ecológico será analizado más adelante en este mismo capítulo. Por ahora basta mencionar que a diferencia de los AII neoliberales, incluyendo los TLC, este tratado abarca muchas otras materias además del comercio y la inversión, por ejemplo, servicios financieros, cooperación en materia laboral, medio ambiente, desarrollo, pequeñas y medianas empresas, propiedad intelectual, transparencia y anticorrupción, entre otros.

La UE ha negociado recientemente también una serie de tratados con países de otras regiones: con Canadá y diversos países asiáticos.⁸⁸⁵ Todos ellos son relevantes en el proceso de reforma del DIIE, debido a las características específicas que impulsa la UE en sus AII con terceros países, como lo es la promoción de un tribunal de inversiones. Sin embargo, el TTIP y el CETA son posiblemente los más representativos tanto en términos económicos como por el interés público que generó su negociación.

El TTIP es un acuerdo fallido que se empezó a negociar en 2013 entre la UE y los EEUU para profundizar la liberalización y cooperación en materia de comercio e inversiones. El borrador de acuerdo contaba con 24 capítulos, entre ellos, uno sobre la promoción del desarrollo sostenible a través del comercio.⁸⁸⁶ Luego de que el borrador del acuerdo se filtrara por "Wikileaks", el TTIP sufrió una fuerte oposición pública que llevó a la paralización de las negociaciones en 2016.⁸⁸⁷ En 2019 el Consejo de la UE declaró obsoletas las negociaciones del TTIP y autorizó a la Comisión a iniciar nuevas negociaciones orientadas a la eliminación de tarifas de productos industriales, excluyendo los productos agrícolas.⁸⁸⁸ Actualmente, la UE y los EEUU tienen la relación de comercio e inversiones más grande del mundo, por lo que el abandono del TTIP ha obligado a la negociación de otros acuerdos de

⁸⁸⁵ M. BURGENBERG y A. HAZARIKA, "The European Union's trade and investment policy in Asia: new challenges and opportunities in a changing global environment- or: following individual roadmaps" (2017) *Asia Europe Journal* Vol. 15, pp. 377-397.

⁸⁸⁶ Se puede consultar el texto de negociación en: European Commission, "EU negotiation texts in TTIP" (14 July 2016) < <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>>.

⁸⁸⁷ La oposición inició en Alemania y después se expandió a Francia, Holanda, Bélgica y otros países. Un análisis de la oposición en Alemania se encuentra en: A. T. CHAN y B. K. CRAWFORD, "The puzzle of public opposition to TTIP in Germany" (2017) *Business and Politics* Vol. 19, Special Issue: The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) pp. 683-708. Ver también: N. DEARDEN, "TTIP was defeated by activist- Trump just exploited public anger over it" (14 November 2016) *The Guardian* < <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/nov/14/ttip-defeated-activists-donald-trump>>; DEUTSCHER BUNDESTAG, "Opposition attackiert Freihandelsabkommen" (2015) <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw40_ak_ttip-389580>; European Greens, Position Paper "TTIP- too many untrustworthy promises and real risks" (22 February 2014) < <https://europeangreens.eu/brussels2014/content/position-paper-ttip>>.

⁸⁸⁸ Consejo Europeo, "Decision authorizing the opening of negotiations with the United States of America for an agreement on the elimination of tariffs for industrial goods" (9 April 2019) Doc. 6052/19 < <https://www.consilium.europa.eu/media/39180/st06052-en19.pdf>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

manera desagregada, por ejemplo, en mayo de 2021 se anunció el inicio de diálogos en materia de acero y aluminio.⁸⁸⁹

El CETA es un acuerdo comercial entre la UE y Canadá, el segundo socio comercial más grande de la UE, que supone el 10% del comercio internacional de bienes de la UE. Desde los años 90, la UE y Canadá fueron firmando progresivamente diversos acuerdos de cooperación económica, por lo que en 2009 se inició un diálogo bilateral sobre un acuerdo de integración económica entre ambas partes. No fue hasta el año 2015 (6 años después de iniciar las negociaciones) que se hizo público un mandato para negociar el CETA y, específicamente, negociar un capítulo sobre inversiones.⁸⁹⁰ El 28 de octubre de 2016 la UE y Canadá firmaron el CETA⁸⁹¹ y entró en vigor, sólo parcialmente, el 21 de septiembre de 2017. Las normas que no entraron en vigor son aquellas relacionadas con la protección de las inversiones, el acceso al mercado de inversiones de portafolio y la Corte de Inversiones.⁸⁹² Este tratado será analizado más adelante en este mismo capítulo.

El RCEP es un TLC entre ASEAN, Australia, China, India, Japón, Corea del Sur y Nueva Zelanda. Las negociaciones comenzaron en 2012, pero las visiones divergentes entre los Estados sobre el nivel de liberalización y la manera de equilibrar los intereses de los inversionistas y el derecho a regular de los Estados retrasó un acuerdo final hasta noviembre de 2020, año en que finalmente se firmó en medio de la pandemia del COVID-19.⁸⁹³ Se dice que este tratado crea la mayor zona de libre comercio del mundo, que abarca el 47% de la población mundial y

⁸⁸⁹ European Commission, "Joint European Union- United States statement on addressing global steel and aluminum excess capacity" (17 May 2021, Brussels)

< <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2271>>. También ver: European Commission, "United States" (last update 24 April 2021)

< <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states/>>; "EU-US trade talks: the issues at stake" (14 March 2019) *News European Parliament*

< <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/world/20190214STO26415/eu-us-trade-talks-the-issues-at-stake>>

⁸⁹⁰ Consejo Europeo, "EU-Canada trade negotiating mandate made public" (15 December 2015) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/12/15/eu-canada-trade-negotiating-mandate-made-public/>>.

⁸⁹¹ THE FEDERAL GOVERNMENT OF GERMANY, "CETA signed by the EU and Canada" (28 October 2016) < <https://www.bundesregierung.de/breg-en/chancellor/ceta-signed-by-the-eu-and-canada-412678>>

⁸⁹² European Commission, "CETA explained" (21 September 2017) < <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/>>.

⁸⁹³ S. BALIÑO, "With RCEP Agreement signed, eyes turn to interactions among trade deals in the Asia-Pacific region" (25 November 2020) *IISD Commentary* < <https://sdg.iisd.org/commentary/policy-briefs/with-rcep-agreement-signed-eyes-turn-to-interactions-among-trade-deals-in-the-asia-pacific-region/>> India decidió quedarse fuera el acuerdo.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

el 32.2% del PIB mundial. Se espera que acapare el 32.5% de la inversión global y el 29% del comercio en el planeta.⁸⁹⁴

El RCEP crea un marco regulatorio para el comercio y la inversión y posiciona al ASEAN como una plataforma para el desarrollo de las políticas económicas de toda la región. Asimismo, pretende reducir la incertidumbre y complejidad derivadas de la co-existencia de numerosos tratados bilaterales entre los países que conforman la región.⁸⁹⁵ Se dice que su contenido se formuló tomando en cuenta los AII que ya tiene el ASEAN con los 5 países del RCEP. El tratado sigue el modelo neoliberal con algunas restricciones: se incluyen criterios para distinguir la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo, se restringe la definición de inversionista, entre otros. A pesar de ello, cabe resaltar que el tratado no incluye el arbitraje inversionista-Estado como medio de solución de controversias.⁸⁹⁶ El RCEP ha sido muy criticado por negociarse en secreto⁸⁹⁷ y por la falta de disposiciones para regular la conducta de los inversionistas a fin de proteger el medio ambiente, los derechos humanos y los derechos laborales.⁸⁹⁸

Finalmente, el ACS se está negociando por 23 países miembros de la OMC,⁸⁹⁹ que representan el 70% del comercio de servicios. Se trata de un acuerdo que inició en el marco de la OMC, pero que actualmente se negocia al margen de la OMC y su GATS.⁹⁰⁰ Cuando concluyan las negociaciones y si cuenta con suficiente apoyo de los miembros de la OMC, podría formar parte de los acuerdos de esta o puede mantenerse como un acuerdo paralelo. En cualquier caso, el ACS se ha negociado teniendo siempre en mente su expansión hacia nuevos mercados que quieran adherirse.⁹⁰¹

⁸⁹⁴ M. VIDAL LIY, "Quince países de Asia acuerdan la mayor zona de libre comercio mundial" (5 noviembre 2019) *El País* <https://elpais.com/internacional/2019/11/04/actualidad/1572888525_052080.html>.

⁸⁹⁵ J. CHAISSE y S. HAMANAKA, "The "Noddle Bowl Effect" of Investment Treaties in Asia: The Phenomenon, the Problems, the Practical Solutions" (2018) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 33, No. 2, pp. 501-524.

⁸⁹⁶ Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (signature 15 November 2020, not in force). Disponible en <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6032/download>>.

⁸⁹⁷ De hecho, en 2015 el público tuvo acceso a un texto del RCEP filtrado a través de wikileaks, cuyo contenido desató fuertes movimientos sociales de oposición al tratado. Ver: "RCEP" (June 2018) *bilaterals.org* <<https://www.bilaterals.org/rcep?lang=en>>. La versión actual del tratado no se hará pública hasta que se haya firmado.

⁸⁹⁸ OCDE, "OECD Investment Policy Reviews: Southeast Asia...", cit., p. 121.

⁸⁹⁹ Los países que participan en las negociaciones son: Australia, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, EEUU, Hong Kong, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Mauricio, México, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Perú, Suiza, Taiwán, Turquía y la Unión Europea.

⁹⁰⁰ P. DELIMATSI, "TTIP, CETA and TiSA Behind Closed Doors: Transparency in the EU trade Policy" (2016) *TILEC Discussion Paper*, Tilburg University, p. 24.

⁹⁰¹ Ver: Comisión Europea, "Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (ACS)" (última actualización 17 Julio 2017) <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/index_es.htm>. De acuerdo con

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

El objeto de este tratado es liberalizar el comercio del sector servicios, incluyendo disposiciones que definen su alcance, facilitan el acceso a los mercados, obligan a un trato nacional y detallan algunas exenciones. Para liberalizar el acceso al mercado, se están negociando disposiciones sobre la concesión de licencias, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, transporte marítimo y desplazamiento temporal de trabajadores para la prestación de servicios.⁹⁰²

En 2013 la UE impulsó el proceso para llevar a cabo una evaluación de impacto de sostenibilidad (EIS) del borrador de tratado, que analizara las posibles repercusiones económicas, sociales y ambientales del acuerdo.⁹⁰³ En junio de 2017 se publicó el reporte final donde se concluyó que el ACS podría reducir los costes del comercio de servicios en un 3,4% en los mercados de la OCDE y en un 5,8% en los de renta baja y media. No obstante, la misma Comisión recomienda tomar con cautela estos resultados debido a la ausencia de información estadística relevante.⁹⁰⁴ En otras palabras, sus beneficios económicos son inciertos.

En relación con los efectos sociales esperados, el ACS no incluye disposiciones concretas en aspectos sociales, ni un capítulo sobre desarrollo sostenible, por lo que ya se sabe que no promoverá una agenda de trabajo decente ni pretende acelerar el desarrollo sostenible.⁹⁰⁵ Según el reporte, el ACS no producirá cambios en el derecho a regular los servicios públicos diferentes a las obligaciones que ya ha contraído la UE en el GATS y otros AII.

Específicamente en materia de derechos humanos, la EIS únicamente comenta que la UE ha comunicado que está comprometida con proteger los servicios públicos a todos los niveles de gobierno, en especial en relación con el derecho a la salud y la educación.⁹⁰⁶ Siguiendo un enfoque neoliberal, el reporte de la EIS afirma que contribución del ACS al cumplimiento progresivo de las obligaciones de derechos humanos (ej. garantizar el acceso a servicios de salud, a mejores estándares de vida) se lograrán indirectamente gracias al crecimiento económico generado por el tratado. Según el reporte, el ACS facilitará dicho crecimiento, que se verá reflejado en mayor recaudación de impuestos y, por tanto, mayor

bilaterals.org, también se negocian disposiciones sobre medio ambiente, subsidios, energía y servicios de salud, todos ellos muy sensibles.

⁹⁰² Ver: *Ibid.* El documento del tratado no es público, por lo que no es posible dar más detalles sobre el mismo.

⁹⁰³ European Commission, "Invitation to tender related to a contract to provide a Trade Sustainability Impact Assessment (Trade SIA) in support of negotiations on a plurilateral Trade in Services Agreement" (21 May 2013, Brussels) <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/may/tradoc_151359.pdf>.

⁹⁰⁴ Ver: Comisión Europea, "Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (ACS)...", cit., no. 901.

⁹⁰⁵ European Commission, "Trade SIA in support of negotiations on a plurilateral Trade in Services Agreement (TISA): Final Report", prepared by Ecorys (June 2017) p. 11 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155772.pdf>.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 14.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

disposición de recursos públicos y, además, el aumento en el salario contribuirá a un mejor estándar de vida.⁹⁰⁷

Cabe apuntar tres grandes aspectos de derechos humanos que la EIS no evaluó o no lo hizo adecuadamente: 1) no se evaluaron los efectos del ACS sobre los derechos humanos relacionados con la democracia, tales como los de expresión y acceso a la justicia; 2) el reporte se refiere a los derechos de protección de datos personales como un “asunto” sin reconocerlos como derechos que pueden constituir un límite justificado al comercio, en especial, el comercio electrónico; y 3) la EIS presenta contradicciones en relación con los riesgos relacionados con el libre flujo de datos en el contexto del comercio electrónico.⁹⁰⁸

Respecto a los efectos ambientales esperados del ACS, se dice que habrá una reducción de contaminantes derivados de la redistribución sectorial, pero los efectos negativos del crecimiento económico supera dicha reducción. Por tanto, el reporte de la EIS se limita a mencionar que, debido a este balance entre efectos positivos y negativos, el ACS tendrá efectos pequeños e indirectos para el desarrollo sostenible.⁹⁰⁹

Poco tiempo después de la publicación de la EIS, AK Europa llevó a cabo un taller con expertos afiliados a la Comisión Europea, el Parlamento Europeo, ONGs, cámaras de comercio y científicos para discutir los hallazgos.⁹¹⁰ Como resultado publicaron el reporte “ASSESS TiSA” donde concluyeron que la EIS estaba viciada tanto por deficiencias metodológicas, como por la forma en que conceptualizó la regulación. Concretamente, la regulación se consideró únicamente como un factor de costo y como una barrera al comercio, más nunca se valoraron los efectos positivos de la regulación, tales como la protección de los derechos de los trabajadores, la seguridad social y la protección ambiental. En otras palabras, la EIS obvia los efectos negativos de la desregulación.⁹¹¹

El ACS ha sido también muy criticado por la opacidad con la que se ha negociado, en parte porque esa es la tradición de las negociaciones de la OMC, donde la transparencia es un principio que queda suspendido hasta que se concluyen las negociaciones y se ha llegado a un acuerdo final.⁹¹² Al igual que el CETA y el TTIP, los textos de las negociaciones se hicieron públicos gracias a que se “filtraron” por

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁹⁰⁸ A. OLLO, “TiSA impact assessment report ignores crucial human rights concerns” (4 October 2017) *Bilaterals.org* <<https://www.bilaterals.org/?tisa-impact-assessment-report&lang=en>>.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁹¹⁰ Ver: AK Europa, “Study ASSESS TiSA” (26 February 2018) *bilaterals.org* <<https://www.bilaterals.org/?study-assess-tisa&lang=en>>.

⁹¹¹ Ver: AK Europa, “Study ASSESS TiSA”. *bilaterals.org* (26 February 2018) <<https://www.bilaterals.org/?study-assess-tisa&lang=en>>.

⁹¹² P. DELIMATISIS, “Trade in Services and Regulatory Flexibility – 20 Years of GATS, 20 Years of Critique” en M. BUNGENBERG, C. HERRMANN, M. KRAJEWSKI y J. P. TERHECHTE (eds.) *European Yearbook of International Economic Law 2016* Vol. 7 (Springer 2016) p. 153.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

medios electrónicos (wikileaks),⁹¹³ lo cual impulsó movimientos sociales para frenar el tratado.⁹¹⁴ Actualmente, las negociaciones se encuentran suspendidas y se espera que se reanuden cuando el contexto político lo permita.⁹¹⁵

Estos AII megaregionales corroboran algunas de las conclusiones del capítulo 1, que las grandes potencias económicas, incluida la UE, defienden que el libre comercio y la liberalización de las inversiones generarán crecimiento económico y este resolverá los problemas sociales y ambientales, incluso cuando la evidencia apunta lo contrario, con el mero fin de imponer reglas internacionales favorables a sus intereses económicos y de dominación hacia terceros países.

4. Modernización y terminación de AII neoliberales

Además de firmar AII de nueva generación, el proceso de reforma del DIIE comprende la modernización de los AII existentes, su denuncia o terminación. Si este segundo proceso no se da en paralelo al anterior, se corre el riesgo de comprometer los posibles efectos positivos de los nuevos tratados, puesto que los inversionistas pueden seguir iniciando arbitrajes de inversiones basados en los AII neoliberales a pesar de la existencia de tratados más recientes.⁹¹⁶

Existen distintas maneras en que los Estados pueden embarcarse en la modernización de sus AII,⁹¹⁷ que yo clasifico en las siguientes categorías: 1) influenciar la interpretación de disposiciones de AII neoliberales; 2) enmendar parcial o totalmente el contenido de los AII vigentes; y 3) denunciar o dar por terminados los AII neoliberales por el acuerdo de todas las partes. Las primeras opciones son las de menor impacto para un DIIE que promueva un desarrollo sostenible, mientras que las últimas podrían ser las de mayor impacto.

4.1. Influencia sobre la interpretación de AII neoliberales

Una de las estrategias más tempranas para limitar los efectos negativos de los AII neoliberales es la formulación de interpretaciones vinculantes sobre las disposiciones del Tratado. Estas interpretaciones pueden tomar diversas formas, por ejemplo, pueden emitirse notas interpretativas conjuntas sobre el contenido de disposiciones concretas, tal como hicieron México, Estados Unidos y Canadá en

⁹¹³ European Commission, "Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (ACS)...", cit., no. 901.

⁹¹⁴ C. COLCLOUGH, "TiSA- Foul Play" (9 July 2017) *bilaterals.org* <<https://www.bilaterals.org/?tisa-foul-play&lang=en>>; International Transport Workers' Federation, "Campaign reveals TiSA threat to jobs and rights" *Bilaterals.org* (11 May 2017) <<https://www.bilaterals.org/?campaign-reveals-tisa-threat-to-33849&lang=en>>.

⁹¹⁵ European Commission, "Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (ACS)...", cit., no. 889.

⁹¹⁶ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 71.

⁹¹⁷ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 76.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

el año 2001 sobre los límites del estándar de trato justo y equitativo y la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado.⁹¹⁸

Otra forma es hacer referencia a estándares globales relacionados con el desarrollo sostenible ya sea en notas interpretativas conjuntas o en el texto de los nuevos AII. Los estándares internacionales pueden ser legalmente obligatorios o no y pueden ser globales, por ejemplo, los ODS,⁹¹⁹ el Pacto Mundial de la Naciones Unidas,⁹²⁰ las normas de la Organización Internacional de Normalización (ISO) 2600 de "responsabilidad social"⁹²¹ y 14001 de "gestión ambiental",⁹²² los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos;⁹²³ o algunos más específicos, por ejemplo, los Principios de la UNCTAD Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible⁹²⁴ o los *G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking*.⁹²⁵ De acuerdo con la UNCTAD, hacer referencia a estándares globales tiene el potencial de informar sobre el espíritu de los AII y guiar a los árbitros en su aplicación, además de promover la "integración" del DIIE con otras ramas del derecho internacional.⁹²⁶ Sin embargo, reconoce también que estas referencias no son obligatorias y, por tanto, queda a discreción de los tribunales arbitrales su aplicación, quienes podrían considerar

⁹¹⁸ Nota Interpretativa de determinadas disposiciones del Capítulo 11 (Comisión de Libre Comercio, 31 de julio de 2001). Disponible en <http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_s.asp>.

⁹¹⁹ ONU, "Objetivos de Desarrollo Sostenible" <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>>.

⁹²⁰ ONU, "United Nations Global Compact" <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>>.

⁹²¹ La norma ISO 26000 ofrece directrices a las empresas que reconocen que el respeto de los derechos laborales y el medio ambiente son esenciales para el éxito de sus empresas. Se dice que cumplir con las normas ISO permite evaluar el desempeño de las empresas en los compromisos que hayan expresado voluntariamente sobre desarrollo sostenible. Ver: ISO, "ISO 2600 Guidance on Social Responsibility" (2018) <<https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100258.pdf>>.

⁹²² En relación con la gestión ambiental, la ISO ha desarrollado una gama de normas y herramientas denominadas "ISO 14000 Family" que incluyen directrices desarrolladas en el año 2015, 2016 y 2019 <<https://www.iso.org/iso-14001-environmental-management.html>>.

⁹²³ OHCHR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos" (2011) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf>. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos ha desarrollado varias guías o herramientas dirigidas a las empresas para que puedan integrar los derechos humanos en sus contratos y operaciones. Ver: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Resources.aspx>

⁹²⁴ UNCTAD, "Investment Policy Framework for Sustainable Development" (2015) <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf>

⁹²⁵ En julio de 2016, el grupo de países G20 se reunió en la ciudad de Shanghai, donde acordó el establecimiento de los 9 Principios que guiarán sus políticas de inversiones, en sus relaciones interanas y con terceros países. En Septiembre del mismo año el G20 avaló los Principios. Ver: OCDE, "G20 serves an appetizer to a potential investment policy feast" (13 July 2013) *OECD Insight Debate the Issues* <<http://oecdinsights.org/2016/07/13/g20-serves-an-appetiser-to-a-potential-investment-policy-feast/>>.

⁹²⁶ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 85.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

que estos estándares “sobre-cargan” el DIIE con asuntos que no son centrales a los objetivos de protección de la inversión extranjera.⁹²⁷

Finalmente, los Estados también pueden influenciar la interpretación de los AII en casos concretos de arbitraje inversionista-Estado a través de la presentación de opiniones como terceros en la controversia. De acuerdo con la Regla de Arbitraje 37.2 del Convenio del CIADI, los Tribunales pueden admitir escritos de terceros, luego de consultar con las dos partes en la diferencia. Dichos terceros tienen como finalidad asistir al Tribunal en su apreciación del caso, al ofrecer una perspectiva diferente al de las partes en la diferencia. Con frecuencia, los Estados que son Parte en los tratados base de una diferencia, pero que no son parte en la diferencia de inversiones, presentan sus opiniones ante los Tribunales a fin de guiar al Tribunal en la interpretación y aplicación del AII expresando el significado que las Partes en el AII quisieron dar a disposiciones concretas que se encuentran en la diferencia.⁹²⁸

4.2. Enmienda parcial o total de los AII en vigor

Las enmiendas pueden efectuarse de manera parcial o total, siguiendo los procedimientos establecidos en los AII y el derecho internacional. Las enmiendas parciales pueden tomar la forma de protocolos al AII o intercambio de cartas.⁹²⁹ Los protocolos tienden a detallar el contenido o establecer normas operativas de las obligaciones contraídas en los AII, por lo que su alcance está limitado por el mismo AII marco. En otras palabras, los protocolos no pueden alterar el objetivo y enfoque del AII, motivo por el cual también es más fácil su negociación en comparación con la renegociación total del AII. Un ejemplo es la enmienda del TLC entre Australia y Singapur de 2016, que introdujo cambios en las definiciones y obligaciones sustantivas del capítulo de inversiones.⁹³⁰

La enmienda total se refiere a procesos más amplios de renegociación de los AII en vigor, con el fin de reemplazarlos con otros de nueva generación que refleje, en teoría, una nueva filosofía respecto al rol de la inversión extranjera para el desarrollo sostenible. El reemplazo se puede dar tanto en la forma de un AII bilateral entre las mismas Partes en el AII que se desea reemplazar o de un AII

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 85.

⁹²⁸ L. MALINTOPPI y H. HAERI, “The Non-Disputing State Party in Investment Arbitration. An Interested Plater or the Third Man Out?” en D. D. CARON, S. W. SCHILL, A. COHEN SMUTNY y E. E. TRIANTAFILOU (eds.) *Practicing Virtue: Inside International Arbitration* (Oxford University Press 2015) p. 556.

⁹²⁹ UNCTAD, “UNCTAD’s Reform Package...”, cit., p. 85.

⁹³⁰ Agreement to Amend the Singapore-Australia Free Trade Agreement (Singapore-Australia) (signature 13 October 2016, entry into force 1 December 2017). Disponible en <<https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/agreement-to-amend-the-singapore-australia-free-trade-agreement.pdf>>

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

plurilateral entre estas mismas Partes y otros terceros, siempre y cuando se disponga que el nuevo tratado sustituye al anterior y lo da por terminado.⁹³¹

Uno de los ejemplos de reemplazo más relevantes en los últimos tiempos es la renegociación del TLCAN. El Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) firmado el 30 de noviembre de 2018, moderniza y sustituye al TLCAN de 1992.⁹³² Si bien inicialmente la renegociación del TLCAN perseguía objetivos de mejora salarial para los trabajadores estadounidenses, esta se amplió para revisar, entre otros, el controversial capítulo de inversiones.⁹³³ Este tratado se estudia con mayor detalle en sección 5.3. de este mismo capítulo.

Asimismo, el segundo AII neoliberal plurilateral de mayor importancia por el número de arbitrajes inversionista-Estado, el Tratado de la Carta de la Energía, se encuentra en proceso de renegociación desde noviembre de 2019.⁹³⁴ Al momento de escribir este capítulo se han celebrado nueve rondas de negociaciones, donde se han discutido aspectos de la definición de inversión e inversionista, la delimitación de algunas protecciones de las inversiones, la compensación por pérdidas y asuntos del desarrollo sostenible.⁹³⁵ Dado que el TCE ha sido utilizado en contra de medidas para la lucha contra el cambio climático, cerca de 100 representantes del Parlamento Europeo y de parlamentos nacionales de los países miembros firmaron una declaración para que el TCE modernizado excluya protecciones a los combustibles fósiles y se alinee con la Estrategia Verde Europea.⁹³⁶

A agosto de 2021, alrededor de 200 AII bilaterales han sido reemplazados, ya sea por otros acuerdos bilaterales o por otros plurilaterales. No obstante, cabe resaltar algunos aspectos que amenazan un proceso efectivo de reforma: 1) no todos los nuevos AII incorporan disposiciones de desarrollo sostenible; 2) sólo un 10% de los AII plurilaterales reemplazan AII existentes entre las Partes; y 3) algunos AII únicamente suspenden la aplicación de los AII neoliberales durante el período de

⁹³¹ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 80.

⁹³² GOBIERNO DE MÉXICO, SECRETARÍA DE ECONOMÍA "Se firma el Tratado entre México, Estados Unidos y México (T-MEC)" (30 de noviembre 2018) <<https://www.gob.mx/se/articulos/se-firma-el-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec?idiom=es>> .

⁹³³ O. C. BARNEY y C. H. REYES DÍAS, *El T-MEX/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones. Serie opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional*, no. 1 (UNAM 2018) p. 12. Disponible en

< <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5499/8.pdf>>.

⁹³⁴ Energy Charter Secretariat, Decision of the Energy Charter Conference No. CCDEC 2019 10 STR (6 November 2019). Disponible en < <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201910.pdf>>.

⁹³⁵ Ver historial de negociaciones en < <https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty/>>.

⁹³⁶ A. AVACCINI, "Statement on the modernization of the Energy Charter Treaty" (3 November 2020) < <https://www.annacavazzini.eu/statement-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

vigencia de los nuevos AII.⁹³⁷ La negociación de nuevos AII entre Partes que ya tienen relaciones bajo AII neoliberales, sin aclarar si sustituyen o no los viejos tratados o cómo lo hacen, complejiza el DIIE y permite que los inversionistas puedan seguir usando los AII de vieja generación para proteger sus inversiones contra medidas de interés público.

En este sentido, la UNCTAD hace una fuerte recomendación a los Estados de establecer reglas claras sobre las relaciones que existen entre los AII neoliberales y los nuevos AII, o entre AII bilaterales y AII plurilaterales donde participen las dos Partes del AII bilateral.⁹³⁸

4.3. Terminación de los AII neoliberales

La terminación de los AII puede darse en dos supuestos, según el lenguaje del propio AII y del CVDT: 1) cuando una de las Partes denuncia el tratado; y 2) cuando ambas partes dan por terminado el tratado de mutuo acuerdo.⁹³⁹

Desde el año 2017 se puede observar una reducción del universo total de AII, es decir, que el número de acuerdos que se han dado por terminado supera el número de nuevos AII.⁹⁴⁰ A agosto de 2021, se han terminado aproximadamente 393 AII, lo que hace que el número actual de AII alcance los 3,360 tratados.⁹⁴¹

La terminación de AII posiblemente sea la opción que podría tener mayores efectos para eliminar los efectos del DIIE neoliberales. No obstante, esta opción no es inmediata debido a la existencia de cláusulas de supervivencia en los AII neoliberales. Las cláusulas de supervivencia extienden la vigencia de las protecciones del AII, después de la terminación del AII, por un período adicional que puede ser de 5 hasta 20 años, a partir de la fecha en que se hace efectiva la terminación del AII.⁹⁴²

También es posible denunciar el Convenio del CIADI, pero sus efectos no son inmediatos tampoco. Dado que la mayoría de AII incluyen más de un foro para el arbitraje inversionista-Estado, la denuncia del CIADI puede ser insuficiente para retirarse del sistema ya que los inversionistas podrían demandar haciendo uso del mecanismo complementario del CIADI o conforme a las normas de la CNUDMI. La única forma de que la denuncia del Convenio del CIADI sea efectivo es con la terminación, en paralelo, de los AII de base. A marzo de 2021, sólo tres países

⁹³⁷ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 80.

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 82.

⁹³⁹ *Ibid.*, p. 81.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 88.

⁹⁴¹ UNCTAD, "Recent developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform" (2021) *IIA Issues Note* No. 3.

⁹⁴² J. HARRISON, "The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties" (2012) *The Journal of World Investment & Trade* Vol. 13, No. 6, pp. 928-950.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

han denunciado el Convenio del CIADI: Bolivia, Ecuador y Venezuela.⁹⁴³ Y estos países han enfrentado varios casos de arbitraje incluso después de la denuncia del Convenio del CIADI.⁹⁴⁴

En resumen, se podría decir que la reforma del DIIE requerirá tanto de nuevos AII con un enfoque radicalmente distinto, como la terminación de los AII neoliberales, donde las Partes aclararan su intención de dejar sin efectos las cláusulas de supervivencia de los AII. El proceso actual parece estar contribuyendo más bien a una mayor fragmentación del DIIE tanto al interior del régimen como en lo que se refiere a sus relaciones con otras áreas del derecho internacional.

5. CETA, CPTPP y T-MEC ¿Son estos megaregionales aptos para acelerar el desarrollo sostenible?

En las próximas páginas me dedicaré a analizar tres AII que considero claves en este nuevo período tanto por su importante participación en la economía mundial como por la *atención social* que han recibido: 1) CETA; 2) CPTPP; y 3) T-MEC.⁹⁴⁵ El objetivo es identificar su potencial de reforma frente a los parámetros propuestos en el capítulo anterior.

5.1. CETA

El CETA es un tratado amplio, cuenta con 30 capítulos que abarcan un gran abanico de ámbitos relacionados con el comercio, las inversiones (Capítulo 8), el desarrollo sostenible (Capítulos 22-24), así como aspectos administrativos, institucionales y de solución de diferencias.

En el preámbulo, las Partes *reafirman* su compromiso de *fomentar* el desarrollo sostenible, especialmente a través del comercio, así como su adhesión a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), sin embargo no se le

⁹⁴³ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 92. F. G. SOURGENS, "Keep the Faith: Investment Protection Following the Denunciation of International Investment Agreements" (2013) *Santa Clara Journal of International Law*, pp. 335-396.

⁹⁴⁴ Ver: M. CASAS, "Denunciation of ICSID Convention" (2021) *Jus Mundi*

< <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-denunciation-of-icsid-convention>>; UNCTAD, "Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impacts on Investor-State Claims" (2010) *IIA Issues Note No. 2*.

⁹⁴⁵ El CTPPT es un tratado que se desarrolló para "materializar de manera expedita los beneficios del TPP", que había sido negociado por Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur, EEUU y Vietnam. No obstante, cuando este tratado se vio frustrado por la salida de EEUU con la administración de Trump, se firmó el CTPPT que adopta casi íntegramente el TPP pero sin Estados Unidos. Así, su Art. 1 reza: "1. Las Partes acuerdan que, de conformidad con los términos de este Tratado, las disposiciones del tratado de Asociación Transpacífico, hecho en Auckland el 4 de febrero de 2016 ("el TPP") se incorporan, por referencia, y forman parte de este Tratado mutatis mutandis, con excepción del Artículo 30.4 (Adhesión), Artículo 30.5 (Entrada en Vigor), Artículo 30.6 (Denuncia) y Artículo 30.8 (Textos Auténticos)". Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (firmado 8 de marzo de 2018, entrada en vigor 30 de diciembre de 2018).

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

considera como el objetivo último del AII.⁹⁴⁶ Los *objetivos* del tratado reconocidos en el preámbulo sólo son: 1) la liberalización del comercio y la inversión; y 2) “el establecimiento de normas claras, transparentes, previsibles y beneficiosas para las Partes a fin de regular su comercio y su inversión”.⁹⁴⁷

No se observa la inclusión de principios de derecho internacional ambiental en el tratado que puedan guiar su interpretación y/o aplicación.⁹⁴⁸

5.1.1. Regulación de la inversión extranjera

Respecto a las regulación de las empresas y/o las actividades económicas, el CETA no establece obligaciones a cargo de las empresas, no obliga a los Estados (ni a los de origen ni a los anfitriones) a regular a las empresas, y la disposición sobre derecho aplicable en la solución de controversias expresamente excluye la aplicación del derecho interno.⁹⁴⁹

El CETA dedica el Capítulo 12 a la “regulación interna”, el cual únicamente se refiere a la “requisitos y procedimientos de concesión de licencias y de cualificación”, pero no se incluye ninguna disposición sobre obligaciones de los Estados de regular la conducta de las empresas para proteger el medio ambiente. El capítulo está encaminado a armonizar las legislaciones internas y, específicamente, a regular la conducta de los Estados, mas no la de los inversionistas, ni tampoco a establecer criterios de sostenibilidad sociales y ambientales para la concesión de licencias.⁹⁵⁰

Específicamente sobre la regulación en materia de medio ambiente en el derecho interno, el CETA establece que “las Partes reconocen el derecho de cada Parte a establecer sus prioridades medioambientales [...] y adoptar o modificar su legislación y sus políticas en consonancia con los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente en los que son parte y con el presente Acuerdo [...]”.⁹⁵¹ Se acuerda que las Partes *procurarán* garantizar que su legislación interna contemplen niveles

⁹⁴⁶ Cabe mencionar que el CETA no menciona ningún otro tratado de derechos humanos, excepto los de la OIT en materia de derecho laboral. Ver Capítulo 23 del CETA.

⁹⁴⁷ Preámbulo y Capítulo 12 sobre “Reglamentación interna”, Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (14 enero 2017) *Diario Oficial de la Unión Europea* L11/23. (CETA)

⁹⁴⁸ El art. 24.8.2 reconoce que ante amenazas de daño grave o irreversible en el medio ambiente, la incertidumbre científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas para prevenir la degradación ambiental. Esto corresponde con el principio de precaución, pero el CETA no lo reconoce como un principio ni tampoco dirige a los Tribunales a utilizar el artículo al interpretar el CETA ante una diferencia relacionada con el tratado.

⁹⁴⁹ El Capítulo 8 específicamente sobre las inversiones también omite disposiciones dirigidas a regular la conducta de las empresas.

⁹⁵⁰ Para un análisis sobre los efectos de desregulación del CETA, ver: X. FERNÁNDEZ PONS, R. POLANDO y R. TORRENT, “CETA on Investment: The Definitive Surrender of EU Law of GATS and NAFTA/BITS” (2017) *Common Market Law Review* Vol. 54, pp. 1319-1358.

⁹⁵¹ Art. 24.3. del CETA.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

elevados de protección del medio ambiente, y se *esforzarán* por mejorar dicha legislación. Sin embargo, no hay ningún compromiso de regulación de las empresas.

En el Capítulo 22 (comercio y desarrollo sostenible) las Partes *afirman* que el comercio debe promover el desarrollo sostenible, por lo que las Partes se *esforzarán por fomentar* el desarrollo y utilización de sistemas *voluntarios* relacionados con la producción sostenible (e.j. etiquetas ecológicas) y de RSE.⁹⁵² En otras palabras, el CETA abiertamente favorece los enfoques voluntarios antes que la regulación de las empresas.

5.1.2. Cláusula sobre el derecho aplicable a las diferencias de inversiones

El CETA no dirige a la aplicación concurrente del derecho interno y el derecho internacional. La disposición sobre el derecho aplicable a las controversias relacionadas con las inversiones dirige a los Tribunales a aplicar únicamente el AII y otras normas de derecho internacional. Además, establece que el Tribunal no tiene competencias para determinar la legalidad de una medida que supuestamente viola el AII, por lo que derecho interno solo se puede tomar en cuenta como un elemento de hecho.⁹⁵³

5.1.3. Corrección de la internacionalización y liberalización de las inversiones

El CETA no contiene disposiciones específicas que extiendan la protección de los AII a contratos o cualquier otro "compromiso" hecho entre las Partes, más allá del AII. Es decir, no identifiqué alguna cláusula paraguas en el texto. Sin embargo, el CETA sí protege las expectativas legítimas de los inversionistas en el marco del FET, mismas que incluyen las declaraciones que hagan las autoridades a los inversionistas para convencerlos de hacer su inversión. En consecuencia, se podría decir que el CETA corrige esta característica neoliberal sólo parcialmente.

El CETA mantiene las cláusulas del consentimiento abierto del modelo neoliberal, donde claramente establece el consentimiento expresado por el Estado en el AII cumple con los requisitos del art. 25 del Convenio del CIADI.⁹⁵⁴ El inversionista únicamente esta obligado a expresar su consentimiento al momento de presentar la demanda -ni siquiera al momento de presentar la solicitud de consultas-.⁹⁵⁵ Además, los inversionistas únicamente están obligados a expresar un consentimiento en los términos del art. 25 del Convenio del CIADI, pero no se aclara que éste abarcará también las contra-demandas que pueda hacer el Estado

⁹⁵² Art. 22.3.2. del CETA.

⁹⁵³ Art. 8.31 del CETA.

⁹⁵⁴ Art. 8.25 del CETA.

⁹⁵⁵ Art. 8.23 del CETA.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

por daños al medio ambiente o las personas ocasionados por el inversionista o su inversión. En ausencia de una disposición que obligue a la presentación del consentimiento del inversionista en momentos previos al inicio de la demanda y de una ampliación del alcance de dicho consentimiento, el CETA mantiene las características neoliberales que conceden ventaja al inversionista extranjero sobre el Estado y favorecen la desregulación de las inversiones transnacionales.⁹⁵⁶

Ahora bien, el CETA establece que las Partes *perseguirán* la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones. Cuando este se haya establecido, el Comité Mixto del CETA adoptará una decisión para establecer que las diferencias en materia de inversiones se decidirán por el mecanismo multilateral.⁹⁵⁷ La UE ha convertido la creación de un Tribunal o corte multilateral y permanente de inversiones en un proyecto a largo plazo.⁹⁵⁸ Hasta que dicho mecanismo multilateral no se haya creado, las diferencias de inversiones que surjan en el marco del CETA se resolverán por Tribunales conforme al Convenio del CIADI. Cabe mencionar que esta sección del CETA aun no ha entrado en vigor al momento de escribir este capítulo, por lo que aún no se pueden iniciar arbitrajes de inversiones basados en el CETA.

El CETA no obliga al agotamiento de los recursos internos antes de presentar una reclamación en base al AII ante un Tribunal de inversiones. En vez de ello, incluye una serie de requisitos y procedimientos con que debe cumplir el inversionista como una condición para acceder a la solución de diferencias inversionista-Estado: 1) presentar una solicitud para celebrar consultas con el Estado en la diferencia, indicando las supuestas violaciones al AII, el marco jurídico y la base fáctica de la denuncia, incluyendo las medidas controvertidas; así como el resarcimiento que se pretende; 2) dejar pasar como mínimo 180 días, desde la presentación de la solicitud de celebración de consultas; 3) renunciar a su derecho a iniciar una demanda o procedimiento ante un tribunal u órgano de jurisdicción interna; y 4) presentar su consentimiento al arbitraje conforme al AII.⁹⁵⁹ Estos arreglos procedimentales están orientados a prevenir que las diferencias escalen al arbitraje inversionista-Estado o, en caso de escalar al arbitraje, pretenden limitar

⁹⁵⁶ Ver: N. CINGOTTI, P. EBERHARDT, N. GROTEFEND, C. OLIVET y S. SINCLAIR, El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba: la nueva propuesta europea perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente (CCPA, CEO, German NGO Forum on Environment and Development, Friends of the Earth Europe, TNI 2016); G. V. HARTEN, "A Report of the flawed proposal for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA" (2015) *Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series* Vol. 11, No. 4, Paper no. 16. Ambos recursos apuntan a la permanencia de las características esenciales del arbitraje inversionista-Estado, por lo que la propuesta de la UE tiene efectos muy limitados para reformar el DIIE.

⁹⁵⁷ Art. 8.29 del CETA.

⁹⁵⁸ Ver: P. BERNARDINI, "Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests" (2017) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 1, pp. 38-57.

⁹⁵⁹ Art. 8.22 del CETA.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

la admisibilidad de las reclamaciones y la jurisdicción del Tribunal, pero no corrigen en nada la internacionalización de las inversiones.

Por lo que se refiere a los estándares de trato a los inversionistas, el abarca la expropiación directa e indirecta, así como las “medidas equivalentes a la expropiación”, con algunos parámetros orientadores contenidos en el Anexo 8-A. El Anexo 8-A dispone que una expropiación indirecta tiene lugar:

“cuando una medida o un conjunto de medidas de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa en el sentido de que privan sustancialmente al inversor de los atributos de propiedad fundamentales en su inversión, incluido el derecho de uso, disfrute o enajenación de su inversión, sin que se haya producido una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación.”⁹⁶⁰

También se incluyen los siguientes criterios para la determinación de una medida constituye una expropiación indirecta:

a) el impacto económico de la medida o el conjunto de medidas, si bien el hecho de que una medida o un conjunto de medidas adoptadas por una Parte tenga un efecto adverso en el valor económico de una inversión no demuestra, por sí solo, que se haya producido una expropiación indirecta;

b) la duración de la medida o del conjunto de medidas de una Parte;

c) el grado en que la medida o el conjunto de medidas interfiere con expectativas claras, razonables y respaldadas por inversiones; y

d) el carácter de la medida o el conjunto de medidas, en particular su objetivo, contexto y finalidad.

3. Para mayor seguridad, salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se apliquen para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.”

En mi opinión, los criterios a) a d) pretenden matizar el enfoque basado en los efectos que viene intrínseco en la expropiación indirecta, pero mantienen una protección absoluta y reforzada al reconocer las expectativas de los inversionistas como uno de los elementos a tomar en cuenta. Además, el párrafo 3 dirige al Tribunal a hacer un análisis de proporcionalidad, pero le permite priorizar el efecto de la medida sobre la inversión por encima del interés público, por lo que el CETA tampoco parece corregir este aspecto de los AII neoliberales.

En relación con el trato justo y equitativo, el art. 8.10 del CETA incluye un FET calificado, donde establece que el FET se entiende violado cuando la Parte ha incurrido en: a) denegación de justicia en procedimientos civiles, penales o administrativos; b) incumplimiento esencial del principio de transparencia en los

⁹⁶⁰ Anexo 8-A, pa. 1 (b) del CETA.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

procedimientos judiciales y administrativos; c) una arbitrariedad manifiesta; d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas; e) un trato abusivo a los inversores.⁹⁶¹ Además, el CETA permite expresamente que el Tribunal considere las expectativas de los inversionistas al aplicar la obligación del FET, lo cual supone que se siguen creando protecciones absolutas en favor de la inversión extranjera.⁹⁶² Es importante reconocer que el CETA introdujo una característica innovadora en el FET: la flexibilidad. El art. 8.10.3 dispone que las Partes revisarán periódicamente el contenido del FET, a petición de una de ellas.⁹⁶³ Fuera de la flexibilidad, el CETA mantiene todas las características del FET neoliberal e incluso las refuerza al proteger, expresamente, las expectativas legítimas de los inversionistas.

Por lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento con alguna disposición del capítulo de inversiones, el CETA establece que, en caso de emitir un laudo definitivo contra el Estado demandado, el Tribunal podrá adjudicar, de forma separada o combinada: "a) una indemnización pecuniaria y los intereses aplicables; y/o b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo establecerá que el demandado pueda pagar indemnizaciones pecuniarias que representen el valor justo del mercado de la propiedad en el momento inmediatamente anterior a que se diera a conocer la expropiación o la expropiación inminente, si esta última fecha anterior, así como los intereses que fueran aplicables en lugar de la restitución, lo cual debe determinarse de conformidad con el artículo 8.12 [sobre expropiación]".⁹⁶⁴ Cabe resaltar que sí se establece un límite máximo a la indemnización que se puede adjudicar: "las indemnizaciones pecuniarias no serán superiores a la pérdida sufrida por el inversor o, en su caso, por la empresa establecida localmente, y se les deducirán todas las indemnizaciones o compensaciones que ya hayan sido abonadas."⁹⁶⁵

El CETA omite instruir al Tribunal a tomar en cuenta la conducta de la parte demandante y su posible contribución a la situación que originó la demanda, al momento de determinar la indemnización. En mi opinión, el CETA tampoco introduce grandes novedades para corregir el modelo neoliberal. Se limita a establecer un estándar máximo de indemnización para reducir parcialmente el abuso del sistema como una oportunidad de negocio.⁹⁶⁶

⁹⁶¹ Art. 8.10.1 del CETA.

⁹⁶² Art. 8.10.4 del CETA.

⁹⁶³ Art. 8.10.2 del CETA.

⁹⁶⁴ Art. 8.39 del CETA.

⁹⁶⁵ Art. 8.39.3 del CETA.

⁹⁶⁶ No sólo el número de arbitrajes aumentó exponencialmente a partir de 1990, sino también la cantidad de la indemnización demandada por los inversionistas, que llegó incluso a los 100 millones de dólares. P. EBERHARDT y C. OLIVET, *Profiting from injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financers are Fueling an Investment Arbitration Boom* (CEO, TNI 2012) p. 7; B. SABAHI, K. DUGGAL y N. BIRCH, "Principles Limiting the Amount of Compensation" en C. L. BEHARRY (ed.) *Contemporary*

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

5.1.4. Canalización de inversiones para el desarrollo ecológico

El CETA no establece ningún tipo de priorización de proyectos de inversión en función de su contribución a la conservación o restauración de la base natural, el cambio climático, ni otro similar. Sin embargo, sí excluye el agua del alcance del AII. Las Partes reconocen que el agua en su estado natural, incluida el agua de lagos, ríos, embalses, acuíferos y cuencas hidrográficas, no es una mercancía o un producto. Por tanto, ninguna disposición del AII obliga a las Partes a permitir el uso comercial de agua para cualquier fin.⁹⁶⁷ Es incierto si esto únicamente afecta al comercio o también a las inversiones en el sector de los servicios de agua y saneamiento.

La definición de inversión del CETA no integra criterios de sostenibilidad, ni siquiera se incluye el requisito de contribuir al desarrollo *económico* del Estado anfitrión.⁹⁶⁸ El CETA distingue entre una inversión en sentido general y una inversión cubierta por el tratado. Esta última es aquella realizada en el territorio de una Parte, de conformidad con el derecho aplicable en el momento en que se efectúa la inversión, que sea propiedad directa o indirecta de un inversor de la otra Parte o esté controlada por él; y ya existente en la fecha de entrada en vigor del CETA o realizada o adquirida posteriormente.⁹⁶⁹ Se valora positivamente que se condicione la protección de una inversión a su cumplimiento con el derecho interno del Estado receptor, pero resulta cuestionable que dicha condición sea únicamente “al derecho aplicable en el momento en que se efectúa la inversión” en vez de requerir una legalidad durante todo el tiempo de existencia de la inversión. Además, la ausencia de criterios sobre el impacto o la sostenibilidad de las inversiones muestra que el CETA no tiene una intención de promover el desarrollo sostenible o ecológico, sino la mera protección de los intereses de las empresas a través de AII.

Las Partes decidieron excluir las medidas destinadas a la protección y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente del art. 8.4 sobre el acceso a los mercados.⁹⁷⁰ En otras palabras, las medidas ambientales descritas no se considerarán violatorias de las disposiciones de conceder libre acceso a los inversionistas al mercado de las Partes.

Por lo que se refiere a la definición de inversor, el art. 8.1 excluye a las sucursales y las oficinas de representación de esta definición, lo que muestra un esfuerzo de las Partes en evitar el *treaty shopping* y el abuso del AII por parte de los inversionistas. Además, las Partes incluyeron algunos elementos para limitar la

and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration (Brill/Nijhoff 2018) p. 323.

⁹⁶⁷ Art. 1.9 del CETA.

⁹⁶⁸ Art. 8.1 del CETA.

⁹⁶⁹ Art. 8.1 del CETA.

⁹⁷⁰ Arts. 8.15 en relación con el Art. 8.4 del CETA.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

jurisdicción de los Tribunales *rationae personae*, al requerir que las empresas desarrollen una actividad empresarial importante en el Estado anfitrión, como una condición para beneficiarse del tratado. No obstante, el CETA omite criterios de sostenibilidad en los objetivos de las empresas, sus actividades o sus conductas.

Por otra parte, el CETA no excluye sectores altamente contaminantes de la protección del tratado, tal como las industrias extractivas o de los hidrocarburos, por lo que los inversionistas operando en estos sectores no tienen ningún incentivo que los lleve a transitar hacia otro tipo de industria.

En relación con la promoción de actividades para catalizar la inversión privada para el desarrollo sostenible, no se observa ninguna disposición sobre la promoción de las inversiones para la conservación o restauración de la base natural en el planeta, ni tampoco para el cambio climático o los ODS en el Capítulo 8 de inversiones. El Capítulo 22 sobre comercio y desarrollo sostenible incluye una declaración de intención de las partes de promover prácticas y flujos económicos que contribuyan a mejorar el trabajo digno y el medio ambiente,⁹⁷¹ así como su intención de dialogar y cooperar en cuestiones de desarrollo sostenible relacionadas con el comercio.⁹⁷² Más allá de eso no se encuentran compromisos más claros al respecto.

El elemento social del desarrollo sostenible en el CETA se concentra únicamente en los derechos del trabajo. El Capítulo 23 incluye varios compromisos de cooperación en la regulación y ejecución en materia laboral, promoviendo la implementación de los tratados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).⁹⁷³ Otros tratados en materia de derechos humanos se han omitido del CETA.

Las Partes también reafirman su compromiso de aplicar los AMUMAs a través de su legislación y sus prácticas internas; y se comprometen a cooperar para este fin, a través del intercambio de información sobre la aplicación de los AMUMAs, sobre la negociación en curso de nuevos AMUMAs, y sobre los puntos de vista respectivos de cada Parte sobre su adhesión a AMUMAs adicionales.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ Esto se pretende alcanzar a través de: a) el fomento del desarrollo y utilización de sistemas voluntarios relacionados con la producción sostenible de productos y servicios; b) el fomento del desarrollo y la utilización con carácter voluntario de buenas prácticas de RSE, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales; c) el fomento de la integración de los aspectos de sostenibilidad en las decisiones de consumo público o privado; y d) la promoción del desarrollo, el establecimiento, el mantenimiento o la mejora de objetivos y normas sobre resultados ambientales. Art. 22.3.2 del CETA.

⁹⁷² Art. 23.3-23.7 del CETA.

⁹⁷³ Art. 24.4 del CETA.

⁹⁷⁴ Art. 24.4 del CETA.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Las Partes adoptan compromisos relacionados con el comercio de productos forestales⁹⁷⁵ y de productos de la pesca y agricultura⁹⁷⁶ dentro de sus territorios, y algunos de cooperación internacional.⁹⁷⁷ Asimismo, incluyen un *reconocimiento* de la necesidad de cooperar en aspectos tales como: la dimensión medioambiental de la RSE; los aspectos de la CMNUCC y el Acuerdo de París, relacionados con el comercio; el comercio y la inversión en productos y servicios medioambientales, en particular en prácticas y tecnologías ecológicas y respetuosas con el medio ambiente; la energía renovable; la eficiencia energética; el uso, la conservación y el tratamiento del agua; el fomento de la contabilidad del carbono y la gestión de la vida útil de los productos; entre otros.⁹⁷⁸

El capítulo dedicado al medio ambiente menciona, como medios de implementación de la cooperación: "intercambios técnicos, intercambios de información y mejores prácticas, proyectos de investigación, estudios, informes, conferencias y talleres".⁹⁷⁹ Estos medios no son específicos para catalizar inversiones privadas en materia de conservación y restauración de ecosistemas o para la consecución de los ODS, pero se infiere que se refiere a ellos al estar en el capítulo de medio ambiente.

El CETA no identifica actividades de cooperación para catalizar inversiones privadas en el desarrollo sostenible, no tienen disposiciones sobre actividades concretas para la transferencia de tecnologías, de fortalecimiento de capacidades o de financiamiento de proyectos de inversiones de impacto. No obstante, el capítulo 25 sobre diálogos bilaterales y cooperación fomenta la cooperación relacionada con la ciencia, tecnología, investigación e innovación, entre otras materias. Esta cooperación funciona sobre la base de la reciprocidad y no está orientada específicamente al desarrollo sostenible, aunque tampoco lo excluye.⁹⁸⁰ En consecuencia, las Partes podrán desarrollar conjuntamente programas de I+D

⁹⁷⁵ Las Partes se comprometen a promover el comercio de productos forestales procedentes de bosques gestionados de forma sostenible y productos de conformidad con la legislación del país de origen, a cooperar en iniciativas destinadas a promover la gestión sostenible de los bosques, incluyendo la lucha contra la tala ilegal y el comercio asociado a esta, y a implementar de manera eficaz la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre (CITES) en sus territorios. Art. 24.10 del CETA.

⁹⁷⁶ Las Partes se comprometen a adoptar o mantener sistemas eficaces de seguimiento, control y medidas de vigilancia, como programas de observación, programas de seguimiento de embarcaciones, control de transbordos, inspecciones en el mar, control por el Estado rector del puerto, así como las sanciones correspondientes, con miras a la conservación de las poblaciones de peces y la prevención de la sobrepesca; a adoptar o mantener medidas y cooperar para combatir la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada; a cooperar con las organizaciones regionales de gestión pesquera de las que las partes sean miembros, observadores o partes cooperantes no contratantes, con el objeto de lograr una buena gobernanza de la pesca; y promover el desarrollo de una industria de la acuicultura respetuosa con el medio ambiente y económicamente competitiva. Art. 24.11 del CETA.

⁹⁷⁷ Art. 24.10 del CETA.

⁹⁷⁸ Art. 24.12.1 del CETA.

⁹⁷⁹ Art. 24.12.2 del CETA.

⁹⁸⁰ Art. 25.5 del CETA.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

en tecnologías relacionadas con el desarrollo sostenible, si es un tema de interés común, a través de un acuerdo específico al respecto.

Por otra parte, el CETA incluye Capítulos dedicados a múltiples áreas del derecho, distintas al derecho internacional económico: el medio ambiente, el trabajo, la propiedad intelectual, etc. Sin embargo, para conocer la contribución del CETA a la integración del derecho internacional conviene evaluar las interrelaciones entre el CETA y los AMUMAs y entre los diversos capítulos del CETA.

El CETA reafirma los compromisos de las Partes adquiridos en los AMUMAs; y también reconoce el derecho de las Partes a incluir excepciones para la aplicación del CETA en materia ambiental, pero no establece una relación de prelación ni criterios para decidir en caso de conflicto normativo entre alguna disposición del CETA y otra en un AMUMA. Las interrelaciones entre los capítulos del CETA relacionados con el medio ambiente/desarrollo sostenible y el capítulo de inversiones tampoco están definidos a *nivel sustantivo*.⁹⁸¹

Las disposiciones sobre la solución de controversias aportan más información sobre la prelación entre los objetivos perseguidos por los diversos capítulos del CETA. El capítulo 29 establece un sistema para resolver las diferencias entre la UE y Canadá sobre la aplicación e interpretación del CETA (en general). Consiste en el inicio de un proceso de consultas con un panel de expertos sobre el objeto de las diferencias. En caso de que la diferencia no se haya podido resolver de esta manera, se prevé un proceso de arbitraje Estado-Estado. Sin embargo, las diferencias surgidas en relación con las inversiones (Capítulo 8), el desarrollo sostenible (Capítulo 22), el trabajo (Capítulo 23) y el medio ambiente (Capítulo 24) están excluidas de este mecanismo de solución de controversias, ya que cada uno de ellos tiene disposiciones específicas para la solución de diferencias.

El capítulo 8 tiene el arbitraje inversionista-Estado que puede tener consecuencias legales y económicas para los Estados, cuando entre en vigor este capítulo del tratado;⁹⁸² mientras que los Capítulos 22, 23 y 24 únicamente pueden iniciar procesos de consultas o presentar el asunto ante el Comité de Comercio y Desarrollo Sostenible para que recomiende alguna solución.⁹⁸³ Las recomendaciones de este Comité no son obligatorias ni tienen consecuencias económicas para los Estados.⁹⁸⁴ En consecuencia, se podría decir que el CETA mantiene una prevalencia *de facto* en favor de las inversiones y el comercio sobre el equilibrio ecológico, y que fracasa en su intento de desfragmentar el derecho internacional.

⁹⁸¹ Para ver un análisis más detallado de los estándares laborales, ambientales y de derechos humanos en el CETA se recomienda: L. BARTELS, "Human Rights, Labour Standards and Environmental Standards in CETA" (2017) *Legal Studies Research of the University of Cambridge Paper* no. 13/2017.

⁹⁸² Capítulo 8 del CETA.

⁹⁸³ Art. 24.16 y Art. 23.11 del CETA.

⁹⁸⁴ CArt. 22.4 y Art. 26.2.1 del CETA.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

El CETA también tiene otras características especiales, distintas a las que yo he señalado en el capítulo 2. El CETA establece que las Partes *perseguirán* la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones. Cuando este se haya establecido, el Comité Mixto del CETA adoptará una decisión para establecer que las diferencias en materia de inversiones se decidirán por el mecanismo multilateral.⁹⁸⁵ La UE ha convertido la creación de un Tribunal o corte multilateral y permanente de inversiones en un proyecto a largo plazo.⁹⁸⁶ Hasta que dicho mecanismo multilateral no se haya creado y una vez que esta sección las diferencias de inversiones que surjan en el marco del CETA se resolverán por Tribunales conforme al Convenio del CIADI. Cabe mencionar que esta sección del CETA aun no ha entrado en vigor al momento de escribir este capítulo.

El CETA reconoce que el comercio internacional y las inversiones pueden tener efectos adversos sobre el medio ambiente, por lo que establecen un compromiso de revisar, evaluar y controlar el impacto del CETA sobre el desarrollo sostenible. Para ello, se dispone que el Comité de Comercio y Desarrollo Sostenible coordinará las evaluaciones y presentará recomendaciones de reforma del tratado según corresponda.⁹⁸⁷

También se observan disposiciones relacionadas con la democracia ambiental, por ejemplo, hay un capítulo dedicado a la transparencia (Capítulo 27) y otras disposiciones de transparencia en capítulos de inversiones,⁹⁸⁸ medio ambiente,⁹⁸⁹ desarrollo sostenible,⁹⁹⁰ entre otros. En este sentido, con el fin de facilitar la participación del público en asuntos relacionados con la implementación y los impactos del CETA, se creó un Foro de la Sociedad Civil.⁹⁹¹ El Foro de celebra anualmente. En diciembre de 2020 se celebró la tercera reunión donde se discutieron recomendaciones sobre comercio y género, así como las sinergias entre el CETA y la acción climática, incluyendo el Acuerdo de París, así como asuntos de cooperación para una recuperación de la pandemia del COVID-19.⁹⁹² No obstante, los alcances del Foro parecen bastante limitados al ser únicamente una plataforma de diálogo.

Finalmente, el CETA también incluye disposiciones sobre el acceso a la justicia en materia ambiental, donde las Partes se comprometen a garantizar, en sus propias

⁹⁸⁵ Art. 8.29 del CETA.

⁹⁸⁶ Ver: P. BERNARDINI, "Reforming Investor-State Dispute Settlement...", cit., no. 958.

⁹⁸⁷ Art. 22.3 del CETA.

⁹⁸⁸ Art. 8.36 del CETA.

⁹⁸⁹ Art. 24.7 del CETA.

⁹⁹⁰ Art. 22.2 del CETA.

⁹⁹¹ Art. 22.5 del CETA.

⁹⁹² Para consultar más información ver: European Commission, "Third EU-Canada (CETA) Civil Society Forum" (8 and 9 December 2020) <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/events/index.cfm?id=2217>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

jurisdicciones, que las personas con un interés jurídicamente reconocido en un asunto concreto dispongan de procedimientos administrativos o judiciales que permitan actuar de manera efectiva contra las infracciones a la legislación ambiental, y que incluyan medidas correctivas adecuadas en caso de infracción. Se incluyen algunos criterios básicos sobre los procedimientos administrativos y judiciales en materia ambiental. El CETA no menciona la necesidad de que estos mecanismos cumplan con lo establecido en tratados internacionales en la materia.⁹⁹³

En resumen, el CETA mantiene las características neoliberales que internacionalizan y desregulan la inversión extranjera. Ni el Capítulo de inversiones ni los respectivos sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible discriminan entre las inversiones que podrían tener un efecto positivo sobre el medio ambiente y la sociedad, de aquellas que mantienen el actual sistema económico basado en los combustibles fósiles y la explotación de los recursos naturales. No se observan compromisos claros que permitan catalizar las inversiones privadas para la conservación o restauración de la naturaleza, ni para la consecución de los ODS. En mi opinión, el CETA no tiene un fuerte potencial para financiar el desarrollo sostenible.

5.2. CPTPP

El CPTPP es el sucesor del TPP, un acuerdo que fue sepultado por los EEUU. El TPP fue iniciado por Chile, Nueva Zelanda y Singapur, quienes querían establecer una asociación del Pacífico para fortalecer la integración económica, a la que se unió Brunéi en etapas tempranas de la negociación. Posteriormente, en 2008 EEUU expresó su interés en formar parte de la asociación. Otros países siguieron el ejemplo y se unieron a las negociaciones: Australia, Canadá, Japón, Malasia, México, Perú y Vietnam.⁹⁹⁴ El 5 de octubre de 2015, los países del TPP anunciaron la conclusión de las negociaciones y se procedió a la firma en febrero de 2016 en la ciudad de Auckland. No obstante, ese mismo año, el entonces presidente de EEUU, Donald Trump, anunció que su país se retiraría del TPP, lo cual hizo formalmente en enero de 2017.⁹⁹⁵

La posición de Trump paralizó la entrada en vigor del TPP puesto que el tratado tenía una cláusula que la condicionaba a la ratificación de, como mínimo, seis países y que, en conjunto, representaran un 85% del total de PIB de los 12 Estados signatarios. EEUU y Japón, juntos, representaban el 80% de dicho PIB, por lo que,

⁹⁹³ Art. 24.6 del CETA. Esta disposición no está orientada a facilitar el acceso a justicia de personas afectadas en el territorio de una Parte como consecuencia de las actividades u operaciones de las empresas transnacionales que tienen su matriz en otro Estado parte.

⁹⁹⁴ D. PALMER, "Mexico to join Trans-Pacific Partnership talks" (18 June 2012) *Reuters* <<https://www.reuters.com/article/us-usa-mexico-transpacific/mexico-to-join-trans-pacific-partnership-talks-idUSBRE85H1LC20120618>>.

⁹⁹⁵ "Trump executive order pulls out of TPP trade deal" (24 January 2017) *BBC News, US & Canada* <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-38721056>>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

en la práctica, estos dos países tenían una cierta capacidad de veto.⁹⁹⁶ El resto de Estados, deseosos de seguir adelante con el TPP, firmaron en marzo de 2018 un nuevo tratado: el CPTPP, que adopta íntegramente el texto del TPP, excepto por algunas disposiciones finales, entre ellas, la de entrada en vigor.

El CPTPP dispone que entrará en vigor a los 60 días siguientes a la fecha en la que al menos seis o al menos 50% del número de signatarios hayan “notificado por escrito al Depositario la conclusión de sus procedimientos legales aplicables”.⁹⁹⁷ Astutamente, el CPTPP dispone que “para los efectos de este Tratado, las referencias a la fecha de firma en el TPP significarán la fecha de firma de este Tratado”,⁹⁹⁸ pudiendo con ello acelerar su entrada en vigor.⁹⁹⁹ Así, el CPTPP entró en vigor el 30 de diciembre de 2018 sin mayores problemas, ni protestas públicas.¹⁰⁰⁰

A partir de este momento me referiré al CPTPP y al TPP de manera indistinta puesto que procederé a analizar el contenido del acuerdo. El TPP cuenta con 30 capítulos, entre ellos, uno dedicado a las inversiones (Capítulo 9), otro a medio ambiente (Capítulo 20), otro al trabajo (Capítulo 19) y otro al desarrollo (Capítulo 21).

El primer objetivo del AII descrito en el preámbulo es el de *establecer* un tratado regional que promueva la integración económica para *liberalizar* el comercio y la inversión, a través de un marco legal y comercial predecible. Ello se ve reflejado en el Art. 1.1 que establece una zona de libre comercio para las Partes.

El preámbulo menciona el *reconocimiento* del derecho de las Partes a regular para salvaguardar el bienestar público y proteger objetivos legítimos, tales como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, la integridad y estabilidad del sistema financiero y la moral pública.

El CPTPP también hace referencia a la intención de las Partes de *promover* altos niveles de protección del medio ambiente, incluso mediante la aplicación efectiva de las leyes ambientales y fomentando los ODS.¹⁰⁰¹ Sin embargo, el desarrollo

⁹⁹⁶ G. GÁNDARA, “La aprobación del TPP en los países participantes. Entrevista con Lourdes Aranda” (sin fecha) *Revista Comercio Exterior Bancomext* <<http://www.revistacomercioexterior.com/articulo.php?id=108&t=la-aprobacion->>.

⁹⁹⁷ Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (firma 8 marzo 2018, entrada en vigor 30 de diciembre de 2018). Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/302220/Comprehensive-and-Progressive-Agreement-for-Trans-Pacific-Partnership-CPTPP-Spanish_002_.pdf>. (CPTPP)

⁹⁹⁸ Art. 1.2 del CPTPP.

⁹⁹⁹ Esta estrategia también permitió esquivar acciones legales y otros controles constitucionales iniciados por la sociedad civil que se oponía al TPP.

¹⁰⁰⁰ GOBIERNO DE MÉXICO, “El TIPAT entra en vigor y abre nuevos mercados para México” (30 de diciembre de 2018) <<https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico/articulos/el-tipat-entra-en-vigor-y-abre-nuevos-mercados-para-mexico-186182>>.

¹⁰⁰¹ Preámbulo del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

sostenible no aparece en los objetivos del tratado ni se observan principios ambientales que puedan guiar la implementación e interpretación del acuerdo.

5.2.1. Regulación de la inversión extranjera

El capítulo 9 sobre inversiones no incorpora ninguna obligación directa a cargo de las empresas o los inversionistas extranjeros. El capítulo 20 sobre medio ambiente reconoce el derecho de las Partes de establecer, regular o modificar leyes y políticas ambientales, y establece un compromiso de las partes de aplicar efectivamente sus leyes ambientales.¹⁰⁰² No se observan referencias específicas a las inversiones extranjeras, aunque se presupone que esta regulación también aplica a las inversiones que se establezcan en su territorio.

Este capítulo compromete a las Partes a “tomar medidas para controlar la producción y consumo de, y el comercio en, dichas sustancias”,¹⁰⁰³ las cuales se entiende que contribuyen o están alineadas con el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono. De igual forma, el CPTPP obliga a las Partes “a tomar medidas para prevenir la contaminación del medio marino por buques”,¹⁰⁰⁴ de conformidad con los AMUMAs en la materia.¹⁰⁰⁵

El CPTPP también incluye algunas disposiciones sobre el acceso a la información en materia ambiental,¹⁰⁰⁶ la participación pública¹⁰⁰⁷ y el acceso a la justicia ambiental.¹⁰⁰⁸ Esta última está orientada a garantizar la existencia de procedimientos de aplicación y cumplimiento del derecho ambiental de naturaleza judicial, cuasi-judicial o administrativa que permita a las personas residiendo o establecida en el territorio de alguna de las Partes solicitar la investigación de presuntas violaciones a sus leyes ambientales. El acceso a la justicia en el CPTPP no está orientado a permitir que las personas afectadas por las operaciones de inversiones extranjeras puedan acceder a la justicia en el Estado de origen de la inversión.

Específicamente en relación con la conducta de las empresas, el CPTPP establece que cada Parte “*debería alentar a las empresas que operan dentro de su territorio, a que adopten voluntariamente, en sus políticas y prácticas, principios de responsabilidad social corporativa que estén relacionados con el medio ambiente,*

¹⁰⁰² Art. 20.3 del CPTPP.

¹⁰⁰³ Art. 20.5 del CPTPP.

¹⁰⁰⁴ Art. 20.6 del CPTPP.

¹⁰⁰⁵ El CPTPP se refiere específicamente al Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (firmado el 2 de noviembre de 1973), modificado por el Protocolo relativo al Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (firmado el 17 de febrero de 1978) y el Protocolo que enmienda el convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques de 1973 Modificado por el Protocolo de 1978 correspondiente (firmado el 26 de septiembre de 1997).

¹⁰⁰⁶ Art. 20.9 del CPTPP.

¹⁰⁰⁷ Art. 20.8 del CPTPP.

¹⁰⁰⁸ Art. 20.7 del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

que sean compatibles con directrices y lineamientos reconocidos internacionalmente que han sido respaldados o son apoyados por esa Parte” (lo subrayado es añadido por la autora).¹⁰⁰⁹ Y además se sugiere que las Partes utilicen mecanismos flexibles y voluntarios para proteger los recursos naturales y el medio ambiente en su territorio.¹⁰¹⁰ En consecuencia, al igual que el CETA, el tratado opta por formas voluntarias, en vez de la regulación de la inversión extranjera y sus operaciones transnacionales.

5.2.2. Cláusula sobre el derecho aplicable a las diferencias de inversiones

El CPTPP establece que el derecho aplicable a las diferencias de inversiones relacionadas con una violación a la Sección A del capítulo 9 inversiones será el CPTPP y las normas de derecho internacional relevantes, por lo que se mantiene la exclusión del derecho interno a estas diferencias. El derecho interno puede ser considerado como un asunto de hecho, únicamente.¹⁰¹¹ El desplazamiento del derecho interno que se produjo durante el período neoliberal se mantiene en este CPTPP.

5.2.3. Corrección de la liberalización e internacionalización de la inversión extranjera

Por lo que se refiere a las cláusulas paraguas, el Art. 9.19 establece que un inversionista puede someter a arbitraje una reclamación que el demandado ha violado: a) una obligación establecida en la Sección A; b) una autorización de inversión; o c) un acuerdo de inversión. A efectos del CPTPP, una autorización de inversión es “una autorización que la autoridad de inversión extranjera de una Parte otorga a una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte”; y por “acuerdo de inversión se entiende

“un acuerdo por escrito que se concluye y surte efectos después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado entre una autoridad del nivel central del gobierno de una Parte y una inversión o inversionista de otra Parte y que crea un intercambio de derechos y obligaciones vinculantes para ambas partes de conformidad con la ley aplicable de acuerdo con el Artículo 9.25.2 (Derecho Aplicable), en el cual la inversión cubierta o el inversionista se basa para establecer o adquirir una inversión cubierta distinta al acuerdo por escrito como tal [...]”¹⁰¹²

¹⁰⁰⁹ Art. 20.10 del CPTPP.

¹⁰¹⁰ Art. 20.11 del CPTPP.

¹⁰¹¹ No obstante, el CPTPP permite a los Tribunales de arbitraje inversionista-Estado aplicar el derecho interno a las diferencias relacionadas con una violación a una “autorización de inversión” o a un “acuerdo de inversión”. Art. 9.25 del CPTPP.

¹⁰¹² Art. 9.1 del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

En consecuencia, se podría decir que el CPTPP sí tiene una cláusula paraguas al traer los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión al amparo del AII y autorizar a los inversionistas a someter diferencias relacionadas con estos instrumentos al arbitraje inversionista-Estado.

Se trata de una cláusula cualificada o limitada, puesto que hace algunas exclusiones expresas: 1) no se aplica a "cualquier compromiso de los Estados", sino que se aplica únicamente a aquellos concluidos por escrito, entre los gobiernos centrales y los inversionistas, y que sean la base para establecer o adquirir una inversión; 2) no se aplica a decretos, órdenes administrativas o judiciales u otro tipo de acto unilateral de las autoridades administrativas; 3) no se aplica a acciones tomadas por una Parte para hacer cumplir sus leyes de aplicación general; 4) no se aplica a regímenes de licencia no discriminatorios, ni a decisiones de otorgar un incentivo u otro beneficio a una inversión o inversionista particular que haya sido proporcionado por una autoridad distinta a la autoridad de inversión extranjera.

Cabe mencionar que las cláusulas paraguas no tienen los mismos efectos para todas las Partes. Mientras que el Perú amplía su cláusula paraguas, protegiendo incluso los convenios de estabilidad jurídica;¹⁰¹³ Australia, Canadá, México y Nueva Zelanda la limitan dejando las decisiones resultantes de sus procesos de revisión para la admisión de las inversiones en su territorio fuera del alcance del arbitraje inversionista-Estado.¹⁰¹⁴ México además excluye los acuerdos de inversión relacionados con los hidrocarburos, las obras públicas, las asociaciones público-privadas, y otras infraestructuras de comunicaciones y transporte.¹⁰¹⁵

En resumen, el CPTPP sí incluye cláusulas paraguas, aunque hace un intento por delimitar los contratos de inversión y las autorizaciones de inversión que están cubiertas por el tratado. Los límites de estas cláusulas no son uniformes, sino que dependen de las declaraciones o intereses de cada Parte en concreto.

El CPTPP conserva el *consent without privity* como se desprende del art. 9.20. Se prevén tres procedimientos importantes previos al arbitraje inversionista-Estado: 1) la solicitud del demandante para la realización de consultas, incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas en cuestión;¹⁰¹⁶ 2) la "notificación de intención" de someter una reclamación a arbitraje, que el demandante debe presentar pasados seis meses de la solicitud de consultas y 90 días antes del sometimiento de una reclamación a arbitraje;¹⁰¹⁷ y 3) la "notificación

¹⁰¹³ Anexo 9-L del CPTPP.

¹⁰¹⁴ Anexo 9-H del CPTPP.

¹⁰¹⁵ México hizo esta delimitación porque reservó el derecho de presentar reclamaciones relacionadas con contratos de inversiones en el sector de hidrocarburos a inversionistas de EEUU que estén protegidos por T-MEC. En otras palabras, en mi opinión, México ofrece un trato más favorable a los inversionistas americanos que a los de los países Parte en el CPTPP.

¹⁰¹⁶ Art. 9.18 del CPTPP.

¹⁰¹⁷ Art. 9.19.1. y Art. 9.19.3 del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

de arbitraje” que se presenta pasados 90 días después de la “notificación de intención”, momento en que una reclamación se considera sometida a arbitraje.¹⁰¹⁸

El consentimiento del inversionista al arbitraje se presenta únicamente en este último momento.¹⁰¹⁹ En mi opinión, esto se presta a que el inversionista pueda utilizar el CPTPP para amenazar al Estado y buscar cambios normativos favorables a sus intereses, sin ningún riesgo para el inversionista.

El consentimiento del inversionista no sólo se presenta en momentos muy avanzados de la diferencia, sino que además no es del todo recíproco o mutuo. El Estado demandado únicamente puede *contrademandar* al inversionista y exigir una compensación por parte del demandante cuando la reclamación sometida por el inversionista se relacione con una “autorización de inversión” (Art. 9.19.1(a)(i)(B), 9.19.1(b)(i)(B)) o un “acuerdo de inversión” (Art. 9.19.1(a)(i)(C), 9.19.1(b)(i)(C)), pero no con reclamaciones relacionadas con la Sección A del capítulo de inversiones.¹⁰²⁰ Esto parece lógico puesto que la Sección A no establece ninguna obligación a cargo el inversionista. Sin embargo, esta exclusión también podría limitar la posibilidad de contrademandar al inversionista por abuso del CPTPP o por conductas en el territorio del demandado contrarias a su derecho o que hayan generado daños ambientales graves o abusos a los derechos humanos.

En relación con el agotamiento de los recursos internos antes de iniciar el arbitraje inversionista-Estado, el CPTPP incluye una serie de requisitos previos para presentar una reclamación de arbitraje de carácter temporal, pero no exige el agotamiento de recursos internos.¹⁰²¹ Al contrario, en vez de requerir el agotamiento de los recursos internos, el CPTPP incluye una cláusula de *fork in the road* que obliga a los inversionistas a renunciar a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al ordenamiento jurídico de una Parte, cualquier procedimiento respecto a cualquier medida relacionada con la inversión.¹⁰²² Esta obligación deja a salvo el derecho a iniciar o continuar una acción en la que se busque la aplicación de medidas precautorias, siempre y cuando no implique el pago de daños pecuniarios y cuyo único objetivo sea preservar los derechos e intereses del demandante mientras continúe la tramitación del arbitraje.¹⁰²³

¹⁰¹⁸ Art. 9.19.5 del CPTPP.

¹⁰¹⁹ Art. 9.21.2 del CPTPP.

¹⁰²⁰ Art. 9.19.2 del CPTPP. Esto parece lógico puesto que la Sección A no establece ninguna obligación a cargo el inversionista. Sin embargo, esta exclusión también podría limitar la posibilidad de contrademandar al inversionista por abuso del CPTPP o por conductas en el territorio del demandado contrarias a su derecho o que hayan generado daños ambientales graves o abusos a los derechos humanos.

¹⁰²¹ Art. 9.21 del CPTPP.

¹⁰²² Art. 9.21.2(b) del CPTPP.

¹⁰²³ Art. 9.21.3 del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Además, Chile, México, el Perú y Vietnam eligieron obligar al inversionista a elegir entre presentar su reclamación en las cortes internas o un tribunal de arbitraje inversionista-Estado. Si eligen presentar su reclamación ante las cortes internas esta elección es “definitiva y exclusiva”, por lo que “el inversionista no podrá posteriormente someter una reclamación a arbitraje conforme a la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado)”.¹⁰²⁴

Por lo que se refiere a la expropiación, el art. 9.8 del TPP incluye los dos tipos de expropiación (directa e indirecta o “medidas equivalentes a la expropiación”), siguiendo la formulación de los AII-post 1990 sin ningún cambio sustancial.¹⁰²⁵ El Anexo 9-B incluye algunas notas aclaratorias al respecto, que lejos de proteger el derecho a restringir esta protección la refuerzan. El párrafo 3 (a) dispone que la consideración de si los actos de una Parte constituyen una expropiación deberá tomar en cuenta: i) el impacto económico del acto gubernamental; ii) *la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión*; iii) el carácter de la acción gubernamental.¹⁰²⁶

Lo anterior muestra que para el CPTPP el impacto económico sobre la inversión, así como las expectativas legítimas de inversión siguen teniendo un lugar predominante al analizar las medidas. El tratado ni siquiera pone un límite básico para la existencia de una expropiación indirecta, por ejemplo, ni siquiera establece que la medida sea permanente y afecte al proyecto de inversión en su totalidad (y no sólo algunas formas o elementos del proyecto).

Al igual que en otras disposiciones, las condiciones no son iguales para todos los estados Parte. Singapur y Vietnam introdujeron algunos elementos propios a los casos de expropiación directa de tierras. Por ejemplo, Singapur establece que el pago de la indemnización será conforme a su legislación nacional aplicable (la Ley de Adquisición de Tierra, Capítulo 152); y Vietnam establece que tanto el propósito como la indemnización deben ser conforme a su legislación nacional aplicable (Ley de Tierra, Ley No. 45/2013/QH13 y el Decreto 44/2014/ND-CP que regula los precios de la tierra).

Respecto al estándar de trato justo y equitativo, el CPTPP hace una combinación de las distintas opciones sugeridas por UNCTAD en su artículo 9.6. Por un lado, vincula el FET con el derecho internacional consuetudinario, requiriendo que se pruebe la existencia de los dos elementos de la costumbre internacional: la práctica general y el sentido de una obligación.¹⁰²⁷ Ello limitaría la creatividad de los Tribunales para aplicar conceptos nuevos en favor de los inversionistas, tal como hicieron con las “expectativas legítimas”. Por otro lado, se aclara que el FET incluye “la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o

¹⁰²⁴ Anexo 9-J del CPTPP.

¹⁰²⁵ Art. 9.8.1 del CPTPP.

¹⁰²⁶ Anexo 9-B, párr. 3 (a) del CPTPP.

¹⁰²⁷ Anexo 9-A del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”.

El CPTPP restringe el uso de las “expectativas legítimas” para determinar que la conducta de una Parte viola el FET:

*“Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte adopte u omite adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta”.*¹⁰²⁸

Una aclaración similar se hace respecto a los subsidios:

*“el simple hecho de que no se otorgue, renueve o mantenga un subsidio o donación, o que estos hayan sido modificados o reducidos por una Parte, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta”.*¹⁰²⁹

En mi opinión, ambas aclaraciones son muy positivas para la reforma del DIIE. Aunque no se elimina el FET por completo, sí parece limitarse su alcance de manera sustancial.

Finalmente, por lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento con alguna disposición del capítulo de inversiones, el art. 9.29 del CPTPP determina que un Tribunal sólo puede ordenar:

- a) el pago de daños pecuniarios y los intereses correspondientes; y
- b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.

El CPTPP también prohíbe a los tribunales ordenar pagos de daños que tengan carácter punitivo.¹⁰³⁰

Esta disposición da un paso tímido para limitar las consecuencias económicas de los Laudos. Es tímido porque un Tribunal no puede otorgar daños consecuenciales, pero tampoco está impedido a otorgar indemnizaciones *totales*. Además, tampoco permite tomar en cuenta cuestiones como el nivel de desarrollo del Estado receptor, el derecho interno, el objetivo ambiental de la medida o los impactos en los ecosistemas derivados de las operaciones de la inversión al determinar la indemnización que se ha de pagar.

5.2.3. Canalización de inversiones para el desarrollo sostenible

El Capítulo 9 sobre inversiones no incluye ningún tipo de priorización de inversiones que favorezcan los ODS o las inversiones en la conservación o restauración de ecosistemas. Sin embargo, el capítulo 20 sobre medio ambiente

¹⁰²⁸ Art. 9.6.4 del CPTPP.

¹⁰²⁹ Art. 9.6.5 del CPTPP.

¹⁰³⁰ Art. 9.29.6 del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

cuenta con algunas disposiciones orientadas a eliminar incentivos o subvenciones que tienen efectos perversos sobre el medio ambiente, por ejemplo, en materia de pesca de captura marina.¹⁰³¹

La definición de inversión no incluye ningún criterio de sostenibilidad, de impacto sobre el medio ambiente y la sociedad, ni tampoco de contribución al desarrollo económico de la Parte donde opera la inversión extranjera. Sí incluye un requisito de legalidad, pero sólo para aquellas inversiones que tengan la forma de "(g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con el ordenamiento jurídico de la Parte".¹⁰³²

De igual forma, la definición de inversionista no cuenta con ningún criterio de sostenibilidad.¹⁰³³ A diferencia del CETA que excluye las sucursales de la definición de inversionista protegido, en el CPTPP si se incluyen. Se entiende que esa empresa es de una Parte cuando se ha constituido u organizado conforme al ordenamiento jurídico de una parte, o *uno sucursal ubicada en el territorio de una Parte y que desempeña actividades comerciales en el mismo*.

Ninguna de estas definiciones permiten discriminar entre una inversión/un inversionista que promueve el desarrollo sostenible de otro que no a efectos de gozar de las protecciones del AII. No obstante, existe la posibilidad de que las Partes incluyan en su derecho interno algunos criterios de sostenibilidad en sus normas de derecho corporativo, sobre todo las que se relacionan con la incorporación de las empresas, las responsabilidades de los directivos, requisitos mínimos de los estatutos, gobernanza interna de las empresas, etc. Si los Estados incorporaran criterios de sostenibilidad en estas áreas del derecho, las empresas tendrían que cumplirlos como un requisito para beneficiarse del CPTPP, ya que este sí requiere que las empresas se constituyan u organicen *conforme al derecho interno* de la Parte para cumplir con los requisitos de inversionista y, por tanto, estar dentro del ámbito personal de aplicación del CPTPP.

El capítulo específico de inversiones no incluye ninguna actividad que pueda catalizar la inversión privada hacia los ODS. No obstante, los capítulos 20 sobre medio ambiente y 26 sobre desarrollo sí establecen algunas declaraciones de intenciones de cooperar en diversas áreas relevantes para el desarrollo ecológico. Algunas áreas de cooperación entre las Partes son:

1. **Protección de la capa de ozono**, a través de: intercambio de información sobre alternativas ambientalmente amigables a las sustancias que agotan el ozono; las

¹⁰³¹ Art. 20.16.5 del CPTPP.

¹⁰³² (lo resaltado es añadido)

¹⁰³³ El Art. 9.1 define un "inversionista de una Parte" como "un nacional o una empresa de una Parte, que pretende realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte". Una empresa es "cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro, y sea de propiedad o control privado o gubernamental, incluidas cualquier sociedad, fideicomiso, participación, empresa de propietario único, empresa conjunta, asociación u organización similar." Art. 1.3 del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

prácticas, políticas y programas para la gestión de refrigerantes; metodologías para la medición del ozono estratosférico; y el combate del comercio ilegal de sustancias que agotan el ozono.¹⁰³⁴

2. **Protección del medio marino de la contaminación por buques**, a través del desarrollo de tecnologías para minimizar desechos generados por los buques; adecuación de las instalaciones portuarias para recepción de desechos; entre otros.¹⁰³⁵
3. **Diversidad biológica**, a través del intercambio de información y experiencias sobre la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, la protección y preservación de los ecosistemas, y el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios derivados de su utilización.¹⁰³⁶
4. **Especies exóticas invasoras**, a través del intercambio de información sobre el movimiento, prevención, detección, control y erradicación de especies exóticas invasoras, con miras a mejorar los esfuerzos para evaluar y abordar los riesgos e impactos adversos de las especies exóticas invasoras.¹⁰³⁷
5. **Transición a una economía resiliente y baja en emisiones**, a través del intercambio de información, así como de la participación en actividades de cooperación y de creación de capacidades relacionadas con la eficiencia energética, el desarrollo de tecnologías costo-efectivas bajas en emisiones y fuentes alternativas de energía, limpia y renovable, el transporte sostenible, el desarrollo de infraestructura urbana sostenible, la deforestación y degradación de los bosques, el monitoreo de emisiones, los mecanismos de mercado y de no mercado.¹⁰³⁸
6. **Pesca de captura marina**, a través de procesos de acciones individuales de las Partes, por ejemplo, la operación de sistemas de manejo pesquero que regule la pesca de captura marina y la implementación de medidas de conservación y manejo de especies marinas, así como de acciones colectivas, por ejemplo, la prohibición de subvenciones específicas y la conducción de procesos de consulta y revisión inter-Estatales relacionados con subvenciones no prohibidas establecimiento de consulta entre las Partes.¹⁰³⁹
7. **Conservación de flora y fauna silvestres**, a través del intercambio de información sobre el combate y el comercio ilegales de fauna y floras silvestres; el desarrollo de actividades conjuntas como foros regionales e internacionales relacionados con el comercio internacional de flora y fauna silvestres; la adopción de medidas para proteger y conservar la fauna y flora silvestre en su territorio, así como medidas para combatir, investigar y sancionar el comercio ilegal de especies de flora y fauna silvestres.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁴ Art. 20.5 del CPTPP.

¹⁰³⁵ Art. 20.6 del CPTPP.

¹⁰³⁶ Art. 20.13 del CPTPP.

¹⁰³⁷ Art. 20.14 del CPTPP.

¹⁰³⁸ Art. 20.15 del CPTPP.

¹⁰³⁹ Art. 20.16 del CPTPP.

¹⁰⁴⁰ Art. 20.17 del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

8. **Bienes y servicios ambientales**, a través del posible desarrollo de proyectos de cooperación bilateral y plurilateral para abordar desafíos ambientales globales relacionados con el comercio, actuales y futuros.¹⁰⁴¹
9. **Mujeres y crecimiento económico**, a través de intercambio de información y experiencias sobre programas orientados a ayudar a las mujeres a desarrollar sus habilidades y capacidades, y mejorar su acceso a los mercados, la tecnología y el financiamiento, el desarrollo de redes de liderazgo de mujeres, y la identificación de mejores prácticas relacionadas con la flexibilidad laboral.¹⁰⁴²

El lenguaje utilizado en estas disposiciones aluden a un “reconocimiento” de la importancia de cooperar en dichas áreas y una “declaración de intención” de hacerlo, pero sin adquirir compromisos concretos.

Los únicos casos donde es posible identificar un lenguaje ligeramente más específico y orientado a la acción son la pesca de captura marina¹⁰⁴³ y la facilitación de actividades conjuntas para el desarrollo. En este último respecto, el CPTPP establece que las Partes *procurarán facilitar* actividades conjuntas entre instituciones gubernamentales, privadas y multilaterales pertinentes para que los beneficios derivados del tratado permitan avanzar con mayor efectividad hacia los objetivos de desarrollo de cada parte. Estas actividades podrán incluir

- (a) “discusión entre las Partes para promover, según sea apropiado, la alineación de los programas de asistencia y financiamiento al desarrollo de las Partes con prioridades nacionales de desarrollo”;
- (b) “consideración de maneras para ampliar la participación en ciencia, tecnología e investigación para promover la aplicación de usos innovadores de la ciencia y la tecnología, promover el desarrollo y desarrollar capacidades”;
- (c) “*Facilitación de alianzas entre el sector público y privado que permitan a las empresas privadas, incluidas las PYMEs, llevar su experiencia y recursos a asociaciones cooperativas con agencias gubernamentales en apoyo a los objetivos de desarrollo; y*”
- (d) “*participación del sector privado, incluyendo organizaciones filantrópicas y empresas, y organizaciones no gubernamentales en actividades de apoyo al desarrollo*”.

En resumen, el CPTPP hace un amplio reconocimiento de las necesidades de cooperación para catalizar las inversiones en el desarrollo ecológico, aunque parece carecer de obligatoriedad y de métodos de implementación.

Finalmente, el CPTPP define las relaciones entre las distintas áreas incluyendo especificaciones concretas en cada capítulo sobre su relación con otros capítulos del mismo tratado. El capítulo de inversiones establece que en caso de incompatibilidad con otro capítulo, el otro capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad. Esto quiere decir que, si hubiera una discrepancia entre el capítulo de medio ambiente y el de inversiones, el de medio ambiente prevalecería.

¹⁰⁴¹ Art. 20.18 del CPTPP.

¹⁰⁴² Art. 23.4 del CPTPP.

¹⁰⁴³ Art. 20.16 del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

En consecuencia, el CPTPP da un paso importante en la dirección correcta, pero el alcance o el impacto de esta disposición es aun incierta.

Por lo que se refiere a la igualdad de mecanismos de cumplimiento o ejecución de las disposiciones de inversiones y las de medio ambiente, el CPTPP tiene el arbitraje inversionista-Estado para las inversiones que puede dar lugar a laudos con sanciones concretas y ejecutables.¹⁰⁴⁴

Por su parte, las diferencias surgidas por el incumplimiento con las disposiciones relacionadas con el medio ambiente pueden ser sometida a: 1) consultas ambientales, conforme al Art. 20.20; 2) consultas de representantes de alto nivel, conforme al Art. 20.21; 3) consultas ministeriales, conforme al Art. 20.22; 4) consultas conforme al Art. 28.5; o 5) el establecimiento de un grupo especial de expertos, conforme al Art. 28.7 para que evalúe las reclamaciones y emita recomendaciones. En caso de incumplimiento con las recomendaciones, la Parte reclamante podrá suspender beneficios del CPTPP a la Parte reclamada, siguiendo los criterios sobre los beneficios que se podrán suspender, el procedimiento para suspenderlos, el período y la conclusión de la suspensión.¹⁰⁴⁵ Para poder a esto, hay que agotar todos los procedimientos de consulta previamente mencionados, lo que vuelve el procedimiento largo, politizado y oneroso.

En caso de discrepancia entre el capítulo 23 sobre el desarrollo con otro capítulo, el otro capítulo prevalece. El capítulo 23 no cuenta con ningún mecanismo de solución de controversias y las Partes no puede acceder a los mecanismos descritos en el capítulo 28 sobre solución de controversias para resolver ningún asunto relacionado con el desarrollo, lo que confirma la ausencia de compromisos para catalizar las inversiones para el desarrollo sostenible.

Las relaciones entre el CPTPP y otros instrumentos de derecho internacional no están claras. Simplemente se establece que se buscará que sean compatibles y sinérgicos. El CPTPP no menciona los tratados de derechos humanos, más allá de los relacionados con el trabajo.¹⁰⁴⁶

Finalmente, por lo que se refiere a las relaciones del CPTPP con otros tratados de inversiones, el CPTPP no cuenta con una disposición que de por terminados los AII

¹⁰⁴⁴ El Art. 9.29 establece que "cada Parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio" y cuando el demandado no acate un Laudo definitivo, existen dos opciones para buscar la ejecución:

- 1) La vía inter-Estatal haciendo uso de los mecanismos institucionales del CPTPP, donde la Parte del demandante podrá solicitar que se establezca un grupo especial para determinar que el desacato de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones del CPTPP y haga una recomendación al demandado para que acate o cumpla el laudo;
- 2) La vía inversionista-Estado, donde el inversionista puede recurrir a la ejecución de un laudo arbitral de conformidad con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana, independientemente de que se hayan iniciado o no procedimientos inter-Estatales.

¹⁰⁴⁵ Art. 28.20 y 28.21 del CPTPP.

¹⁰⁴⁶ Capítulo 19 del CPTPP.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

bilaterales pre-existentes entre las Partes, lo que añade más complejidad al DIIE pues este tratado co-existe con los AII de vieja generación. No obstante, algunos Estados han alcanzado “acuerdos paralelos” para dar por terminado algún AII concreto que se superponga al CPTPP.¹⁰⁴⁷

En resumen, el CPTPP no parece un acuerdo que tenga por objetivo promover o acelerar el desarrollo sostenible, ya que no se observa ni en el objetivo ni hay principios ambientales orientadores. Tampoco pretende regular la inversión extranjera, sino profundizar la liberalización. Por ello, los capítulos que incluyen disposiciones relacionadas con la regulación en el derecho interno, en realidad, lo que intentan es regular la conducta de los Estados en relación con las inversiones y el comercio, pero no de las empresas transnacionales.

La exclusión de ciertos sectores contaminantes del alcance del tratado se puede lograr si cada país lo desea, a través de reservas. Sin embargo, los países dependientes de la inversión extranjera en ciertos sectores primarios o secundarios difícilmente excluyen sectores de gran importancia para su economía. Según se observa en el CPTPP, si la mayoría de los países negociadores deciden establecer reglas menos pro-inversionistas en ciertos aspectos, los Estados cuyas economías cuentan con actividad importantes en ese sector puede establecer reglas más pro-inversionistas a través de sus reservas. Así sucede en el caso de Perú con la minería, donde el CPTPP no tiene disposiciones para proteger contratos con cláusulas de estabilización del derecho interno, pero Perú expresamente los protege. Por otro lado, las Partes también pueden incluir algunas restricciones extra a alguna protección, si lo desean, como hizo Singapur excluyendo medidas relacionadas con la tierra de la expropiación indirecta y requiriendo que la determinación de la indemnización relacionada con una expropiación directa esté basada en su derecho interno.

Esta flexibilidad es muy positiva para los Estados, al momento de negociar el tratado. Sin embargo, una vez firmado, también podría dejar a los países atrapados en una industria contaminante. Si el Perú deseara transitar del sector primario (minería) al sector terciario, tendría que pagar compensaciones muy altas a las empresas extranjeras que actualmente operan en el sector de la minería, lo que haría más difícil y costosa la transición. En mi opinión, esta flexibilidad es

¹⁰⁴⁷ Acuerdo Paralelo por el que se da por terminado parcialmente el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Australia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y su Protocolo, firmado en la Ciudad de México el 23 de agosto de 2005. Ver: Intercambio de Cartas Ministeriales entre Australia y México, donde ambos Ministros aclaran que la fecha de terminación del AII bilateral es la fecha de entrada en vigor del CPTPP; y que el AII seguirá aplicándose por un período de tres años después de su fecha de terminación. Carta del Secretario Idelfonso Guajardo Villarral, Secretario de Comercio de México, dirigida al Hon Steven Ciobo MP, Ministro de Comercio, Turismo e Inversión, Canberra Australia (8 marzo 2018) <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/314880/3._MX-AU_IPPA_Termination_SPA.pdf>; y Carta del Hon Steven Ciobo MP, Ministro de Comercio, Turismo e Inversión dirigida al Hon. Idelfonso Guajardo Villarreal, Secretario de Economía de México (8 marzo de 2018) <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/314878/3._AU-MX_IPPA_Termination_SPA.pdf>.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

positiva en la medida en que los AII sean negociados con total transparencia, participación pública y en consonancia con los compromisos internacionales ambientales y de derechos humanos para asegurar que el contenido de las reservas sea el más favorable al desarrollo sostenible y no sólo a los intereses de las élites que tienen influencia en los negociadores de los AII.

Finalmente, el CPTPP sí incluye actividades relacionadas con la cooperación en materia de medio ambiente, que se valoran muy positivamente. Hace falta sin embargo dotar de medios de implementación y ejecutoriedad a esos compromisos para que sean efectivos en la canalización de inversiones que ayuden a financiar el desarrollo sostenible.

5.3. T-MEC

El T-MEC fue firmado *ad referendum* el 30 de noviembre de 2018, sin embargo, el Congreso de EEUU rechazó el acuerdo, obligando a la re-negociación de algunas disposiciones. Se firmó un Protocolo modificadorio al tratado el 10 de diciembre de 2019, que forma parte integral del T-MEC, mismo que entró en vigor el 1 de julio de 2020.¹⁰⁴⁸

El T-MEC cuenta con 24 Capítulos, numerosos anexos, un Protocolo modificadorio al Tratado entre México, los EEUU y Canadá, varios instrumentos bilaterales México-EEUU, y un Acuerdo en materia de cooperación ambiental EEUU-Canadá. Se trata de un acuerdo complejo debido a que, dentro del acuerdo y en el marco del mismo, hay compromisos que obligan sólo a dos Partes y no a las tres, creando obligaciones diferenciadas para cada Parte.

No se observa que el desarrollo sostenible sea un objetivo central del T-MEC, ni se observan principios internacionales ambientales que guíen la implementación e interpretación del acuerdo.

5.3.1. Regulación de la inversión extranjera

El preámbulo reconoce los derechos de las Partes para regular y su determinación a preservar la flexibilidad para establecer prioridades legislativas y regulatorias, y proteger objetivos legítimos de bienestar público, entre ellos, la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos.¹⁰⁴⁹ Asimismo, se menciona un compromiso de *promover* altos niveles de protección al medio ambiente, incluso mediante la aplicación efectiva de las leyes ambientales de cada una de las Partes, así como del mejoramiento en la cooperación ambiental.

El T-MEC no regula directamente a las empresas o inversionistas extranjeros, puesto que no incluye ninguna obligación, norma de conducta o referencia a la

¹⁰⁴⁸ Ver: "USMCA: Agreement reached on NAFTA trade deal replacement" (10 December 2019) *BBC News* < <https://www.bbc.com/news/business-50733120>>.

¹⁰⁴⁹ Preámbulo y Art. 14.16 del T-MEC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

responsabilidad de las empresas de cuidar el medio ambiente o de responder por los daños ambientales derivados de sus operaciones o transacciones. Las Partes únicamente se comprometen a *alentar* a las empresas a adoptar e implementar mejores prácticas de RSE,¹⁰⁵⁰ así como el uso de mecanismos *flexibles y voluntarios* para la protección del medio ambiente.¹⁰⁵¹ En consecuencia, se mantiene el modelo neoliberal de desregulación, al nivel internacional.

Por lo que se refiere a la regulación ambiental a través del derecho interno está previsto en el capítulo 24 sobre medio ambiente (en términos generales y no dirigido a la regulación de la inversión extranjera), cuyo objetivo incluye la promoción de altos niveles de protección ambiental y una aplicación efectiva de las leyes ambientales.¹⁰⁵² Algunos compromisos incluyen:

- *procurar* asegurar que sus leyes provean y alienten altos niveles de protección ambiental;¹⁰⁵³
- *no dejar de aplicar sus leyes*, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes;¹⁰⁵⁴
- mantener procedimientos adecuados de EIA de los proyectos propuestos que estén sujetos a una acción del nivel *central* del gobierno de esa Parte, y a asegurar la divulgación de información y la participación del público, de conformidad con su ordenamiento jurídico.¹⁰⁵⁵

No se prevén normas más precisas sobre las obligaciones de los Estados de regular las inversiones o sus actividades, a excepción de algunas disposiciones relacionadas con la pesca ilegal no declarada y no reportada¹⁰⁵⁶ y la conservación de especies marinas.¹⁰⁵⁷ El T-MEC no hace ninguna referencia al cambio climático.

En resumen, el T-MEC mantiene un enfoque de liberalización e internacionalización de las inversiones, aunque con una consideración especial hacia el medio ambiente.

¹⁰⁵⁰ Art. 24.13 y Art. 14.17 del T-MEC.

¹⁰⁵¹ Art. 24.14 del T-MEC.

¹⁰⁵² Art. 24.2 del T-MEC.

¹⁰⁵³ Art. 24.3 del T-MEC.

¹⁰⁵⁴ Se aclara que “un “curso de acción o inacción” es “en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes” si el curso involucra: (i) a una persona o una industria que produce una mercancía o suministra un servicio comercializado entre las Partes o tiene una inversión en el territorio de la Parte que ha incumplido con esta obligación; o (ii) a una persona o una industria que produce una mercancía o suministra un servicio que compite en el territorio de una Parte con una mercancía o un servicio de otra Parte.” Art. 24.4 y nota a pie de página no. 4 del T-MEC.

¹⁰⁵⁵ Art. 24.7 del T-MEC.

¹⁰⁵⁶ Art. 24.18, Art. 24.20 y Art. 24.21 del T-MEC.

¹⁰⁵⁷ Art. 24.19 del T-MEC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

5.3.2. Cláusula sobre el derecho aplicable a las controversias de inversiones

En caso de surgir una diferencia entre un inversionista extranjero y México o EEUU relacionada con el capítulo de inversiones del T-MEC, ésta se debe resolver únicamente en aplicación del T-MEC y las normas de derecho internacional que puedan resultar aplicables.¹⁰⁵⁸ No se prevé una aplicación concurrente del derecho internacional y el derecho interno.

5.3.3. Corrección de la liberalización e internacionalización de la inversión extranjera

El T-MEC incluye una cláusula paraguas en el Anexo 14-E, puesto que extienden la protección del tratado y, particularmente, del arbitraje inversionista-Estado a asuntos relacionados específicamente con contratos de inversiones.¹⁰⁵⁹ La cláusula paraguas está reforzada con una disposición que preserva los derechos del inversionista que sea parte en un contrato de gobierno, incluso después de su terminación:

*"30. Para los efectos del párrafo 2, si un contrato de gobierno cubierto se da por terminado de manera incompatible con una obligación conforme a este Capítulo, la demandante o la empresa que haya sido previamente parte en el contrato se considerará como si continuara siendo parte por la duración del contrato, como si éste no hubiera sido terminado."*¹⁰⁶⁰

La cláusula paraguas aplica a los siguientes sectores:

- Actividades con respecto a petróleo y gas natural;
- Suministro de servicios de generación de energía al público;
- Suministro de servicios de telecomunicación al público;
- Suministro de servicios de transporte al público; y
- La propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales, que no sean para el uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno.¹⁰⁶¹

Es pronto para conocer los impactos que este Anexo tendrá sobre los esfuerzos de México o EEUU para la descarbonización de sus economías y la consecución de los

¹⁰⁵⁸ Art. 14.D.9 del T-MEC.

¹⁰⁵⁹ El inversionista -como persona física o empresa- que sea parte de un contrato de gobierno cubierto, esté involucrado en actividades en el mismo sector cubierto en el territorio de la demandada como la demandante y sea parte en un contrato de gobierno cubierto, o esté involucrada en actividades en el mismo sector cubierto en el territorio de la demandada como otra empresa de la demandada que sea propiedad de la demandante o esté bajo su control directo o indirecto y que sea parte de un contrato de gobierno cubierto, podrá presentar una reclamación de arbitraje inversionista-Estado conforme al Anexo 14-D.

¹⁰⁶⁰ Anexo 14-E, párr. 3 del T-MEC.

¹⁰⁶¹ Anexo 14-E, párr. 6(b) del T-MEC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

objetivos del Acuerdo de París. Las protecciones contenidas en este Anexo se podrían traducir en que, si un Estado soberano deseara terminar un contrato relacionado con exploración, extracción, refinación, transporte, distribución o venta de petróleo y gas natural, o de generación de energía, para reducir sus emisiones de GEI, tendrá que pagar a la empresa las expectativas de ganancia del inversionista calculadas para la totalidad de la duración del contrato.¹⁰⁶² Esto podría aumentar los costos de la acción climática y tendría el efecto perverso de transferir los costos de la contaminación de las empresas a los contribuyentes.

El consentimiento al arbitraje es otro de los puntos complejos y criticables del T-MEC. El T-MEC cuenta con tres anexos distintos relacionados con el consentimiento al arbitraje inversionista-Estado. El Anexo 14-C que aplica a los tres países Parte: EEUU, México y Canadá, que prevé la transición para reclamaciones de inversiones existentes y reclamaciones pendientes bajo el TLCAN durante tres años después de su terminación. En este caso, las tres partes extienden el consentimiento al arbitraje expresado en el TLCAN por el período indicado.

El Anexo 14-D, sólo aplica a México y Estados Unidos para reclamaciones basadas en el capítulo de inversiones y el Anexo 14-E entre las mismas partes para reclamaciones relacionadas con un contrato de inversión. En estos casos, el consentimiento de los Estados al arbitraje sigue el modelo neoliberal de *consent without privity*, ya que no hay necesidad de que haya un consentimiento mutuo o recíproco de someterse cualquier diferencia a arbitraje.¹⁰⁶³ El inversionista únicamente está obligado a presentar su consentimiento al arbitraje al presentar la reclamación.

El consentimiento del Estado tiene algunas condiciones y restricciones procesales, materiales y sustantivas. Las procesales se refieren al uso de recursos internos. Las materiales se refieren a la exclusión de la definición de inversión de: i) una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa; ii) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales.¹⁰⁶⁴ Y las restricciones sustantivas se refieren a que el Anexo 14-D no extiende el consentimiento al arbitraje a todas las protecciones previstas en el capítulo de inversiones, sino solamente a algunas cuantas. Únicamente abarca: 1) el trato nacional; 2) el trato de nación más favorecida; y 3) la expropiación indirecta.¹⁰⁶⁵ Quedan excluidas todas las demás disposiciones, entre ellas, el trato justo y equitativo o nivel mínimo de trato, y también se excluyen reclamaciones sobre el

¹⁰⁶² Esto es particularmente sensible en el caso mexicano, que firmó varios contratos en el sector de los hidrocarburos luego de la reforma energética de 2014. Actualmente, ya hay dos casos relacionados con los contratos en el sector de los hidrocarburos, pero aún se basa en el TLCAN y no en el T-MEC: *Alicia Grace et. al. v. United Mexican States*, Case No. UNCT/18/4; *PACC Offshore Services Holding LTD v. the United Mexican States*, Case No. UNCT/18/5.

¹⁰⁶³ Art. 14.D.4 del T-MEC.

¹⁰⁶⁴ Art. 14.1 del T-MEC.

¹⁰⁶⁵ Anexo 14-D, Art. 14.D.3 y 14.D.4 del T-MEC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

establecimiento o adquisición de una inversión.¹⁰⁶⁶ Asimismo, se prohíbe que se use el estándar del trato de nación más favorecida para importar beneficios de otro tratado al T-MEC.

El Anexo también toma algunas precauciones relacionadas con el alcance personal del consentimiento al arbitraje. Define a la “demandante” como “un inversionista de una Parte del Anexo, que sea parte en una controversia de inversión calificada, con exclusión de un inversionista que sea propiedad o esté controlado por una persona de una no Parte del Anexo (...)”.¹⁰⁶⁷ En otras palabras, se intenta prevenir que inversionistas canadienses (o de terceros países) intenten acceder al arbitraje haciendo uso de complejas estructuras corporativas.

Es importante resaltar que las Partes del T-MEC también se reservan el derecho a negar los beneficios del tratado a inversionistas cuando la inversión sea propiedad de o se encuentre bajo el control de un país que no es Parte, o si no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio del Estado anfitrión.¹⁰⁶⁸ En resumen, se previene que nacionales o empresas nacionales intenten iniciar un arbitraje contra su propio gobierno, a través de empresas ficticias establecidas de conformidad con el derecho de otra Parte con el mero objetivo de beneficiarse de las protecciones del tratado.

Todas estas características propias del T-MEC son valiosas para restringir el abuso del arbitraje inversionista-Estado, pero no corrigen el consentimiento abierto que debería permitir a los Estados demandar a las empresas por los daños que ocasionen en sus territorios derivados de su inversión en el país anfitrión.

En relación con el agotamiento de los recursos internos, el Anexo 14-D del T-MEC no obliga a los inversionistas a agotarlos antes de acceder al arbitraje inversionista-Estado, pero sí los obliga a iniciar un procedimiento ante los tribunales administrativos o judiciales competentes con respecto a las medidas presuntamente violatorias del T-MEC. Sólo si el inversionista no ha obtenido una decisión final transcurridos 30 meses desde la fecha en que inició el procedimiento, se puede presentar una reclamación de arbitraje inversionista-Estado.¹⁰⁶⁹

También se establece un período de prescripción para la presentación de la reclamación. Transcurridos más de cuatro años desde la fecha en que la demandante tuvo conocimiento por primera vez, o debería haber tenido conocimiento por primera vez, de la presunta violación al T-MEC, el inversionista ya no puede presentar una reclamación conforme a dicho tratado.

¹⁰⁶⁶ Anexo 14-D, Artículo 14.D.3 del T-MEC.

¹⁰⁶⁷ Art. 14.D.1 del T-MEC.

¹⁰⁶⁸ Art. 14.14 del T-MEC.

¹⁰⁶⁹ Art. 14.D.5.1 del T-MEC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

El art. 14.8 consagra la protección relativa a la expropiación indirecta siguiendo el modelo neoliberal. La determinación de si una medida o serie de medidas constituyen una expropiación debe considerarse:

1. el impacto económico del acto gubernamental sobre la inversión;
2. la medida en que el acto gubernamental interfiere con expectativas inequívocas y razonables respaldadas por la inversión; y
3. el carácter del acto gubernamental, incluidos su objeto, contexto o intención.¹⁰⁷⁰

También se establece que:

“Las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas salvo en circunstancias excepcionales.”¹⁰⁷¹

No se da ninguna orientación sobre qué se consideran circunstancias excepcionales, por lo que la efectividad de esta excepción a la expropiación indirecta es incierta.

El T-MEC incluye en su art. 14.6 el estándar de Nivel Mínimo de Trato, el cual abarca tanto el FET como la protección y seguridad plenas.¹⁰⁷² Se hace la aclaración de que el FET no requiere un nivel de trato superior al que establece el derecho internacional consuetudinario y tampoco crea derechos sustantivos adicionales.¹⁰⁷³ Con ello, el T-MEC previene que se creen nuevos estándares como se hizo con las “expectativas legítimas” y *explícitamente* establece que el hecho de que una Parte tome u omita tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista no constituye una violación al nivel mínimo de trato.¹⁰⁷⁴ Asimismo, dispone que el FET incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos judiciales penales, civiles o contenciosos administrativos de acuerdo con el debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.¹⁰⁷⁵ Finalmente, también prohíbe que se considere que hay una violación a esta disposición por el hecho de que se ha violado otra disposición del tratado.¹⁰⁷⁶

Se podría decir que el FET se restringe en buena medida, pero además se convierte en una disposición orientadora, que en una protección fuerte al inversionista, al excluir este estándar del arbitraje inversionista-Estado.

¹⁰⁷⁰ T-MEC, Anexo 14-B.

¹⁰⁷¹ T-MEC, Anexo 14-B.

¹⁰⁷² T-MEC, Art. 14.6.1.

¹⁰⁷³ T-MEC, Art. 14.6.2.

¹⁰⁷⁴ Art. 14.6.4 del T-MEC.

¹⁰⁷⁵ Art. 14.6.2 (a) del T-MEC.

¹⁰⁷⁶ Art. 14.6.3 del T-MEC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Finalmente, en relación con las consecuencias del incumplimiento con las disposiciones del capítulo de inversiones del T-MEC, se dispone que el Tribunal únicamente puede otorgar daños monetarios e intereses o restitución de la propiedad.¹⁰⁷⁷ En este sentido, se incluye una nota aclaratoria en que explícitamente se prohíbe al Tribunal ordenar al Estado la adopción de acciones, tales como enmendar, adoptar o implementar una ley o regulación.¹⁰⁷⁸ Asimismo, establece que las pérdidas y daños no deben ser inherentemente especulativos y deben basarse sobre una evidencia satisfactoria.¹⁰⁷⁹ No se define una técnica de valoración del daño, ni se establece un tope máximo para la indemnización (e.j. el monto de la inversión).

Esta disposición pretende evitar el abuso del sistema como una oportunidad de negocio; y prevenir que los inversionistas busquen indemnizaciones por la pérdida de oportunidades de negocio cuya rentabilidad no está comprobada.¹⁰⁸⁰

Hasta ahora, se puede concluir que el T-MEC incluye algunas características innovadoras (por ejemplo, excluir el FET del arbitraje y requerir el uso de recursos internos). Sin embargo, la ampliación de la protección del tratado a los contratos, la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas en la consideración de la existencia de una expropiación indirecta o el consentimiento abierto al arbitraje por parte del Estado anfitrión muestran que, predominantemente, el T-MEC mantiene el neoliberalismo en su ADN.

5.3.3. Canalización de inversiones para el desarrollo ecológico

El T-MEC tiene pocas referencias al desarrollo sostenible en el preámbulo y evita toda mención al cambio climático, la resiliencia o las energías renovables. El capítulo de inversión no establece ningún objetivo de canalizar inversiones para el desarrollo sostenible de las Partes; y el capítulo sobre medio ambiente deja en claro que la ausencia de regulación o de una ejecución efectiva del derecho ambiental no debe afectar el comercio y la inversión,¹⁰⁸¹ por lo que se puede deducir que el T-MEC no pretende catalizar el desarrollo sostenible.

La definición de inversión en el T-MEC carece de criterios de sostenibilidad y, ni siquiera, incluye una referencia a la contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión.¹⁰⁸² También se observa la ausencia de requisitos de alinear las

¹⁰⁷⁷ Art. 14.D.13.1 del T-MEC.

¹⁰⁷⁸ Art. 14.D.13.1, nota a pie de página no. 27 del T-MEC.

¹⁰⁷⁹ Art. 14.D.13.2 del T-MEC.

¹⁰⁸⁰ B. SABAHY y L. HODER, "Certainty in Recovery of Damages for Losses...", cit., no. 373.

¹⁰⁸¹ Protocolo modificadorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, párr. 5.

¹⁰⁸² El T-MEC define una "inversión" como "todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo." Art. 14.1 del T-MEC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

inversiones con prioridades internacionales y nacionales ambientales, tales como las Contribuciones Nacionalmente Determinadas por las Partes en el contexto del Acuerdo de París.

La disposición de requisitos de desempeño prohíbe a las Partes

“condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo una ventaja, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta u otra forma de disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de una no Parte en su territorio, al cumplimiento de cualquier requisito:

- (a) para alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;*
- (b) para adquirir, utilizar u otorgar preferencia a una mercancía producida en su territorio, o adquirir una mercancía de una persona en su territorio;*
- (c) para relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones o con el monto de las entradas de divisas asociadas con la inversión;*
- (d) para restringir las ventas de mercancías o servicios en su territorio que tal inversión produce o suministra, relacionando de cualquier manera, dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;*
o
- (e) (i) adquirir, utilizar u otorgar preferencia a, en su territorio, tecnología de la Parte o de una persona de la Parte, o*
(ii) que impida la adquisición o uso de, o el otorgamiento de una preferencia a, en su territorio, una tecnología.”

Estas disposiciones bloquean medidas encaminadas a activar las economías locales, establecer restricciones por motivos ambientales, condicionar beneficios al cumplimiento con objetivos ambientales o sociales.

Por lo que se refiere a la definición de inversionista, el T-MEC incluye una definición muy amplia que se extiende a un nacional o una empresa de una Parte, que *pretende realizar*, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte.¹⁰⁸³ Es decir, se protege al inversionista incluso antes de hacer una inversión. Además, se observa la ausencia de criterios de sostenibilidad en las definiciones de empresa e inversión protegida. La definición únicamente se refiere al derecho interno en el sentido de que la empresa esté “constituida y organizada”, pero no lo extiende el cumplimiento con el derecho interno a las operaciones, transacciones, cierre y disolución de la misma, por lo que no hay un verdadero requisito de legalidad de las inversiones para beneficiarse del tratado.

En relación con actividades para acelerar el flujo de inversiones privadas hacia los ODS, el capítulo de medio ambiente incluye múltiples referencias a la celebración de actividades de cooperación entre las Partes para mejorar la protección

¹⁰⁸³ Art. 14.1 del T-MEC.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

ambiental, *en la medida en que esta sea relevante para la liberalización del comercio y la inversión*. Principalmente, las actividades de cooperación se refieren al intercambio de información e intercambio de experiencias.

Al igual que el CPTPP, se prohíben algunas subvenciones a la pesca con el fin de prevenir la sobrepesca y sobrecapacidad, siendo esta es una de las características del T-MEC más relevantes para el desarrollo sostenible.¹⁰⁸⁴ El capítulo de medio ambiente sigue la misma estructura, características y materias que el CPTPP, a excepción del tema del cambio climático que está excluido por completo del T-MEC.

Finalmente, por lo que se refiere a la desfragmentación del derecho internacional, el Protocolo modificadorio del Tratado establece que en caso de cualquier incompatibilidad entre el T-MEC y las obligaciones de las Partes en una lista concreta de acuerdos multilaterales ambientales, se debe entender que el T-MEC no impide a las Partes adoptar medidas para cumplir con sus compromisos ambientales, siempre y cuando, el propósito de la medida no sea imponer una restricción encubierta al comercio.¹⁰⁸⁵ En consecuencia, no se establece una prevalencia del derecho ambiental sobre el de medio ambiente, sino que solo se pretende reafirmar el derecho a regular y los compromisos internacionales ambientales.

Por lo que se refiere a las disposiciones sustantivas, el T-MEC trata cada capítulo como secciones separadas y poco interdependientes entre sí, por lo que, en mi opinión, la fragmentación del derecho internacional parece encapsulada en el tratado y su narrativa.

En relación con las medidas de soluciones de diferencias, el T-MEC prevé el mecanismo inversionista-Estado, que es ejecutable, para proteger las inversiones; sin embargo, en materia ambiental se incluyen múltiples procesos o niveles de consultas inter-Estatales, pero no hay mecanismos ejecutables de solución de diferencias.

En resumen, este tratado también mantiene un enfoque predominantemente neoliberal y, en mi opinión, profundiza incluso más las relaciones desiguales de poder que existen entre los estados Parte. La mayoría de las demandas que ha enfrentado Canadá son de inversionistas americanos bajo el TLCAN y varias de las demandas que ha enfrentado EEUU son de inversionistas canadienses. Son muy pocos los casos en que un inversionista mexicano ha iniciado reclamaciones de inversiones en contra de EEUU o de Canadá. Por tanto, no sorprende que Canadá y EEUU ya no consientan al arbitraje inversionista-Estado para las inversiones de uno de estos países en el territorio de otro de ellos. Sin embargo, EEUU sí se aseguró de que México consintiera al arbitraje de inversiones para sus nacionales

¹⁰⁸⁴ Art. 24.20 del T-MEC.

¹⁰⁸⁵ Protocolo modificadorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, párr. 1.

Capítulo 3. La reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

y especialmente en el sector de los hidrocarburos y las infraestructuras, con protecciones especialmente extensas que abarcan los contratos y que obligan al pago de todo lo que la empresa esperaba ganar al hacer su inversión. Así, aunque el consentimiento al arbitraje expresado por EEUU y México es, formalmente, recíproco en la práctica se trata de un ejercicio de poder de EEUU sobre México.

Además, la ausencia de menciones al cambio climático, de mecanismos para controlar incentivos perversos, de fórmulas de cooperación en materia fiscal, de disposiciones para la transferencia de tecnología, entre otros, revelan que el T-MEC no pretende promover el desarrollo sostenible, sino únicamente proteger el libre comercio y el capital.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

CAPÍTULO 4

Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del DIIE

En el capítulo dos expuse que para hacer frente a los retos del desarrollo sostenible es necesario corregir la liberalización y desregulación de la inversión extranjera, así como adoptar compromisos para catalizar inversiones clave para la mitigación y adaptación al cambio climático, la conservación y restauración de los ecosistemas y el bienestar social. En el capítulo tres demostré que los AII de nueva generación no están a la altura para alcanzar este objetivo y que, por el contrario, mantienen las características clave del modelo neoliberal con algunos arreglos de aparente bajo alcance.

El fracaso de los políticos en adoptar AII que habiliten un desarrollo sostenible y que regulen las actividades económicas y empresas transaccionales podría encontrar justificación en la ausencia de diálogos multiactores efectivos y en la exclusión de la sociedad civil en los diversos espacios de regulación de la inversión extranjera.

Una sociedad civil empoderada es un motor de cambio muy poderoso, tal como podemos observar en el ámbito de la protección ambiental. La sociedad civil se está movilizando cada vez más para exigir a los gobiernos la adopción de políticas ambientales más ambiciosas, haciendo uso de diversos mecanismos políticos y legales. El litigio climático en las jurisdicciones internas está emergiendo con fuerza, obligando a los países a adoptar políticas y objetivos más altos de descarbonización, a establecer mecanismos necesarios para cumplir con los compromisos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero establecidos en sus contribuciones nacionalmente determinadas (NDCs) en el marco del Acuerdo de París, o a tomar en cuenta el presupuesto de carbono al momento de valorar y/o aprobar proyectos de inversión en sectores altamente contaminantes.¹⁰⁸⁶ De igual forma, el litigio en materia de medio ambiente ha ido en aumento, buscando el reconocimiento de los derechos de la naturaleza¹⁰⁸⁷ o la

¹⁰⁸⁶ Ver: PNUMA, "El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global" (2017); PNUMA, "Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review" (2021); J. SETZER y C. HIGHMAN, "Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot" (July 2021) *Policy Report*

< https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf>.

¹⁰⁸⁷ Ver: AGNU, Resolución 75/220, "Armonía con la Naturaleza" (12 de diciembre de 2020); European Parliament, "Can nature get it right? A study on rights of nature in the European Context" (2021). Disponible en

<[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL_STU\(2021\)689328_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL_STU(2021)689328_EN.pdf)>. Algunas cortes están reconociendo los derechos de la naturaleza y de personas no-humanas. Ver: Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-622/16 (10 de noviembre de 2016) Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

protección de la integridad de los ecosistemas y de los servicios que proveen.¹⁰⁸⁸ En otras palabras, la sociedad civil empoderada está empujando las fronteras entre la política y el derecho, reduciendo la falta de compromiso de los dirigentes políticos en la adopción de medidas ambientales y forzando cambios sistémicos.

Los derechos procedimentales ambientales han jugado un rol central en el empoderamiento de la sociedad civil.¹⁰⁸⁹ Por ello, en este capítulo me propongo explorar la posible aplicación de los estándares internacionales de acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en asuntos ambientales¹⁰⁹⁰ en los espacios de regulación de la inversión extranjera.

Comenzaré por hacer una breve introducción sobre el desarrollo del Principio 10 de la Declaración de Río y describiré brevemente las obligaciones de los Estados respecto a cada uno de estos derechos conforme al derecho internacional. Seguido reflexionaré sobre la aplicación y alcances de estos derechos en la negociación de AII, la formulación de políticas y normas de aplicación general relacionada con las inversiones, la negociación y firma de contratos de inversión y en el arbitraje inversionista-Estado.

1. Origen y desarrollo de los derechos procedimentales ambientales

La participación pública en la formulación de políticas y la adopción de decisiones es un principio bien establecido en el derecho internacional ambiental. Sus antecedentes se pueden rastrear hasta la Carta de Naciones Unidas¹⁰⁹¹ y la

¹⁰⁸⁸ Ver: A. RABASA SALINAS y C. S. DE WINDT (Coord.) *Antología judicial ambiental 2017-2020* (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2020); M. PEÑA CHACÓN, "Decisiones judiciales efectivas en materia ambiental" (13 de mayo de 2021) *Blog del departamento de medio ambiente de la Universidad Externado de Colombia* < <https://medioambiente.uexternado.edu.co/decisiones-judiciales-efectivas-en-materia-ambiental/>>.

¹⁰⁸⁹ Ver: Submission by the UNECE Aarhus Convention Secretariat provided as input to the report being prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights pursuant to Resolution 19/20 "The role of good governance in the promotion and protection of human rights" (September 2012); UNECE, "The Aarhus Convention as a tool for enhancing the role of the public in tackling climate change" (sin fecha) < https://unfccc.int/files/cooperation_and_support/education_and_outreach/application/pdf/aarhus_convention.pdf>.

¹⁰⁹⁰ En esta investigación me referiré a estos tres derechos como "derechos procedimentales ambientales", "derechos de acceso" o "derechos de participación pública" indistintamente.

¹⁰⁹¹ Art. 1.3. de la Carta de las Naciones Unidas que establece uno de los propósitos de la ONU era la cooperación internacional para la realización y estímulo del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. Carta de las Naciones Unidas (firma 26 de junio de 1945, entrada en vigor 24 de octubre de 1945).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹⁰⁹² pero su formulación más precisa se encuentra en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, que reza:

"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".¹⁰⁹³

El Principio 10 alude a tres derechos fundamentales interdependientes: el de acceso a la información, el de participación en la adopción de decisiones y el de acceso a la justicia en asuntos ambientales. Son interdependientes porque una participación pública efectiva depende de que las personas puedan acceder a información concreta, actualizada y precisa, y también de que puedan hacer uso de recursos administrativos o judiciales cuando sus derechos de acceso a la información o de participación no se hayan respetado.¹⁰⁹⁴

Todos los documentos relacionados con el desarrollo sostenible posteriores a la Declaración de Río confirman el compromiso con la promoción de la participación pública en la toma de decisiones, a la vez que van ampliando su ámbito de aplicación y ofreciendo pautas para su implementación.¹⁰⁹⁵ El Plan de Implementación de la Declaración de Johannesburgo estableció que la aplicación del Principio 10 se debía hacer "teniendo plenamente presentes los principios 5, 7 y 11 de esa Declaración"¹⁰⁹⁶, principios que pretenden garantizar que se tomen en

¹⁰⁹² Art. 19 (libertad de opinión y expresión), Art. 20 (libertad de asociación), Art. 21 (participación en la vida política del país) y art. 8 (recursos efectivos contra actos que violen los derechos fundamentales de las personas) de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ver: AGNU, Resolución 217(III)A, "Declaración Universal de los Derechos Humanos" (10 de diciembre de 1948). Ver también: Arts. 2.3, 19, 21 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y Art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pacto internacional de derechos civiles y políticos (firma 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976) 999 UNTS p. 171; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (firma 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976) UNTS 993 p. 3.

¹⁰⁹³ ONU, "Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo sostenible" (12 de agosto de 1992).

¹⁰⁹⁴ UNECE, "The Aarhus Convention: An implementation Guide" (2nd ed. 2014) p. 19.

¹⁰⁹⁵ Para más información sobre el origen y desarrollo del Principio 10, ver: C. BRUNCH (ed.), *The New "Public". The Globalization of Public Participation* (Environmental Law Institute 2002).

¹⁰⁹⁶ El principio 5 se refiere a la erradicación de la pobreza, el 7 a las responsabilidades comunes pero diferenciadas y el 11 a la necesidad de que las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales reflejen el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican, especialmente en los países en desarrollo. Ver: ONU, "Plan de aplicación de las decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible" (26 de agosto al 4 de septiembre de 2002), párr. 119 ter.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

cuenta las necesidades de cada región y su cultura.¹⁰⁹⁷ El Plan además promueve la participación pública en los patrones de producción y de consumo, así como en los sectores de la energía, la gestión de residuos, y la protección y gestión de los recursos naturales (agua, montañas, agricultura, biodiversidad, bosques y en las actividades mineras, etc.).¹⁰⁹⁸

En “El Futuro que queremos”, adoptado en 2012, se promueve la cooperación internacional para mejorar el acceso a las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TICs) bajo el argumento de que las TICs pueden facilitar el acceso de las personas a la información ambiental y promover su participación remota en los procesos de toma de decisiones.¹⁰⁹⁹ Además, en este documento se reconoció que no sólo la información que se encuentra en poder de las autoridades públicas es relevante, sino también aquella relativa a los procesos de producción, por lo que, alentó al sector privado a facilitar información al público sobre la sostenibilidad en sus ciclos productivos, a través de la presentación de informes.¹¹⁰⁰

Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en 2012 (Rio + 20) también se reconoció la necesidad de ampliar la participación del público en la toma de decisiones a la arena internacional -además de los ámbitos domésticos-, por lo que las reformas de los marcos institucionales para el desarrollo sostenible deben

“aumentar la participación y la intervención eficaz de la sociedad civil y otros interesados pertinentes en los foros internacionales sobre la cuestión, y a este respecto, promoverá la transparencia y la amplia participación del público y las asociaciones en la aplicación de los planes de desarrollo sostenible”¹¹⁰¹.

Sobre este entendido, el proceso de formación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible fue en sí mismo participativo. El foro político de alto nivel sobre el desarrollo sostenible tuvo una función consultiva y de participación de la sociedad civil.¹¹⁰² Los grupos principales y los demás interesados pertinentes que fueron invitados a participar como observadores en la Asamblea General tuvieron

¹⁰⁹⁷ M.-C. CORDONNIER SEGGER, S. KHALFAN, M. GEHRING y M. TOERING, “Prospects for Principles of International Sustainable Development Law after the WSSD: Common but Differentiated Responsibilities, Precaution and Participation” (2003) *Review of European Comparative and International Environmental Law* Vol. 12, No. 1, p. 54.

¹⁰⁹⁸ ONU, “Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible” (4 de septiembre de 2002) párr. 25, 40, 42, 44, 45 y 46(b).

¹⁰⁹⁹ ONU, “Documento final de la Conferencia Río +20...”, cit., párr. 46, 99. Sobre el Principio 10 en el documento de la Conferencia Río+20 ver: J. RAZZAQUE, “Information, public participation and access to justice in environmental matters: Rio + 20 appraisal” en S. ALAM (eds), *Routledge Handbook of International Environmental Law* (Routledge 2012).

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 47.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 76, h)

¹¹⁰² AGNU, Resolución 67/290, “Formato y aspectos organizativos del foro político de alto nivel sobre el desarrollo sostenible” (9 de julio de 2013) párr. 14.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

derecho a asistir a todas las reuniones oficiales del foro, a tener acceso a toda la información y documentos oficiales, a intervenir en las reuniones oficiales, a presentar documentos y aportaciones escritas y orales, a formular recomendaciones y a organizar actos paralelos y mesas redondas, en cooperación con los Estados miembros y la Secretaría.¹¹⁰³

La sociedad civil logró influenciar las negociaciones de la Agenda 2030 para incluir algunas metas en los ODS, por ejemplo, cuestiones relativas a los migrantes¹¹⁰⁴, a la reducción de las desigualdades¹¹⁰⁵, entre otros. A pesar de que algunos otros aspectos propuestos por las organizaciones de la sociedad civil no lograron abrirse camino en los ODS, debe reconocerse que fue un avance significativo en la participación pública en foros internacionales.¹¹⁰⁶

La participación pública ocupa un lugar fundamental en la Agenda 2030.¹¹⁰⁷ El ODS 16 consiste en promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles y se establece como meta *“garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades”* así como *“garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”*.¹¹⁰⁸

Hoy en día la participación pública en la toma de decisiones es un pre-requisito para determinar los contornos de desarrollo sostenible y los medios para alcanzarlo, en el seno de cada sociedad. Por ello, se han adoptado diversos instrumentos internacionales que desarrollan y garantizan los derechos de acceso

¹¹⁰³ *Ibid.*, párr. 15.

¹¹⁰⁴ GFMD, “Civil Society Days Briefing Paper on the 2030 sustainable development agenda” (sin fecha) <https://www.cordaid.org/media/medialibrary/2015/10/GFMD_Civil_Society_Days_Briefing_Paper_on_the_2030_sustainable_development_agenda.pdf>.

¹¹⁰⁵ Según el *Institute for Sustainable Development and International Relations*, el establecimiento del OSD 10 como un objetivo autónomo es una victoria de la movilización civil, pues inicialmente formaba parte del ODS 1 sobre la reducción de la pobreza, pero la sociedad civil coordinó la elaboración, difusión y firma de una declaración defendiendo que la reducción de las desigualdades fuera objeto de un ODS propio. En 48 horas, 175 organizaciones de la sociedad civil firmaron la declaración, que se reenvió a los facilitadores de las negociaciones y a los gobiernos, quienes acordaron el ODS 10. Ver: C.-A. SÉNIT, “What influence does civil society have on the “Agenda 2030”?” (26 May 2016) *IDDRI Blog post* <<https://www.iddri.org/en/publications-and-events/blog-post/what-influence-does-civil-society-have-agenda-2030>>.

¹¹⁰⁶ Por ejemplo, en el ODS 10 las organizaciones de la sociedad civil solicitaron que para abordar la reducción de las desigualdades en los ingresos económicos de las personas se introdujera un sistema tributario progresivo que gravara la acumulación de la riqueza, pero eso no se logró acordar en texto final del ODS. *Ibid.*

¹¹⁰⁷ Se observan referencias a la participación pública en los ODS 6, 7, 11, 15, 16 y 17. Ver: AGNU, Resolución 70/1, “Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030...”, cit., no. 459.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, metas 16.7 y 16.10.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

a la información, participación pública y los derechos de acceso a la justicia en asuntos ambientales.

2. Los derechos procedimentales ambientales en derecho internacional: una perspectiva desde las obligaciones de los Estados

Las fuentes de las obligaciones internacionales relacionadas con los derechos procedimentales ambientales son los tratados internacionales sobre derechos humanos, los tratados específicos en la materia, así como la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos universales y regionales. La práctica de los Estados es también un elemento fundamental en la formación de obligaciones consuetudinarias internacionales, por lo que las legislaciones y decisiones de las cortes nacionales en la materia también son relevantes al delimitar el contenido de estas normas.¹¹⁰⁹ En esta sección me enfocaré únicamente en los tratados internacionales.

Los derechos procedimentales ambientales son derechos civiles y políticos, regulados, de manera indirecta, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en el artículo, y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en los artículos 2.3, 14, 19 y 25. Además, estos derechos están específicamente regulados en el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus) de 1998¹¹¹⁰; y el Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú) adoptado de 2018.¹¹¹¹

Otros instrumentos de derecho blando (*soft law*) han contribuido al desarrollo de estándares internacionales de los derechos procedimentales ambientales, como las Directrices de Bali para el Desarrollo de Legislación Nacional sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la Adopción de Decisiones y Acceso a la

¹¹⁰⁹ CDI, "Formation and evidence of customary international law" (2013) *Yearbook of the International Law Commission* Vol. II, Part. 1, pp. 109-164.

¹¹¹⁰ Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (firma el 25 de junio de 1998, entrada en vigor 30 de octubre de 2001) 2161 *UNTS* p. 447. Este tratado fue el primero en vincular las obligaciones de las Partes de garantizar el acceso a la información, la participación pública en la adopción de decisiones y el acceso a la justicia con el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar. Ver: Art. 1 del Convenio de Aarhus.

¹¹¹¹ Acuerdo regional sobre acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (firma 4 de marzo de 2018, entrada en vigor 22 de abril de 2021). Disponible en

< https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf>. Para consultar el origen del Acuerdo de Escazú, ver: M. ORELLANA, "Democracia Ambiental y Desarrollo Sostenible: Hacia un Instrumento Regional sobre Derechos de Acceso" (UICN 2014).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Justicia en Asuntos Ambientales (Directrices de Bali).¹¹¹² Estas Directrices fueron adoptadas por el Consejo de Administración del PNUMA en febrero de 2010 y su objetivo es ofrecer asistencia a los países para la formulación o modificación de los marcos jurídicos internos sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales. Las Directrices de Bali se construyeron sobre las experiencias de países alrededor del mundo en sus esfuerzos por implementar el Principio 10,¹¹¹³ por lo que son una buena fuente de estándares mínimos nacionales e internacionales de democracia ambiental.¹¹¹⁴

La jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos, del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus y las recomendaciones de los órganos cuasi-judiciales del sistema de derechos humanos de la ONU también han jugado un rol muy importante en el desarrollo de estándares internacionales, a través de sus interpretaciones de los tratados de derechos humanos.¹¹¹⁵

La práctica de los Estados también ha sido de gran importancia en este respecto. Por lo menos la mitad de los países han creado leyes para garantizar el acceso a la información ambiental, ya sea a través de sistemas de información o de transparencia generalizados o específicamente en materia ambiental; y en más de 21 países se han establecido cortes o tribunales ambientales independientes.¹¹¹⁶

El art. 2 del PIDCP establece la naturaleza de las obligaciones generales de los Estados que enmarcan y se aplican a todos los derechos civiles y políticos del PIDCP, que incluyen: obligaciones de no hacer o de respetar y obligaciones de hacer o garantizar. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que las obligaciones de respetar los derechos y libertades reconocidos en el PIDCP significa que los Estados no deben restringir estas libertades de manera arbitraria. Cualquier limitación de los derechos sólo está permitida en la medida en que las restricciones sean necesarias y guarden proporción con el logro de objetivos legítimos a fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto.¹¹¹⁷

¹¹¹² PNUMA, "Guidelines for the Development of National Legislation on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters" (26 February 2010) (Bali Guidelines). También ver: OAS, "Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision-Making for Sustainable Development" (2001).

¹¹¹³ PNUMA, "Putting Rio Principle 10 into Action. An implementation Guide" (2015) p. 12.

¹¹¹⁴ Las Directrices específicamente establecen que éstas no se deben interpretar como recomendaciones para reformar las legislaciones nacionales o las prácticas cuando las legislaciones o las prácticas dispongan un acceso a la información más amplio, una participación pública más extensa o un mejor acceso a la justicia en asuntos ambientales que lo que disponen las Directrices. Bali Guidelines, p. 4

¹¹¹⁵ CEPAL, "Sociedad, derechos y medio ambiente. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la información, a la participación pública y al acceso a la justicia" (2016) p. 17.

¹¹¹⁶ PNUMA, "Putting Rio Principle 10 into Action...", cit, p. 15

¹¹¹⁷ CCPR, "Observación General no. 31 [80]. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto" (2004) párr. 8.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Las obligaciones de hacer o garantizar incluyen: 1) introducir la legislación y prácticas internas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto; 2) fortalecer las capacidades tanto de las autoridades públicas como de las personas sobre estos derechos; 3) remover obstáculos que dificulten el pleno goce y disfrute de estos derechos; y 4) establecer recursos eficaces contra violaciones a los derechos humanos.

El Convenio de Aarhus establece esta obligación específica de legislar respecto a los derechos de acceso en su artículo 3.1, el Acuerdo de Escazú lo hace en el art. 4.3. Las Directrices de Bali están encaminadas a facilitar el cumplimiento de esta obligación general de los Estados para la democracia ambiental. Así, si el derecho interno no cuenta con legislación sobre los derechos de acceso según los estándares internacionales, o la legislación es inadecuada o insuficiente, los Estados tienen la obligación de introducir los cambios necesarios para armonizar su derecho interno con el derecho internacional.¹¹¹⁸

Los Estados también tienen una obligación de informar y educar a las personas y a los funcionarios sobre los derechos humanos a fin de que los primeros conozcan sus derechos y los sepan ejercer, y los segundos desarrollen una cultura de respeto de los derechos humanos. El Convenio de Aarhus establece en su art. 3, párrafo 2 el compromiso de las Partes a procurar

"que los funcionarios y las autoridades ayuden al público y le den consejos para permitirle tener acceso a la información, participar más fácilmente en la toma de decisiones y recurrir a la justicia en asuntos ambientales".

Por su parte, el Acuerdo de Escazú dispone en su art. 4, párrafo 4 y 5 que cada parte proporcionará al público información para facilitar la adquisición de conocimiento respecto de los derechos de acceso; y que se deberá orientar y asistir al público en el ejercicio de estos. Asimismo, las Directrices 7, 14 y 25 de Bali recomiendan establecer medios para construir capacidades dirigidas tanto a las autoridades públicas como a las personas, para facilitar el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, respectivamente. Un ejemplo de implementación de esta obligación se encuentra en la República Checa, quien ejecuta cursos de capacitación dirigidos a los servidores públicos de nuevo ingreso sobre los derechos de acceso.¹¹¹⁹

La implementación efectiva de los derechos de acceso requiere de un público informado y sensibilizado sobre la problemática ambiental.¹¹²⁰ Por ello, el Convenio de Aarhus y las Directrices de Bali reconocen que la educación ambiental dirigida

¹¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 13. Ver también: Inter-American Court of Human Rights, Case of *Claude Reyes et. al. v. Chile*, Judgement (19 September 2006).

¹¹¹⁹ PNUMA, "Putting Rio Principle 10 into Action...", cit., p. 56.

¹¹²⁰ PNUMA, "Putting Rio Principle 10 into Action...", cit., p. 55.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

al público general es una condición previa para la democracia ambiental.¹¹²¹ En India, luego de que la Corte Suprema decidiera que la educación ambiental era un mandato del derecho a un medio ambiente adecuado reconocido en la Constitución, el gobierno implementó una campaña de sensibilización ambiental en el cine, radio y televisión a nivel nacional, lo cual ha contribuido a una protección efectiva de estos derechos a través de la corte ambiental.¹¹²²

La tercera obligación común es la de remover obstáculos que dificulten el pleno goce y disfrute de los derechos de acceso. El Convenio de Aarhus dispone en el art. 3 párrafo 8 la obligación de las Partes de velar por que las personas que ejerzan sus derechos de acceso no se vean en modo alguno penalizadas, perseguidas o sometidas a poner medidas vejatorias por sus actos. Esta penalización no necesariamente se refiere a privación de la libertad o de un derecho, sino a cualquier costo prohibitivo u obstáculo para ejercer los derechos. Por ejemplo, el Comité de Cumplimiento interpretó en el caso ACCC/C/2008/27 contra el Reino Unido que exigir el pago de costos para la reproducción de información ambiental puede considerarse una penalización prohibida por la Convención.¹¹²³

El Acuerdo de Escazú comprende el compromiso de orientar y asistir al público, especialmente a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad para facilitar el ejercicio de los derechos procedimentales ambientales, estableciendo procedimientos de atención al ciudadano que abarcan desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades.¹¹²⁴ Asimismo, y de manera novedosa, este Acuerdo dispone que las Partes garantizarán un entorno propicio para el trabajo de las personas, organizaciones, asociaciones o grupos que promuevan la protección del medio ambiente, proporcionándoles reconocimiento y protección. Ello implica que los Estados deben tomar medidas adecuadas, efectivas y oportunas para reconocer, proteger y promover los derechos humanos de los defensores ambientales, así como para prevenir, investigar y sancionar los ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores puedan sufrir en el ejercicio de los derechos procedimentales ambientales.¹¹²⁵

¹¹²¹ El párrafo 3 del art. 3 del Convenio de Aarhus establece que "cada Parte favorecerá la educación ecológica del público y le concienciará respecto de los problemas ambientales a fin de que sepa cómo proceder para tener acceso a la información, participar en la toma de decisiones y recurrir a la justicia en asuntos ambientales".

¹¹²² Ver: PNUMA, "Putting Rio Principle 10 into Action...", cit., p. 57.

¹¹²³ UNECE, "The Aarhus Convention. An Implementation Guide", cit., p. 72. Ver también: TJUE, *the Queen, a instancias de David Edwards y Lilian Palliakaropoulos contra Environment Agency y otros*, Caso C-260/11, Sentencia (11 de abril de 2013) ECLI:EC:C:2013:221.

¹¹²⁴ Arts. 4.5 y 5.3 del Acuerdo de Escazú.

¹¹²⁵ G. MEDICI COLOMBO, "El Acuerdo de Escazú: La implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe" (2018) *Revista Catalana de Dret Ambiental* Vol. IX, No. 1, pp. 1-66.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

La cuarta obligación aplicable a todos los derechos humanos es la de establecer recursos eficaces contra violaciones a estos. Ello incluye tanto violaciones cometidas por los Estados como los abusos de derechos humanos cometidas por particulares, incluyendo los inversionistas extranjeros.¹¹²⁶ Los recursos deben ser efectivos, se deben adaptar adecuadamente para tomar en cuenta la vulnerabilidad especial en que se encuentren las víctimas de estas violaciones. Y la ley debe contener disposiciones para la reparación, pues sin esta, el derecho a un recurso se vuelve letra muerta.

El derecho del acceso a la justicia ambiental tiene por objetivo desarrollar a detalle esta obligación, tomando en cuenta las características especiales de la protección del medio ambiente como un derecho difuso, así como las dificultades procesales inherentes a los litigios ambientales, que se abordan más adelante.

2.1. Derecho al acceso a la información ambiental

El derecho al acceso a la información es el primero de los pilares de la democracia participativa ambiental porque abre las puertas para el ejercicio del derecho de participación y el acceso a la justicia. Este derecho es uno de los principios básicos de un Estado democrático de Derecho y cumple tres funciones fundamentales y complementarias: primero, satisfacer el derecho de las personas de informarse de los asuntos públicos o que le pueden afectar sin tener que probar un interés; segundo, el mejoramiento de la transparencia en las administraciones públicas; y tercero, permite a los individuos obtener elementos de conocimiento para la defensa de sus derechos e intereses.¹¹²⁷

En el derecho internacional, este derecho nace del derecho a la libertad de opinión y de expresión del art. 19 del PIDCP y se desarrolla en el área ambiental en los art. 4 y 5 del Convenio de Aarhus; los art. 5 y 6 del Acuerdo de Escazú; en las Directrices 1 a 7 de Bali y otros tratados multilaterales ambientales.¹¹²⁸

La obligación del Estado de publicar información ambiental tiene dos modalidades: una pasiva y otra activa. La forma pasiva consiste en la obligación de las autoridades públicas de difundir información a petición del solicitante, de acuerdo con los art. 5 del Acuerdo de Escazú y 4 del Convenio de Aarhus; mientras que la forma activa implica el deber de oficio de coleccionar información ambiental y ponerla

¹¹²⁶ CDH, "Observación General no. 31 [80]. Naturaleza de la obligación...", cit., párr. 8.

¹¹²⁷ CCPR, "Observación General no. 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión" (29 de julio de 2011) párr. 2-4. También ver: A. DE LA VARGA PASTOR y J. R. FUENTES I GASO, "Las autoridades públicas en las nuevas obligaciones en materia de información ambiental. Especial referencia a la difusión de información ambiental" en A. PIGRAU SOLÉ (ed), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia ambiental: diez años del Convenio de Aarhus* (Atelier 2008) p. 188.

¹¹²⁸ Por ejemplo, el art. 27 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (firma 16 de noviembre de 1972, entrada en vigor 17 de diciembre de 1975) 1037 *UNTS*, p. 151; art. VII.6 de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (firma 3 de marzo de 1973, entrada en vigor 1 de julio de 1975) 993 *UNTS* p. 243.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

a disposición del público, regulada en los art. 6 del Acuerdo de Escazú y 5 del Convenio de Aarhus.

El alcance material de este derecho humano y las correspondientes obligaciones del Estado se determina con la definición de "información ambiental". El Convenio de Aarhus incluye una lista no taxativa de la información que se deben considerar como "ambiental", y divide esta información en tres categorías: a) el estado de los elementos del medio ambiente; b) los factores que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente; y c) el estado de la salud del hombre, su seguridad y sus condiciones de vida, así como el estado de los sitios culturales y de las construcciones en la medida en que sean o puedan ser alteradas por el estado del medio ambiente o por los factores anteriormente descritos.¹¹²⁹ El Acuerdo de Escazú y las Directrices de Bali dividen la "información ambiental" en tres categorías similares.¹¹³⁰

El siguiente cuadro resume las tres áreas de información y muestra sus diferencias:

¹¹²⁹ Art. 2, párrafo 3 del Convenio de Aarhus. También ver: UNECE, "The Aarhus Convention. An Implementation Guide...", cit., p. 50.

¹¹³⁰ Art. 2, inciso c) del Acuerdo de Escazú. Directriz 2 de las Directrices de Bali.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Elemento/ Instrumento	Estado del medio ambiente	Interacciones de la sociedad con el ambiente	Medias, marcos jurídicos y de política
Convención de Aarhus	-Elementos bióticos y abióticos	- <i>Factores que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente (sustancias, ruidos, o actividades, etc.)</i> -El estado de la <i>salud del hombre</i> , su salud y condiciones de vida en la medida en que sea alterado por el medio ambiente o afecten el medio ambiente - El estado de <i>sitios culturales y construcciones</i> en la medida que sean alterados por el medio ambiente o afecten el medio ambiente	-Medidas administrativas -Acuerdos relativos al medio ambiente -Políticas planes y programas Todos ellos que <i>tengan o puedan tener efectos</i> sobre los elementos del medio ambiente. También: -Análisis de costo-beneficio; y -Análisis e hipótesis económicas utilizadas en la toma de decisiones en materia ambiental
Acuerdo de Escazú	-Elementos bióticos y abióticos -Recursos naturales	- <i>Riesgos ambientales</i> -Posibles <i>impactos</i> adversos asociados que <i>afecten o puedan afectar</i> el medio ambiente - Posibles <i>impactos</i> adversos asociados que <i>afecten o puedan afectar</i> el medio ambiente -Información relacionada con la protección y la gestión ambientales	-Información relacionada con la protección y la gestión <i>ambientales</i>
Directrices de Bali	-Calidad ambiental	- <i>Impactos</i> ambientales sobre la salud -Factores que influyen los impactos	-Información sobre legislación y política

Tabla 3. Categorías de "información ambiental". Elaboración propia.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

2.1.1. Revelación de información, previa solicitud

El Estado tiene la obligación de proveer información a solicitud del interesado, cumpliendo con una serie de requisitos para garantizar que las personas puedan hacer un ejercicio efectivo de sus derechos de acceso a la información: 1) proveer la información solicitada sin que el solicitante tenga que invocar un interés particular; 2) informar al solicitante si la información solicitada obra o no en el poder de la autoridad que recibe la solicitud, y si no obra en su poder, comunicarlo al solicitante con la máxima celeridad posible, identificando la autoridad que pudiera poseer dicha información, y remitiendo a ésta la solicitud de información;¹¹³¹ 3) proveer la información en la forma solicitada, salvo algunas excepciones establecidas en los tratados, lo más pronto posible y dentro de un plazo máximo de un mes desde que se recibió la solicitud y con un costo razonable; 4) fundar y motivar las decisiones que denieguen la revelación de la información solicitada, aludiendo únicamente los motivos previamente establecidos por ley y garantizando que la decisión de retener la información sea proporcional al interés público de la revelación;¹¹³² y 5) informar al solicitante sobre su derecho a impugnar la decisión donde se le deniega el acceso a la información solicitada.

El derecho al acceso a la información no es un derecho absoluto, sino que admite algunas restricciones cuando la revelación de información pueda tener efectos desfavorables sobre un interés legítimo, reconocible y que merece protección jurídica. Toda restricción al derecho al acceso a la información debe cumplir estrictamente con dos requisitos: 1) las excepciones deben estar establecidas por ley; 2) tener en cuenta el interés que la divulgación que de las informaciones solicitadas tendría para el público y según que esas informaciones guarden o no relación con las emisiones en el medio ambiente”.¹¹³³

El requisito de legalidad de la restricción tiene una dimensión formal y otra sustantiva. La formal se refiere a algunas características que debe tener la ley que prevé las restricciones; mientras que la sustantiva se refiere a la conformidad de

¹¹³¹ Art. 5 párrafo 15 del Acuerdo de Escazú y Art. 4 párrafo 5 de la Convención de Aarhus.

¹¹³² Art. 5 párrafo 2 inciso c), y párrafo 5 del Acuerdo de Escazú; Art. 4 párrafo 7 del Convenio de Aarhus; Inter-American Court of Human Rights, Case of *Claude Reyes et. al. v. Chile*, Judgement (19 September 2006); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez v. Honduras*, Sentencia (1 de febrero de 2006); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Canese v. Paraguay*, Sentencia (31 de agosto 2004); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/4 solicitada por la República de Colombia sobre el Medio Ambiente y los Derechos Humanos (15 de noviembre de 2017). También ver: Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, *Caso ACCC/C/2004/8 contra Armenia*, Recomendaciones (10 May 2006). Una lista reciente de los casos del Comité de cumplimiento se encuentra en: UNECE, “Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliant Committee adopted 18 February 2005 to date” (14 of December 2021). Disponible en https://unece.org/sites/default/files/2021-12/Compilation_of_CC_findings_14.12.2021_eng.pdf.

¹¹³³ CCPR, “Observación General no. 31 [80]. Naturaleza de la obligación...”, cit., párr. 6; art. 4 último párrafo del Convenio de Aarhus; art. 6 párrafo 8 del Acuerdo de Escazú.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

las restricciones tanto con los tratados de derechos humanos, como las disposiciones fines y objetivos del derecho al acceso a la información.

El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que para que una restricción sea legal debe estar incluida en "una norma formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público".¹¹³⁴ Así, las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad amplia para restringir este derecho, sino que las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su aplicación para que puedan distinguir entre cuáles solicitudes de información pueden restringirse correctamente y cuáles no.¹¹³⁵

Por lo que hace a la dimensión sustantiva, el Comité de Derechos Humanos interpretó que sólo se podrán limitar los derechos del PIDCP –entre ellos el derecho a la libre expresión- con arreglo a las disposiciones del mismo Pacto.¹¹³⁶ El párrafo 3 del art. 19 del PIDCP establece que este derecho "puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y *ser necesarias...*". Por tanto, para que una restricción sea legítima no basta con estar en la ley, sino que *debe ser necesaria* para la protección de un interés legítimo permitido por el tratado.

El Convenio de Aarhus establece que una demanda de informaciones podrá ser rechazada en caso de que la divulgación tenga efectos desfavorables sobre:

- a) El secreto de las deliberaciones de las autoridades públicas, cuando este secreto esté previsto por el derecho interno;
- b) Las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública;
- c) La buena marcha de la justicia, posibilidad de que toda persona pueda ser juzgada equitativamente o la capacidad de una autoridad pública para efectuar una investigación de orden penal o disciplinario;
- d) El secreto comercial o industrial cuando este secreto esté protegido por la ley a fin de defender un interés económico legítimo. En este marco deberán divulgarse las informaciones sobre las emisiones que sean pertinentes para la protección del ambiente;
- e) Los derechos de propiedad intelectual;
- f) El carácter confidencial de los datos y de los expedientes personales respecto de una persona física si esta persona no ha consentido la

¹¹³⁴ CCPR, "Observación General no. 34. Artículo 19...", cit., párr. 25; HRC, *Robert W. Gauthier v. Canada*, Communication No. 663/1995 (5 May 1999).

¹¹³⁵ CCPR, "Observación General no. 34. Artículo 19...", cit., párr. 25; Art. 5, párrafo 5 del Acuerdo de Escazú; Directriz 3 de las Directrices de Bali.

¹¹³⁶ CCPR, "Observación General no. 34. Artículo 19...", cit., párr. 6.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

divulgación de esas informaciones al público, cuando el carácter confidencial de este tipo de información esté previsto por el derecho interno;

- g) Los intereses de un tercero que haya facilitado las informaciones solicitadas sin estar obligado a ello por la ley o sin que la ley pueda obligarle a ello y que no consienta en la divulgación de tales informaciones;
- h) El medio ambiente a que se refieren las informaciones, como los sitios de reproducción de especies raras.¹¹³⁷

De acuerdo con el art. 3 párrafo 5, el Convenio establece estándares mínimos y las Partes pueden ser más ambiciosos en cuanto a los derechos de acceso. Ello significa que los regímenes de excepciones en el derecho interno de los Estados Parte del Convenio de Aarhus pueden incluir todas o solo algunas de las excepciones previstas en el tratado, pero no puede incluir más restricciones que las del tratado.

El Acuerdo de Escazú no incluye un régimen de excepciones, por lo que deja en manos de los Estados el establecimiento de las excepciones que consideren convenientes en sus legislaciones nacionales.¹¹³⁸ En ausencia de dicho régimen, se puede acudir al art. 19 del PIDCP que prevé dos tipos de restricciones a este derecho: 1) aquellas destinadas a asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás – o intereses privados-; y 2) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública – o intereses del Estado.¹¹³⁹ El Comité de Derechos Humanos aclara que estas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho, y recuerda que “la relación entre el derecho y la restricción no debe invertirse”.¹¹⁴⁰

2.1.2. Generación y divulgación de informaciones sobre el medio ambiente

En su modalidad activa, los Estados tienen la obligación de difundir de oficio información ambiental que permita al público conocer el estado del medio ambiente, las presiones y los riesgos relacionados con las actividades propuestas y en marcha, así como las amenazas. El objetivo es que el público pueda tomar medidas para prevenir o limitar daños eventuales.¹¹⁴¹

¹¹³⁷ Art. 4 párrafo 4 del Convenio de Aarhus.

¹¹³⁸ Una visión crítica sobre este aspecto se encuentra en: G. MEDICI COLOMBO, “El Acuerdo de Escazú...”, cit., p. 35.

¹¹³⁹ Art. 19, párrafo 3 del PIDCP.

¹¹⁴⁰ CCPR, “Observación General no. 34. Artículo 19...”, cit., párr. 21; HRC, *Vladimir Velichkin v. Bielorrusia*, Communication No. 1022/2001 (20 October 2005).

¹¹⁴¹ Art. 5, párrafo 1 del Convenio de Aarhus.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Esta obligación requiere dos conductas concretas de los Estados para su cumplimiento: 1) generar y recopilar información ambiental; y 2) difundir la información en los tiempos, formas y medios establecidos por los tratados.

El Convenio de Aarhus establece que las Partes deberán “procurar que las autoridades públicas posean y tengan al día las informaciones sobre el medio ambiente que sean útiles para el desempeño de sus funciones”.¹¹⁴² El Acuerdo de Escazú también dispone que las autoridades deben generar y recopilar la información ambiental relevante para sus funciones. Es decir, las autoridades deben tomar un rol activo en la producción de la información ambiental, que podría ser a través de la elaboración de estudios, la promoción de la investigación, el establecimiento de tecnologías para la medición de contaminantes, etc.¹¹⁴³

Ambos tratados internacionales establecen algunas condiciones para el cumplimiento de esta obligación. El Acuerdo de Escazú establece que la recopilación de la información debe ser de manera “sistemática, oportuna, regular”, todo ello con el fin de poder poner a disposición del público información ambiental actualizada.¹¹⁴⁴ El Convenio de Aarhus también hace énfasis en la mantener la información ambiental actualizada, para lo cual debe existir algunos mecanismos o sistemas de recopilación de información, que se describen a continuación.¹¹⁴⁵

Una de las formas en que las autoridades pueden recabar la información ambiental es a través del establecimiento de registros de emisiones y transferencia de contaminantes. El Acuerdo de Escazú obliga a las Partes a establecer los respectivos registros de emisiones y transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo, y de materiales y residuos bajo su jurisdicción. Los registros se deben actualizar periódicamente.¹¹⁴⁶ Su establecimiento es progresivo, en atención a las capacidades económicas de cada Parte en el tratado.¹¹⁴⁷ El Convenio de Aarhus obliga a establecer un sistema coherente de alcance nacional consistente en inventariar o registrar los datos relativos a la contaminación en una base informatizada de datos estructurada y accesible al público.¹¹⁴⁸

El Acuerdo de Escazú también regula otro método de la producción de información ambiental: la realización de evaluaciones independientes de desempeño ambiental que tengan en cuenta criterios y guías acordados nacional o internacionalmente, e indicadores comunes, con miras a analizar la eficacia, efectividad y el progreso

¹¹⁴² Art. 5 párrafo 1 inciso a) del Convenio de Aarhus.

¹¹⁴³ Art. 6, 1 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁴⁴ Art. 6, párrafo 1 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁴⁵ Art. 5, párrafo 4 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁴⁶ Art. 6, párrafo 4 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁴⁷ Art. 6, párrafo 4 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁴⁸ Art. 5, párrafo 9 del Convenio de Aarhus.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

de sus políticas nacionales ambientales en el cumplimiento de sus compromisos nacionales e internacionales.¹¹⁴⁹

Por lo que se refiere a la segunda conducta requerida, la de difundir la información en los tiempos, formas y medios establecidos por los tratados, el Acuerdo de Escazú establece que cada Parte “contará con uno o más sistemas de información ambiental actualizados”.¹¹⁵⁰ El Convenio de Aarhus no hace referencia a un sistema de información como tal, pero sí obliga a las Parte a “velar porque las informaciones sobre el medio ambiente estén cada vez más disponibles en bases electrónicas de datos a las que el público pueda tener acceso por medio de las redes públicas de telecomunicaciones”.¹¹⁵¹ De acuerdo con el Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus esto implica, entre otras cosas, que los Estados deben establecer un sistema para informar al público sobre todas las actividades existentes y propuestas que pueden tener un efecto en el medio ambiente, que debería incluir, como mínimo todos los estudios de EIA en su totalidad, así como las metodologías específicas y las técnicas de modelaje utilizados en su preparación.¹¹⁵²

Además, ambos tratados disponen que los Estados deben publicar y difundir un informe nacional sobre el estado del medio ambiente. Esta publicación debe ser regular, cada 3 o 4 años según el Convenio de Aarhus¹¹⁵³ y, como mínimo cada 5 años según el Acuerdo de Escazú.¹¹⁵⁴ De acuerdo con el Acuerdo de Escazú, los informes deben estar disponibles al público en varios formatos, y deben ser difundidos a través de medios apropiados considerando las realidades culturales.¹¹⁵⁵

2.2. Derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales

El derecho a la participación pública en asuntos ambientales surge del art. 21 de la DUDH sobre el derecho de las personas a participar en la vida política de su país; y del art. 25 del PIDCP sobre el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos. Este derecho tiene tres dimensiones: a) el derecho de las personas de participar en la dirección de los asuntos públicos, *directamente o por medio de representantes* libremente elegidos; b) el derecho a votar y ser elegidos;

¹¹⁴⁹ Art. 6, párrafo 8 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁵⁰ Art. 6, párrafo 3 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁵¹ Art. 5, párrafo 3 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁵² Compliance Committee of the Aarhus Convention, Case No. ACCC/C/2005/15 against Romania (7 March 2008) párr. 45.

¹¹⁵³ Art. 5, párrafo 4 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁵⁴ Art. 6, párrafo 7 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁵⁵ Art. 6, párrafo 7 del Acuerdo de Escazú.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

y c) tener acceso a las funciones públicas.¹¹⁵⁶ El Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú se centran en la participación *directa* del inciso a), propia de la democracia participativa, por lo que no regulan el derecho a votar y ser elegidos o la participación a través de representantes libremente elegidos.

El derecho a la participación pública en material ambiental permite que cualquiera que encuadre en la definición de "público" participe en estos procesos de toma de decisiones. De acuerdo con el Acuerdo de Escazú, las Partes se comprometen a asegurar el derecho de participación del público en los procesos de decisiones;¹¹⁵⁷ y el Convenio de Aarhus establece que el público tendrá la posibilidad de participar en la toma de decisiones en asuntos ambientales sin discriminación fundada en la nacionalidad, la ciudadanía o el domicilio.¹¹⁵⁸

Estos tratados extienden la titularidad del derecho a participar a las personas morales que trabajen para la protección del medio ambiente. El Convenio de Aarhus exige a las Partes conceder reconocimiento y apoyo a las asociaciones, organizaciones o grupos que tengan por objetivo la protección del medio ambiente para participar en la toma de decisiones;¹¹⁵⁹ y el Acuerdo de Escazú también incluye en su definición de "público" a "las personas jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas".¹¹⁶⁰

El alcance material del derecho incluye tres categorías de decisiones:

- a) Decisiones relativas a *proyectos o actividades* que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente;
- b) Decisiones sobre *políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos* que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente;
- c) Decisiones en *foros y negociaciones internacionales* en materia ambiental o con incidencia ambiental.

Solo en el primer caso, los Estados tienen obligación de *garantizar* mecanismos de participación del público;¹¹⁶¹ mientras que para los otros dos casos los Estados sólo están obligados a *promover* la participación del público.¹¹⁶²

¹¹⁵⁶ Art. 25 del PIDCP.

¹¹⁵⁷ Art. 7, párrafo 1 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁵⁸ Art. 3, párrafo 9 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁵⁹ Art. 3, párrafo 8 del Convenio de Aarhus. En realidad, la extensión de la titularidad de derechos a las personas morales que se dedican a la protección del medio ambiente abarca todos los derechos de acceso.

¹¹⁶⁰ Art. 2, inciso d) del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁶¹ Art. 6, párrafo 1 del Convenio de Aarhus; y art. 7, párrafo 2 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁶² Art. 7 y 8 del Convenio de Aarhus; y art. 7, párrafo 3 del Acuerdo de Escazú.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Las conductas específicas que las Partes deben desempeñar para garantizar el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones incluyen: a) identificar al público directamente afectado por proyectos o actividades; b) publicar información sobre la solicitud y el proceso de participación pública; c) establecer mecanismos y medidas para que la participación del público sea oportuna y efectiva; d) informar de la decisión adoptada, debidamente motivada, incluyendo los recursos legales para impugnar la decisión.

El Acuerdo de Escazú establece que las autoridades públicas realizarán esfuerzos por identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, y promoverá acciones específicas para facilitar su participación.¹¹⁶³

El objetivo de identificar al público interesado es informarle de la solicitud, a fin de involucrarlo en el proceso de toma de decisión respectivo. Así, pues lo primero que tienen que hacer las autoridades es publicar información sobre la solicitud y el proceso de participación.

La información mínima que se debe publicar incluye:

- a) el tipo o naturaleza de la decisión ambiental de que se trate;
- b) la autoridad responsable del proceso de toma de decisiones;
- c) el procedimiento previsto para la participación del público, incluida la fecha de comienzo y finalización de este, los mecanismos previstos para dicha participación y, cuando corresponda, los lugares y fechas de consulta o audiencia pública; y
- d) las autoridades públicas involucradas a las que se les pueda requerir más información sobre la decisión ambiental de que se trate y los procedimientos para solicitar información.¹¹⁶⁴

El Convenio de Aarhus contempla, además, que se debe publicar: la autoridad pública o cualquier otro organismo público o competente al que puedan dirigirse observaciones o preguntas y el plazo previsto para la comunicación de observaciones o preguntas; el hecho de que la actividad sea objeto de un procedimiento de EIA nacional o transfronterizo.¹¹⁶⁵

El Acuerdo de Escazú establece que además de la información arriba señalada (aplicable a cualquier tipo de decisión), cuando se trate de decisiones sobre actividades o proyectos se debe informar al público de:

- a) la descripción del área de influencia y de las características físicas y técnicas del proyecto o actividad propuesto;

¹¹⁶³ Art. 7, párrafo 16 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁶⁴ Art. 7, párrafo 6 del Acuerdo de Escazú y Art. 6, párrafo 2 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁶⁵ Art. 6, párrafo 2 del Convenio de Aarhus.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

- b) la descripción de los impactos ambientales del proyecto o actividad y, según corresponda, el impacto ambiental acumulativo;
- c) la descripción de las medidas previstas con relación a dichos impactos;
- d) un resumen de los puntos a), b) y c) en lenguaje no técnico y comprensible;
- e) los informes y dictámenes públicos de los organismos involucrados dirigidos a la autoridad pública vinculados al proyecto o actividad de que se trate;
- f) la descripción de las tecnologías disponibles a ser utilizadas y de los lugares alternativos para realizar el proyecto o actividad sujeto a las evaluaciones, cuando la información esté disponible; y
- g) las acciones de monitoreo de la implementación y de los resultados de las medidas del estudio del impacto ambiental.¹¹⁶⁶

La publicación de la información debe ser de manera clara, oportuna y comprensible para que la participación pueda ser efectiva. Por “clara” y “comprensible” se entiende que la información debe de estar debidamente ordenada y debe presentarse en lenguaje no técnico, en la medida de lo posible.¹¹⁶⁷ Y si el público interesado o directamente afectado habla mayoritariamente idiomas distintos a los oficiales, la autoridad debe facilitar la comprensión y participación de estos grupos, lo cual puede ser a través de la traducción de documentos o acompañamiento en el proceso de participación.¹¹⁶⁸

Por oportuna se refiere a que la información se deberá publicar con suficiente anticipación para que el público se pueda preparar y participar efectivamente.¹¹⁶⁹ Así pues, ambos tratados establecen que se deberán prever plazos razonables para cada fase del procedimiento, a fin de dejar tiempo suficiente para que el público se informe y se prepare.

La publicación de la información podrá ser a través de comunicación pública o individualmente.¹¹⁷⁰ La elección del medio y la forma de publicación debe ser coherente con las características sociales, económicas, culturales, geográficas o de género del público,¹¹⁷¹ es decir, se debe elegir la forma más adecuada para facilitar la participación del público y evitar que un acceso ineficiente a la información sea un obstáculo para la participación. En caso de tratarse de un proceso de EIA, los medios apropiados incluyen: medios escritos, electrónicos u

¹¹⁶⁶ Art. 7, párrafo 17 del Acuerdo de Escazú. El art. 6, párrafo 6 del Convenio de Aarhus también promueve que se provea esta información, sin embargo, a diferencia del Acuerdo de Escazú, esa información se provee a solicitud del público interesado.

¹¹⁶⁷ Art. 7, párrafo 6, inciso a) y párrafo 17, inciso c) del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁶⁸ Art. 7, párrafo 11 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁶⁹ Art. 6, párrafo 3 del Convenio de Aarhus; Art. 7, párrafo 4 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁷⁰ Art. 6, párrafo 2 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁷¹ Art. 7, párrafo 10 del Acuerdo de Escazú.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

orales, así como los métodos tradicionales.¹¹⁷² Finalmente, si el público solicita información sobre un proyecto o actividad, el suministro de la información debe ser gratuito.¹¹⁷³

Los Estados tienen libertad de elegir los mecanismos y medidas para la participación pública que consideren más adecuados. El Acuerdo de Escazú alienta a las Partes a establecer espacios apropiados de consulta en asuntos ambientales o el uso de los ya existentes, donde puedan participar distintos grupos y sectores.¹¹⁷⁴ El Convenio de Aarhus ofrece otros ejemplos de espacios de participación, como las audiencias o investigaciones públicas donde intervenga el autor de la solicitud.¹¹⁷⁵

Con independencia de los mecanismos que cada Parte adopte para la participación del público, éstas deben, como mínimo, prever que el público pueda someter por escrito o, por los medios apropiados y disponibles conforme a las circunstancias del proceso, sus observaciones, informaciones, análisis u opiniones que considere pertinentes respecto de la actividad propuesta.¹¹⁷⁶ El Acuerdo de Escazú dispone que “se deberán establecer las condiciones propicias para que el proceso de participación se adecúe a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público”¹¹⁷⁷, y son estas características las que se deberán tomar en cuenta al definir los “medios apropiados y disponibles conforme a las circunstancias del proceso”.

La participación pública sólo puede ser efectiva cuando las opciones aún están abiertas. Por ello, tanto el Convenio de Aarhus como el Acuerdo de Escazú coinciden en que el proceso de participación pública debe realizarse “al inicio del procedimiento” o “desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones”, es decir, “cuando todas las opciones y soluciones son aun posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real”.¹¹⁷⁸

Además, deben concederse plazos adecuados para que el público pueda informarse, analizar la información relacionada con la decisión y formular sus observaciones. Ninguno de los tratados de acceso establece plazos específicos, eso se deja en manos de la legislación nacional. Esta flexibilidad permite lidiar con casos muy complejos donde el público requiere de estudios de expertos, por ejemplo, de centros de investigación o de universidades públicas para conocer los verdaderos riesgos de las actividades, o la idoneidad de las medidas de mitigación

¹¹⁷² Art. 7, párrafo 9 del Acuerdo de Escazú; y Art. 6, párrafo 3 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁷³ Art. 7, párrafo 17 del Acuerdo de Escazú; y Art. 6, párrafo 6 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁷⁴ Art. 7, párrafo 13 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁷⁵ Art. 6, párrafo 7 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁷⁶ Art. 7, párrafo 7 del Acuerdo de Escazú; Art. 6, párrafo 7 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁷⁷ Art. 7, párrafo 10 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁷⁸ Art. 6, párrafo 4 del Convenio de Aarhus; Art. 7, párrafo 4 del Acuerdo de Escazú.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

propuestas por el solicitante de la decisión. El único requisito o guía que establecen los tratados de acceso es que “se prevean plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público (...) y para que el público se prepare y participe efectivamente en los trabajos a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones en materia ambiental”¹¹⁷⁹ o “contemplar plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público y para que este participe en forma efectiva”.¹¹⁸⁰

Otro requisito fundamental de la participación efectiva es que las autoridades públicas tomen debidamente en cuenta las observaciones del público al momento de tomar la decisión.¹¹⁸¹ Este requisito no implica un derecho de veto del público a ciertas actividades, pues las autoridades no están obligadas a ajustarse a los resultados del proceso de participación pública. Sin embargo, el hecho de que las autoridades mantengan esta discrecionalidad no significa que puedan ignorar las opiniones del público, pues entonces la participación dejaría de ser efectiva y se convertiría en un simple proceso de transparencia y (falsa) legitimación de decisiones.

La única manera de saber si los resultados del proceso de participación han sido debidamente tomados en cuenta es a través de la exposición de motivos, razonamientos realizados, así como las variables, escenarios y argumentos ponderados al adoptar la decisión. Por ello, el derecho internacional obliga a los Estados a informar al público de la decisión y de los motivos y fundamentos que la sustentan, así como del modo en que se tuvieron en cuenta sus observaciones.¹¹⁸² Esta obligación va nuevamente de la mano con el derecho al acceso a la información, donde el público puede solicitar información relativa a los estudios o análisis económicos que se hayan utilizado para adoptar la decisión.¹¹⁸³ De ahí la importancia de que el Convenio de Aarhus incluya dentro de la definición de información ambiental “los análisis de costos-beneficios y otros análisis e hipótesis económicas utilizadas en la toma de decisiones en materia ambiental”.¹¹⁸⁴

Finalmente, la efectividad del derecho a la participación pública en asuntos ambientales depende de la existencia de mecanismos para impugnar aquellas decisiones cuyo proceso pudiera ser deficiente por la falta de cumplimiento de uno o varios de los requisitos de la participación pública abordados en esta sección. En este sentido, el Acuerdo de Escazú dispone que los Estados deben informar al público de los procedimientos administrativos y judiciales específicamente para las

¹¹⁷⁹ Art. 6, párrafo 3 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁸⁰ Art. 7, párrafo 5 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁸¹ Art. 7, párrafo 7 del Acuerdo de Escazú; y Art. 6, párrafo 8 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁸² Art. 7, párrafo 8 del Acuerdo de Escazú;

¹¹⁸³ Art. 5 del Convenio de Aarhus.

¹¹⁸⁴ Art. 2, párrafo 3, inciso b) del Convenio de Aarhus.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

decisiones relacionadas con la Evaluación de Impacto Ambiental.¹¹⁸⁵ Esta obligación no se aplica a otras decisiones sobre actividades y proyectos, ni a decisiones sobre planes, programas, estrategias, leyes, reglamentos y negociaciones en foros internacionales.

2.3. Derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales

El derecho al acceso a la justicia consiste en “el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad la protección de un derecho legalmente reconocido. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana”.¹¹⁸⁶

Algunas de las características básicas de este derecho incluyen: 1) que la administración de justicia debe realizarse por tribunales previamente establecidos; 2) que tribunales o cortes deben emitir sus resoluciones de manera pronta, imparcial y completa; 3) se debe de garantizar un servicio de asistencia legal para que todas las personas puedan ejercer sus derechos ante cortes y tribunales; y 4) se debe garantizar la igualdad y no discriminación en el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales.¹¹⁸⁷

El derecho al acceso a la justicia ambiental obliga a los Estados a establecer medios jurídicos e institucionales adecuados para la defensa de los derechos relativos al medio ambiente, su pronta resolución y ejecución.

El Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú tienen por objetivo establecer algunas reglas mínimas de procedimiento para la administración de justicia, que cada país deberían incluir para facilitar a las personas ejercer sus derechos al acceso a la información, a la participación pública, su derecho a un medio ambiente sano y, en las jurisdicciones más vanguardistas, defender los derechos de la naturaleza.¹¹⁸⁸

El alcance material de este derecho se refiere a las acciones u omisiones relacionadas con el medio ambiente contra las cuales debería existir recursos judiciales y administrativos al alcance de las personas afectadas. Ambos tratados

¹¹⁸⁵ Art. 7, párrafo 9 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁸⁶ Ver: H. BIRGIN y N. GHERARDI, “El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres” en A. ETCHEGOYEN (coord.), *Mujer y acceso a la justicia* (El Mono Armado 2008) pp. 4-5. Citadas en M. ANGLÉS HERNÁNDEZ, “Algunas vías de acceso a la justicia ambiental” en G. ESQUIVEL, F. IBARRA PALAFOX y P. SALAZAR UGARTE (coord.), *Cien ensayos para el Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Tomo 2 Estudios Jurídicos (UNAM 2017) pp. 1-20.

¹¹⁸⁷ M. ANGLÉS HERNÁNDEZ, “Algunas vías de acceso a la justicia ambiental...”, cit., p. 2.

¹¹⁸⁸ Ver también: Consejo Europeo, “Human Rights for the Planet” (5 October 2020) *High Level International Conference on Human Rights and Environmental Protection*. Disponible en <<https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights-for-the-planet>>.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

ambientales coinciden en que el acceso a instancias judiciales y administrativas, deben contemplar tanto el fondo como el procedimiento, y se refieren a cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental, por ejemplo, que alguna solicitud haya sido ignorada en todo o en parte, o insuficientemente tenida en cuenta;
- b) Cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y
- c) Cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.¹¹⁸⁹

El Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú establecen que las Partes deben “velar” o “garantizar” el derecho a acceder a la justicia de acuerdo con las garantías del debido proceso.¹¹⁹⁰ El derecho al acceso a la justicia se describe con más detalle más adelante. Por ahora, basta mencionar que los tratados establecen estándares mínimos de procedimiento que deben seguir las autoridades administrativas y judiciales al decidir casos que caen dentro de los supuestos anteriores.

Si la participación pública es central para definir los objetivos y los medios para alcanzar el desarrollo sostenible y si la inversión extranjera se ha promovido como uno de los medios para promoverla, entonces es lógico pensar que la participación pública en la toma de decisiones relativas a las inversiones es también fundamental para garantizar que ésta se utilice de manera adecuada.¹¹⁹¹ En otras palabras, la participación pública es necesaria para establecer las normas y condiciones necesarias para que la inversión extranjera que entra en el territorio del Estado anfitrión cumpla con una función ecológica y social, así como para prevenir, controlar o evitar la degradación ambiental.

3. Puntos de entrada para la aplicación de los derechos procedimentales ambientales a asuntos relacionados con la inversión extranjera

En las próximas páginas me dispongo a identificar brevemente los espacios de regulación de los proyectos de inversión extranjera para delinear los puntos de entrada de los derechos procedimentales ambientales en los asuntos relacionados con las inversiones. Posteriormente, reflexionaré sobre la potencial aplicación de

¹¹⁸⁹ Art. 9, párrafo 1 del Convenio de Aarhus; Art. 8, párrafo 2 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁹⁰ Art. 9, párrafo 1 del Convenio de Aarhus; Art. 8, párrafo 1 del Acuerdo de Escazú.

¹¹⁹¹ Siguiendo una lógica similar, ver: A. KENT, T. GARZZINI y E. DE. BRANDEBERE, “Public Participation in International Investment Law: Setting the Scene” en E. DE BRANDEBERE, T. GARZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 3-14.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

los estándares internacionales para la participación pública a los inversionistas extranjeros en dos posibles roles: 1) como titulares de derechos procedimentales ambientales; y 2) como destinatarios de obligaciones relacionadas con estos derechos procedimentales ambientales, en caso de desempeñar alguna función pública.

3.1. Espacios de regulación de la inversión extranjera

La regulación de la inversión extranjera se caracteriza por la confluencia de normas de: 1) derecho interno del Estado receptor; 2) derecho internacional; 3) redes de contratos inversor-Estado, inversor-institución financiera, inversor-particulares en el Estado receptor; y 4) directrices, principios y estándares no vinculantes desarrollados por la industria, organizaciones internacionales o instituciones financieras. En ocasiones, también se podría considerar el derecho interno los Estados de origen de la inversión en casos de litigio transnacional de responsabilidad empresarial¹¹⁹² y/o la ejecución de laudos arbitrales de inversiones.¹¹⁹³

¹¹⁹² Ver: F. WIJDEKOP, "Human Rights Obligations of Transnational Corporations in Tort Law" (IUCN National Committee of the Netherlands, sin fecha) p. 13. Disponible en

< https://www.iucn.nl/app/uploads/2021/03/human_rights_femke_wijdekop_final.pdf>. Esto se está volviendo cada vez más real y apremiante en el contexto del litigio climático. Ver: C. MACCHI y J. VAN ZEBEN, "Business and human rights implications of climate change litigation: *Milieudefensie et. al. V. Royal Dutch Shell*" (2021) *Review of European, Comparative and International Environmental Law* Vol. 30, No. 3, pp. 409-415; A. HÖSLI, "Milieudefensie et. Al., v. Shell: A Tipping Point in Climate Change Litigation against Corporations?" (2021) *Climate Law* Vol. 11, No. 2, pp. 195-209.

¹¹⁹³ Algunas jurisdicciones pueden exigir que se lleve a cabo un procedimiento judicial de exequatur para declarar que el laudo arbitral es ejecutable en su propio país. En el proceso se aplica tanto la Convención de Nueva York como el derecho interno del país donde se busca la ejecución. En estos casos, las cortes verifican que el laudo no sea contrario aspectos básicos de su derecho interno como el bien público. Ello no significa que esta Corte tenga competencias para revisar el laudo, sino únicamente prevenir que la ejecución sea contraria a su política pública o aspectos fundamentales de su derecho interno. Ver: Art. V(2) de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (firma 10 de junio de 1958, entrada en vigor 7 de junio de 1959) 330 *UNTS* p. 3. También ver: CNUDMI, "Guía relativa a la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras" (2016); D. JIMENEZ, "The Enforcement of International Arbitral Awards" (2016-2017) *Ateneo Law Journal* Vol. 61, Special Issue, pp. 55-73; Y. EMRE, "A refusal reason of recognition and enforcement of foreign arbitral awards: public policy" (2019) *Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu* Vol. 56, No. 2, pp. 503-524.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera



Ilustración 2. Normas que regulan la inversión extranjera. Fuente: adaptación de L. COTULA, *Foreign Investment, law and sustainable development. A Handbook on agriculture and extractive industries* (IIED 2015) p. 11.

Por lo que se refiere al derecho internacional, normalmente se habla de los acuerdos multilaterales de medio ambiente, los AII, los tratados de derechos humanos, los acuerdos en materia fiscal y los de lucha contra la corrupción. Los tratados que interesan para la regulación de la inversión extranjera son aquellos que la afectan ya sea de manera directa, por ejemplo los AII que crean obligaciones de trato a cargo de los Estados y derechos a favor de los inversionistas extranjeros, o de manera indirecta, por ejemplo los acuerdos de medio ambiente que obligan a los Estados a tomar medidas para reducir los efectos ambientales de las actividades económicas que se desarrollan en su territorio.¹¹⁹⁴ En esta investigación, me enfocaré en analizar la posible aplicación de los estándares internacionales relativos a los derechos procedimentales ambientales a los AII únicamente.

Los Estados anfitriones que sean Parte en el PIDCP o algún tratado regional de derechos humanos tienen una obligación de garantizar los derechos de participación, acceso a la justicia y libertad de expresión. Si además, el Estado anfitrión es signatario del Acuerdo de Escazú o del Convenio de Aarhus, entonces el Estado está obligado a cumplir con estándares mínimos aún más estrictos que aquellos contenidos en tratados de derechos humanos de carácter general. Comúnmente, los Estados también cuentan con normativa sobre transparencia y rendición de cuentas que puede estar o no enfocada a asuntos ambientales y sus normas procedimentales de acceso a la justicia. Todos ellos podrían ser aplicables

¹¹⁹⁴ Sobre el tratado de derechos humanos actualmente en negociación que aborda específicamente a las empresas ver: A. PIGRAU SOLÉ y D. IGLESIAS MÁRQUEZ, "The Revised Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights: towards the next round of negotiations" (2019) *ICIP Policy Paper* No. 19. Mas allá de esos tratados, también se discuten formas de demandar la responsabilidad internacional de daños ambientales causados por actores privados, ver: D. DAM-DE JONG y S. WOLTERS, "Through the Looking Glass: Corporate Actors and Environmental Harm Beyond the ILC" (2020) *Goettingen Journal of International Law* Vol. 10, No. 1, pp. 111-149.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

a distintas decisiones relacionadas con los proyectos de inversión extranjera, pero su análisis escapa los alcances de esta investigación.

En relación con el derecho interno del Estado anfitrión incluye la Constitución, las leyes sectoriales y ambientales, las leyes específicas de inversiones, las leyes sobre el derecho de sociedades o derecho corporativo, las leyes fiscales, las leyes relacionadas con la transparencia y el acceso a la información, etc. En otras palabras, cuando se habla de la regulación de la inversión extranjera en el derecho interno no me refiero a las leyes de inversiones únicamente, sino a toda la gama de normas que le aplican. Asimismo, en el derecho interno se incluyen las decisiones administrativas y judiciales que afectan el establecimiento, funcionamiento, operación, expansión o cierre de las actividades de las inversiones. Por ejemplo, los permisos ambientales, las autorizaciones de inversiones, etc.

Los contratos pueden ser entre el inversionista y el Estado, el inversionista y una institución financiera o entre el inversionista y otros actores privados, como las comunidades locales, pequeños propietarios o pueblos indígenas.¹¹⁹⁵ Los contratos inversionista-Estado son particularmente importantes para la regulación de la inversión extranjera y la participación del público, especialmente, debido a que, en ocasiones, los Estados comprometen de alguna manera sus poderes soberanos, o los términos del contrato afectan los derechos de terceros. Por ejemplo, contratos inversionista-Estado con cláusulas de estabilización donde los Estados se comprometen a abstenerse de modificar el marco legal aplicable a la inversión a lo largo del ciclo de vida del proyecto o a compensar por los efectos económicos que las nuevas regulaciones ambientales pudiesen tener sobre la inversión.¹¹⁹⁶ También hay contratos que contienen cláusulas que afectan la distribución de las cargas y de los beneficios de las inversiones, comúnmente en materia ambiental, por ejemplo, cuando las partes acuerdan que el Estado se encargará de desarrollar actividades de remediación ambiental al finalizar el ciclo de vida del proyecto de inversión o de desarrollo.¹¹⁹⁷ En el contexto actual, donde hay un gran ímpetu por

¹¹⁹⁵ L. COTULA, "Reconsidering Sovereignty, Ownership and Consent in Natural Resource Contracts: From Concepts to Practice" in M. BUNGENBERG et. al. *European Yearbook of International Economic Law 2018* (Springer 2018) p. 165.

¹¹⁹⁶ Ver Capítulo 1, sección 4.1. La internacionalización de los contratos inversionista-Estado. Ver también: S. FRANK, "Stabilization clauses in long-term investment contracts in the energy sector in Africa" en K. MILES (ed.) *Research Handbook on Environment and Investment Law* (Edward Elgar 2019) pp. 340-363.

¹¹⁹⁷ Por ejemplo, la empresa estatal argentina de petróleos Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) y la empresa americana Chevron Corporation firmaron un contrato de inversión para la explotación de un depósito de petróleo y gas shale en el depósito Vaca Muerta en Argentina, donde las partes liberaron a Chevron de toda responsabilidad ambiental y depositaron toda la posible responsabilidad ambiental en la empresa estatal YPF. Sobre este ejemplo ver: G. MEDICI COLOMBO, "Access to environmental information in Latin America: The Inter-American Court of Human Rights to the rescue" in B. FELIPE PEREZ, D. IGLESIAS MÁRQUEZ Y L. MARTINEZ HERNÁNDEZ (eds.) *Rethinking sustainable development in terms of justice: Issues of Theory, Law and Governance* (Cambridge

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

formar asociaciones público-privadas para lograr los ODS, los contratos inversionista-Estado se están convirtiendo o se convertirán en los protagonistas de la regulación de la inversión extranjera.¹¹⁹⁸ En esta investigación únicamente analizaré la aplicación de los derechos procedimentales ambientales a los contratos inversionista-Estado.

Los contratos entre el inversionista y las instituciones financieras tienen relevancia para la regulación de la inversión extranjera y también para la democracia ambiental, aunque en un sentido más indirecto. Aunque en estos contratos no intervenga ningún ente Estatal o de gobierno, las instituciones financieras pueden regular la conducta de los inversionistas a través de cláusulas contractuales que les obliguen a cumplir con estándares sociales y ambientales mínimos establecidos por estas. En ocasiones, las instituciones financieras establecen mecanismos de control relativos a los proyectos financiados por ellas, por ejemplo, el CAO de la CFI investiga las quejas presentadas por personas que se sienten afectadas por los proyectos financiados por la CFI o que consideran que dichos proyectos no cumplen con los estándares sociales y ambientales de la organización internacional.¹¹⁹⁹ Las instituciones financieras internacionales normalmente quedan fuera del alcance de los derechos procedimentales ambientales, motivo por el cual este tipo de contratos se excluyen de este estudio.

El caso de los contratos entre inversionistas y otros entes privados, por ejemplo, comunidades indígenas o locales, o pequeños propietarios de tierras en zonas rurales es diferente a los contratos inversionista-Estado porque ninguna de las partes ejerce un poder soberano al contraer un compromiso por medio de un contrato. Normalmente, estos contratos se rigen por el derecho civil del Estado anfitrión, quedando fuera del alcance de los derechos procedimentales ambientales.¹²⁰⁰

Scholars Publishing 2018) pp. 160-182. De igual manera, en el Ecuador, Chevron Corporation y la empresa estatal ecuatoriana PetroEcuador firmaron un acuerdo donde se liberó a Chevron de responsabilidad por los daños ambientales derivados de sus operaciones en la amazonía ecuatoriana. La contaminación provocada por Chevron resultó ser tan grave, que se le considera el "Chernobyl" de la Amazonía. Ver: *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23; A. PIGRAU SOLÉ, "The Texaco-Chevron case in Ecuador: Law and justice in the age of globalization" (2014) *Revista Catalana de Dret Ambiental* Vol. V, No. 1, pp. 1-43.

¹¹⁹⁸ Ver: L. COTULA, "Rethinking Investment Contracts through a Sustainable Development Lens" en E. BLANCO y J. RAZZAQUE, *Natural Resources and the Green Economy* (Brill 2012) pp. 13-35; J. GJUZI, *Stabilization Clauses in International Investment Law: A Sustainable Development Approach* (Springer 2018); L. COTULA, "Investment Contracts and International Law: Charting a Research Agenda" (2020) *European Journal of International Law* Vol. 31, No. 1, pp. 353-368.

¹¹⁹⁹ Sobre el CAO ver la página oficial: <http://www.cao-ombudsman.org>. También ver: J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment...*, cit., pp. 73-82; J. E. VIÑUALES, "Investor Diligence in Investment Arbitration...", cit., pp. 346-370.

¹²⁰⁰ Me gustaría recalcar que estos contratos son de vital importancia para la sostenibilidad y la justicia social, por lo que los Estados anfitriones deberían ejercer una función de garante de que estas transacciones entre privados sean justas. En ocasiones, esto se garantiza a través de tratados

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Las directrices, principios y estándares no vinculantes desarrollados por la industria, organizaciones internacionales o instituciones financieras también son una forma de auto-regulación de la inversión extranjera. Si bien son iniciativas voluntarias, una vez que las empresas deciden adoptar o seguir los principios o estándares, tienen un deber de reportar los efectos de sus actividades en el medio ambiente. Ejemplos de estas formas de auto-regulación son los Principios de la OECD para las empresas multinacionales,¹²⁰¹ los Principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas¹²⁰² y los Principios rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos.¹²⁰³ Normalmente estos instrumentos de auto-regulación cuentan con normas para el reporte y la difusión de información sobre el desempeño de la empresa a actores interesantes, así como procesos de diálogo con la sociedad civil, e incluso mecanismos de quejas disponibles para la sociedad civil. Estos instrumentos voluntarios son complementarios a los derechos procedimentales ambientales, pero quedan fuera del alcance de estos derechos y, en consecuencia, tampoco se han incluido en este análisis.

En resumen, la regulación de la inversión extranjera es compleja y es fundamental que todos estos elementos sean coherentes y que busquen orientar la conducta de los inversionistas de manera tal que se conviertan en parte de las soluciones a los retos globales. Sin embargo, los intereses económicos que hay en estos elementos de regulación, en especial en los contratos inversionista-Estado, y la disparidad en el poder de negociación que hay entre países en desarrollo y las empresas multinacionales hacen que estos elementos no siempre estén debidamente orientados para garantizar que las inversiones que ingresan en el territorio sean de calidad, que contribuyan al desarrollo sostenible, que internalicen los costos ambientales y sociales de las conductas de las empresas o que distribuyan de manera equitativa los beneficios derivados de la utilización de los recursos naturales.

internacionales. Por ejemplo, el Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas, administrativas o de política para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales se compartan de manera justa y equitativa con dichas comunidades "sobre la base de condiciones mutuamente acordadas". Ver: Art. 5 del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio de Diversidad Biológica (firma 29 de octubre de 2010, entrada en vigor 12 de octubre de 2014) 3008 UNTS.

¹²⁰¹ OCDE, "G20/OECD Principles of Corporate Governance: OECD Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors" (2015); OCDE, "Líneas Directrices para Empresas Multinacionales" (2011).

¹²⁰² ONU, El Pacto Mundial de las Naciones Unidas, "Los diez principios" (sin fecha). Disponible en <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>>; ONU, "Principios para la inversión responsable" (sin fecha) Disponible en <<https://www.unpri.org/>>.

¹²⁰³ OHCHR, "Principios rectores de empresas y derechos humanos", cit., no. 923; también existen otros estándares específicos dependiendo del tipo de inversor, tipo de inversión y de sector.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

La participación pública podría aportar numerosos beneficios para mejorar en cada uno de los elementos de la regulación de las inversiones extranjeras. A continuación, me dedicaré a reflexionar sobre la aplicación de los estándares internacionales para la participación pública a los inversionistas extranjeros en los dos posibles roles: 1) como titulares de derechos procedimentales ambientales; y 2) como destinatarios de obligaciones relacionadas con estos derechos procedimentales ambientales.

3.2. Los inversionistas extranjeros como titulares de derechos procedimentales ambientales

El DIIE justifica las protecciones de los inversionistas extranjeros contra medidas de aplicación general que interfieren con la obtención de los beneficios proyectados de su inversión con el argumento de éstos están excluidos de los procesos democráticos nacionales, por lo que no tienen quien les represente y no tienen manera de influenciar las decisiones. incluso en aquellos casos en que dichos actos sean el resultado de procesos democráticos en los Estados anfitriones.¹²⁰⁴ Esta noción no necesariamente es acorde con la realidad porque obvia que las grandes corporaciones acumulan un gran poder económico que se traduce en una influencia *de facto* en las decisiones o políticas nacionales.¹²⁰⁵

La democracia participativa crea derechos complementarios a la democracia representativa que, en mi opinión, faculta a los inversionistas extranjeros a participar en determinados procesos de toma de decisiones, siempre que cumplan con ciertas condiciones.

Como todos los derechos humanos, los derechos procedimentales ambientales extienden la titularidad de los derechos a todos los *individuos* que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado Parte, sin discriminación por motivo de origen o nacionalidad.¹²⁰⁶ Además de los individuos, el Convenio de

¹²⁰⁴ L. COTULA, "Democracy and International Investment Law" (2017) *Leiden Journal of International Law* Vol. 30, pp. 351-382. Ver también: *Técnicas Medioambientales Tecmend S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo 2003) párr. 122; *Joseph Charles Lemire V. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award (28 March 2011), párr. 57; *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015); *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2, Laudo (18 abril 2013); *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, Claimant's notice of arbitration (30 April 2013); *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018), entre otros.

¹²⁰⁵ Ver: *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, donde el inversionista claramente utilizó sus influencias para hacer que el ejecutivo presentara una propuesta de reforma a la ley de minería que fuera favorable a sus intereses.

¹²⁰⁶ Corte IDH, Opinión consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia. Medio ambiente y derechos humanos. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal- interpretación y alcance de los artículos 4.1. y 5.1., en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (15 de noviembre de 2017) pp. 72-82.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Aarhus y el Acuerdo de Escazú reconocen a algunas *personas jurídicas* como titulares de derechos de acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en asuntos ambientales, siempre y cuando persigan la protección del medio ambiente como uno de sus objetivos y cumplan con los requisitos del derecho interno sobre la constitución y reconocimiento de la persona moral.¹²⁰⁷

Tanto el Convenio de Aarhus como el Acuerdo de Escazú reconocen el “principio de igualdad y no discriminación”.¹²⁰⁸ De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basa en motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, *el origen nacional*, la posición económica, etc., que tiene por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹²⁰⁹

En el caso específico del derecho a tomar parte en las elecciones, a votar y a ser elegido, los derechos humanos sí permiten una distinción entre nacionales y no nacionales de un Estado. Estos derechos de participación política *representativa*, en los procesos electorales están reservados para los ciudadanos.¹²¹⁰ Sin embargo, los derechos procedimentales ambientales son propios de una democracia participativa que suceden de manera independiente a los procesos electorales, en los cuales tanto el Convenio de Aarhus como el Acuerdo de Escazú eliminan cualquier tipo de distinción por motivos del origen o nacionalidad de las personas físicas o jurídicas en el ejercicio de estos derechos.¹²¹¹

¹²⁰⁷ Art. 2.4 y 3.4 del Convenio de Aarhus; y Art. 2 (d) del Acuerdo de Escazú. Esto constituye una divergencia importante respecto de los derechos humanos tradicionales. Sobre los titulares de derechos bajo los instrumentos tradicionales de derechos humanos ver: CDESC, “Observación general no. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” (1990) párr. 9. Sobre la divergencia ver: CEPAL, “Sociedad, derechos y medio ambiente...”, p. 23.

¹²⁰⁸ Art. 3 del Convenio de Aarhus; Art. 3 del Acuerdo de Escazú.

¹²⁰⁹ CCPR, “Observación General no. 18. No discriminación” (1989) párr. 7; ver también art. 1 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (firma 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor 4 de enero de 1969) 660 UNTS p. 1 (en adelante CIEDR); y art. 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (firma 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981) 1249 UNTS p. 1 (en adelante CEDM).

¹²¹⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, “Recomendación General No. XX relativa al artículo 5 de la Convención”, aprobada en el 48º período de sesiones (1996), párrafo 3.

¹²¹¹ Art. 3, párrafo 9, Convenio de Aarhus; Art. 3 del Acuerdo de Escazú y art. 2 de la Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (signed 25 February 1991; entry into force 10 September 1997) UNTS Vol.1989, p. 309.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

En el ámbito del arbitraje de inversiones, también se reconoce que los extranjeros tienen derecho a un proceso justo ante las cortes.¹²¹² En *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, el tribunal reconoció que el Líbano es Parte en el PIDCP y que el art. 14 establece una obligación general de los Estados de garantizar un procedimiento justo, lo que se puede interpretar como una extensión de la titularidad del derecho humano al acceso a la justicia al inversionista extranjero.¹²¹³

En conclusión, un inversionista extranjero en su calidad de *persona física* que se encuentra en el territorio de un Estado Parte en el Acuerdo de Escazú o del Convenio de Aarhus puede hacer un ejercicio pleno de los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales. Dado que el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú extienden la titularidad de los derechos a las personas morales, se podría interpretar que los inversionistas extranjeros en su calidad de las personas jurídicas también tienen derecho al acceso a la información ambiental y a la participación pública en la toma de decisiones, en los mismos términos que lo hacen los nacionales.¹²¹⁴

Sin embargo, el derecho de acceso a la justicia *en asuntos ambientales* podría presentar algunas particularidades para los inversionistas extranjeros, en calidad de personas jurídicas. En mi opinión, como personas jurídicas, podrán iniciar procedimientos administrativos o judiciales en contra de decisiones que afecten sus derechos de acceso a la información o participación pública en la toma de decisiones, así como en contra de la acción u omisión del gobierno que produzca algún daño ambiental que tenga efectos sobre su inversión/propiedad. Si el daño ambiental no se manifiesta como un daño patrimonial, sino únicamente como un daño ecológico puro, es posible que un inversionista extranjero, en calidad de persona jurídica, no tenga legitimación activa para defender el medio ambiente si los objetivos de la persona jurídica no están específicamente relacionados con la

¹²¹² Ver: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14; P.M. Dupuy and J. E. Viñuales, "Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress" in M. Bungenber, J. Griebel, S. Hobe and A. Reinisch (eds), *International Investment Law (Nomos 2012)* p. 1749.

¹²¹³ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (11 September 2009) párr. 158-168.

¹²¹⁴ El Convenio de Aarhus hace una referencia específica a ofrecer apoyo las personas jurídicas que tengan por objetivo la protección del medio ambiente para que puedan ejercer los derechos de participación plenamente. Ver: Art. 3.4. Convenio de Aarhus; y Art.1 del Acuerdo de Escazú. Esta ayuda no pretende excluir a otros entes privados cuyos objetivos sean distintos o más amplios. La intención es eliminar barreras que aquellas puedan encontrar para cumplir con sus objetivos de protección ambiental. De conformidad con el Comité de Derechos Humanos cuando hay discriminación de facto, los Estados deben desarrollar programas que fomenten la participación en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida pública y política. Ver: CCPR, "Observación General no. 18. No discriminación"..., cit., párr. 9; CDH, "Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para superar esas trabas" (30 junio de 2014) párr. 92; CDH, Resolución 30/9, "Participación en condiciones de igualdad en la vida política y pública" (12 de octubre de 2015) párr. 7.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

protección del medio ambiente. Cuando la inversión se vea afectada por un daño ambiental y, dependiendo de las normas procesales del Estado anfitrión, el inversionista extranjero podría tener legitimación activa al igual que cualquier otra empresa nacional afectada por el mismo evento o conducta del gobierno.

3.3. Los inversionistas extranjeros como destinatarios de obligaciones relacionadas con los derechos procesales ambientales

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, los destinatarios de las obligaciones de derechos humanos son “todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango –nacional, regional o local”.¹²¹⁵

En la última década, el derecho internacional ha avanzado en el reconocimiento de diversos roles del Estado y de las empresas en relación con los derechos humanos. En 2011 se adoptó el Marco para Proteger, Respetar y Remediar y sus Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos, que clarifica estos roles a través de sus tres pilares de actuación: 1) la obligación del Estado de proteger a las personas bajo su jurisdicción, incluso contra abusos cometidos por terceros; 2) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y 3) la obligación de garantizar el acceso a mecanismos de reparación.¹²¹⁶

La obligación del Estado de proteger, implica, entre otras cosas, una obligación de regular a las empresas y sus actividades.¹²¹⁷ Específicamente en relación con los derechos de participación, ello abre la puerta a especificar en el derecho interno los casos en que las empresas privadas deben hacer pública la información ambiental o relacionada con el medio ambiente que obre en sus manos; los procedimientos y requisitos para desarrollar un proceso de diligencia debida empresarial, detallando la forma y el momento de implicar de manera significativa a actores interesados; así como procedimientos que las empresas deberían de adoptar para investigar internamente y reparar los daños causados a los derechos humanos y al medio ambiente derivado de sus operaciones.¹²¹⁸ Este tipo de

¹²¹⁵ CDH, “Observación General no. 31 [80]. Naturaleza de la obligación...”, cit., párr. 4; Directriz 1 de las Directrices de Bali; Ver también: PNUMA, “Putting Rio Principle 10 into Action...”, cit., p. 29.

¹²¹⁶ CDH, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a desarrollo. Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos” (7 de abril de 2008).

¹²¹⁷ Corte IDH, Opinión consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia..., cit., párr. 118, 119, 121, 146- 151; CDH, “Observación general No. 31 [80]. Naturaleza de la obligación...”, cit., párr. 13; CDESC, “Observación general No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” (11 de agosto de 2000) párr. 39.

¹²¹⁸ J. G. RUGGIE, *¿Solamente negocio?...*, cit., p. 148; OHCHR, “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos...”, cit., Principio 3.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

normas se pueden incluir en los códigos mercantiles que regulan la creación y la operación de las empresas o en leyes especiales.¹²¹⁹

Esto es especialmente relevante cuando los Estados privatizan la prestación de servicios públicos, en cuyo caso los Estados deben ejercer una supervisión adecuada de las empresas contratadas con vistas a cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos.¹²²⁰ Los Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales de derechos humanos al privatizar los servicios básicos tales como la distribución de gas, electricidad, agua y saneamiento y transporte público, por lo que deben garantizar que los contratos de prestación de servicios y/o la legislación que habilita esa prestación precisen que las empresas deben respetar los derechos humanos en sus operaciones y contratos con particulares.¹²²¹ En este sentido, en la medida en que un Estado faculte a empresas privadas para ejercer atribuciones del poder público o que tenga funciones que se puedan considerar públicas, las empresas podrían ser destinatarias de obligaciones de derechos humanos.¹²²²

El Convenio de Aarhus sigue esta lógica y amplía los destinatarios de las obligaciones relacionadas con el derecho de acceso a la información ambiental más allá de las autoridades y funcionarios públicos propiamente. Específicamente, se refiere a: 1) las personas físicas o morales que ejercen, en virtud del derecho interno, funciones administrativas, en particular tareas, actividades o servicios particulares relacionados con el medio ambiente; 2) personas físicas o morales que asuman responsabilidades o funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de un órgano o de una persona de la administración pública; y 3) las instituciones de cualquier organización de integración económica regional a que hace referencia el art.17 que sea parte en la Convención.¹²²³ Se trata de una ampliación considerable del concepto de autoridad pública para efectos de este tratado, ya que incluye institucionales, consultivas o corporativas, las personas físicas o jurídicas con funciones, responsabilidades o servicios relacionados, directa o indirectamente,

¹²¹⁹ OHCHR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos...", cit., Principio 3 b) y comentarios.

¹²²⁰ OHCHR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos...", cit., Principios 5 y 11.

¹²²¹ *Ibid.*, Principio 5.

¹²²² CDESC, "Observación general no. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales" (29 de mayo a 23 de junio de 2017) párr. 11.

¹²²³ Art. 2.2 del Convenio de Aarhus. Sobre un análisis de la interpretación y compilación jurisprudencial de esta disposición ver: UNECE, "The Aarhus Convention. An Implementation...", cit, pp. 46-48. Ver también: Art. 2.3. de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, *Diario Oficial de la Unión Europea* (14 de febrero de 2003).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

con el medio ambiente y bajo el control de aquellos.¹²²⁴ El objetivo de ampliar los destinatarios de las obligaciones es evitar que prácticas como la privatización u otro tipo de contrataciones públicas que transfieran funciones o servicios a entes privados resulten en una reducción del derecho al acceso a la información o de las obligaciones de transparencia y rendición de cuentas de los Estados.¹²²⁵

Lo anterior implica que los inversionistas extranjeros que se encuentren en alguno de los Estados Parte del Convenio de Aarhus y que sean titulares de una concesión o un contrato donde provean servicios públicos relacionados con el medio ambiente, por ejemplo, un servicio de agua y saneamiento, también estarían obligados a proporcionar información ambiental en los términos establecidos por este tratado.

El Acuerdo de Escazú también incluye como destinatarios de obligaciones de acceso a la información ambiental a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos (directa o indirectamente), pero sólo en lo que respecta a los fondos o beneficios públicos recibidos.¹²²⁶ Esta característica del Acuerdo de Escazú es fundamental en relación con el ODS 16 que promueve las alianzas para la implementación de la Agenda 2030. Mientras más se promueva la inversión de recursos públicos para estimular la inversión privada, más importante será establecer, por ley o por tratado, la obligación de las empresas (nacionales o extranjeras) de hacer pública la información relacionada con el uso de dichos fondos.

El rol de las empresas respecto a los derechos de participación pública en la toma de decisiones y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente es menos claro. Los tratados son silenciosos al respecto¹²²⁷ y, por regla general, no son destinatarios de obligaciones establecidas en tratados internacionales de derechos humanos. Ello no excluye la posibilidad de que las empresas tengan obligaciones en relación con la participación pública de acuerdo con el derecho interno del

¹²²⁴ L. CASADO CASADO, "El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud" en A. PIGRAU SOLÉ (Director), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus* (Atelier 2008) p. 237.

¹²²⁵ PNUMA, "Putting Rio Principle 10 into Action...", cit, p. 29.; J. EBBENSSON, "Public Participation and Privatisation in Environmental Matters: An Assessment of the Aarhus Convention" (2011) *Erasmus Law Review* Vol. 4, No. 2, pp. 71-89; Comisión Europea, "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso del público a la información medioambiental (29 de junio de 2000) COM 2000 402 final, pp. 10-11.

¹²²⁶ Art. 2, inciso b) del Acuerdo de Escazú.

¹²²⁷ Ver: A. PALLARÉS SERRANO, "La participación pública en materia de medio ambiente" en A. PIGRAU SOLÉ (Director) *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus* (Atelier 2008) p. 318.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Estado anfitrión cuando presten servicios públicos¹²²⁸ o cuando las inversiones puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas.¹²²⁹

En este sentido, es ampliamente reconocido que los Estados deberían imponer a las empresas requisitos de debida diligencia en materia de derechos humanos.¹²³⁰ Incluso cuando estos requisitos no estén establecidos en el derecho interno, las empresas actualmente ya tienen un deber -aunque no una obligación jurídicamente vinculante- de llevar a cabo procesos de debida diligencia con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos.¹²³¹ Al conducir los procesos de debida diligencia, las empresas deben incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas.¹²³² Asimismo, las empresas deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar sus actividades.¹²³³ Por ejemplo, en Francia, la Ley de vigilancia adoptada en 2017 establece una obligación a cargo de las empresas que tengan más de 5000 empleados en Francia o 10,000 empleados en todo el mundo, de desarrollar un plan de prevención y vigilancia de abusos de derechos humanos, daños al medio ambiente, la salud y la seguridad personal a lo largo de toda su cadena de valor. Dicho plan de vigilancia debe de elaborarse a través de procesos de consulta con terceros interesados y se debe de hacer público. Además, las empresas deben establecer un mecanismo de investigación de posibles faltas o incumplimiento con el plan de vigilancia. Finalmente, la Ley prevé sanciones especiales en caso de que las empresas sean declaradas responsables por dichos abusos en procedimientos judiciales en Francia.¹²³⁴

¹²²⁸ CDESC, "Observación general no. 24 sobre las obligaciones de los Estados...", cit., párr. 21 y 22.

¹²²⁹ *Ibid.*, párr. 12.

¹²³⁰ *Ibid.*, párr. 21.

¹²³¹ OHCDR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos...", cit., Principio 17.

¹²³² *Ibid.*, Principio 18.

¹²³³ ONU, "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: guía de referencia para las empresas" (2013) p. 26. Disponible en

<https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fhuman_rights%2FIndigenousPeoples%2FBusinessGuide_ES.pdf>.

¹²³⁴ Loi no. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (27 mars 2017) *Journal Officiel de la République Française* No. 0074. Ver también: C. LAVITE, "The French Loi de Vigilance: Prospects and Limitations of a Pioneer Mandatory Corporate Due Diligence" (2020) *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*

<https://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00008722/The_French_Loi_de_Vigilance_Prospects_and_Limitations_of_a_Pioneer_Mandatory_Corporate_Due_Diligence.pdf>; D. SHARMA,

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

En relación con el derecho al acceso a la justicia, las empresas tampoco tienen obligaciones directas en virtud del Convenio de Aarhus, el Acuerdo de Escazú o los tratados de derechos humanos. No obstante, en el marco del deber de respetar los derechos humanos, cuando las empresas determinen que sus operaciones han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos, deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.¹²³⁵ Por tanto, se dice que las empresas deberían establecer mecanismos de reclamación a nivel operacional para los posibles afectados por las actividades empresariales. Naturalmente, estos mecanismos son adicionales a aquellos de reparación que los Estados deben establecer en cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos, en general,¹²³⁶ y de acceso a la justicia en asuntos ambientales, en particular.¹²³⁷

En atención a los casos en que las empresas ejercen funciones públicas, algunas leyes establecen sistemas de reclamación ante la administración contra vulneraciones cometidas por sujetos privados, sometidos por la ley a los deberes de suministrar información medioambiental.¹²³⁸

En resumen, las empresas pueden tener obligaciones directas e indirectas relacionadas con los derechos de participación pública. Dependiendo de la función que desempeñen, los inversionistas extranjeros pueden tener obligaciones directas respecto al derecho de acceso a la información medioambiental. En relación con la participación pública y el acceso a la justicia, los inversionistas no tienen obligaciones directas sino únicamente deberes de respetar los derechos en sus procesos de debida diligencia, además de aquellas obligaciones que surjan del derecho interno. Es claro que, respecto al derecho de acceso a la justicia ambiental, no se podría esperar que los inversionistas fueran destinatarios de obligaciones de derechos humanos directamente, sino que el derecho interno facilite a las víctimas de abusos cometidos por las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente, el acceso a recursos efectivos, ya sea en el ámbito nacional o internacional.

"Human rights and environmental due diligence legislation in Europe - Implications for global supply chains" (17 May 2021) *DLA Piper*

<<https://www.dlapiper.com/fr/france/insights/publications/2021/05/human-rights-and-environmental-due-diligence-legislation-in-europe/>>.

¹²³⁵ OHCHR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos...", cit., Principio 22.

¹²³⁶ Art. 14 del PIDCP; OHCHR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos...", cit., Principio 25; J. G. RUGGIE, *¿Solamente negocio?...*, cit., p. 154.

¹²³⁷ Art. 8 del Acuerdo de Escazú y art. 9 del Convenio de Aarhus.

¹²³⁸ Ver: Art. 21 de la Ley 27/2006 del 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) *BOE* No. 171 (19 de julio de 2006) p. 27109. Ver: L. CASADO CASADO, "El derecho de acceso a la información ambiental...", cit., pp. 289-291.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

4. Aplicación de los derechos procedimentales ambientales a los espacios de regulación de la inversión extranjera

En la sección anterior ya señalé la red de normas que afectan la inversión extranjera y delimité las áreas que serían incluidas en este análisis. En esta sección procedo al estudio de la posible aplicación de los derechos procedimentales ambientales a las esferas de regulación de la inversión extranjera. Se identifican cuatro espacios de regulación: los tratados internacionales de inversiones; las políticas internas relacionadas con la inversión (extranjera); los contratos de inversión y el arbitraje inversionista-Estado.

En este sentido, cabe aclarar que este estudio es general y no se enfoca en ningún país en concreto, por lo que su aplicación a un contexto específico dependerá de la confluencia de aspectos específicos del país que se estudie, tal como la ratificación del Acuerdo de Escazú o del Convenio de Aarhus, así como la legislación nacional en la materia.

4.1. Los tratados internacionales de inversiones

Los derechos procedimentales ambientales en relación con los AII se pueden analizar desde, al menos, dos perspectivas: 1) desde su aplicación en el proceso de negociación, firma y ratificación de los AII; y 2) desde su inclusión en los tratados internacionales.

En las próximas páginas, me dedicaré a delinear el alcance de los derechos procedimentales ambientales en los foros ambientales para dilucidar su posible aplicación a los procesos de negociación, firma y/o ratificación de los AII. Seguido procederé a analizar si en la práctica de negociación, firma y/o ratificación de los AII se han llevado a cabo procesos participativos y si cumplen con los estándares de los derechos procedimentales ambientales. Luego mostraré algunas buenas prácticas en el ámbito del derecho internacional ambiental para facilitar la participación del público en la negociación de tratados internacionales, que podrían servir de inspiración para la comunidad del DIIE en futuras negociaciones. Finalmente, describiré algunos avances recientes en la inclusión de disposiciones relacionadas con los derechos procedimentales ambientales en los AII.

4.1.1. Los derechos procedimentales ambientales en foros internacionales de negociación

Los procesos de formación del derecho internacional han sido histórica y tradicionalmente considerados confidenciales. Por ello, es difícil identificar un anclaje jurídico en términos de "derechos", principios o normas jurídicas que determinen qué información están obligados los Estados a diseminar, y cómo

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

puede participar la ciudadanía en los procesos de formación del derecho internacional.¹²³⁹

Por lo que se refiere al derecho al acceso a la información, el Convenio de Aarhus, el Acuerdo de Escazú y las Directrices de Bali tienen definiciones de "información ambiental" que delimitan el alcance del derecho.¹²⁴⁰ Ninguna de estas definiciones incluye documentos relacionados con la *negociación* de acuerdos internacionales, tales como los textos de negociación, la posición de país, o los borradores de acuerdo. El Convenio de Aarhus es ambiguo puesto que, por un lado, incluye disposiciones para promover la participación del público en foros internacionales y, por el otro, faculta a los Estados a rechazar una solicitud de información sobre el medio ambiente que pueda tener efectos desfavorables sobre las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública.¹²⁴¹ Es difícil lograr una participación efectiva del público si los Estados no están obligados a proveer información sobre las negociaciones internacionales.

En relación con el derecho a *participar* en la toma de decisiones, tanto el Convenio de Aarhus como el Acuerdo de Escazú incluyen disposiciones sobre la participación pública en foros internacionales, pero ambos lo hacen en términos ambiguos y no obligatorios.¹²⁴² El art. 3.7 del Convenio de Aarhus reza:

"cada Parte procurará que se apliquen los principios enunciados en la presente Convención en la toma de decisiones internacionales en materia de medio ambiente, así como en el marco de las organizaciones internacionales cuando se trate de medio ambiente".

Dado que la disposición es poco clara sobre la conducta requerida para su cumplimiento, las Partes desarrollaron las *Almaty Guidelines on Promoting the Application of the Principles of the Aarhus Convention in International Forums* (Directrices de Almaty) que ofrecen orientación a los Estados para aplicar los principios del Convenio de Aarhus en los foros internacionales.¹²⁴³

Algunas de las recomendaciones de las Directrices de Almaty a fin de facilitar el acceso a la información en procesos de negociación de acuerdos internacionales rezan:

¹²³⁹ A. BOYLE y K. MCCALL-SMITH, "Transparency in International Law-making" en A. BIANCHI y A. PETERS, *Transparency in International Law* (Cambridge University Press 2013) p. 422.

¹²⁴⁰ Art. 2.3 del Convenio de Aarhus; Art. 2 inciso c) del Acuerdo de Escazú y Directriz 2 de las Directrices de Bali.

¹²⁴¹ Ver Art. 4, párrafo 4, inciso b) del Convenio de Aarhus.

¹²⁴² Art. 3, párrafo 7 del Convenio de Aarhus; y Art. 7, párrafo 12 del Acuerdo de Escazú.

¹²⁴³ Economic Commission for Europe, Report on the Second Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Decision II/4, Almaty, Kazakhstan, 25-27 May 2005, UN Doc. ECE/MP.PP/2005/2/Add.5.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

- a) Alentar a los foros internacionales la adopción de políticas y procedimientos claros y transparentes sobre el acceso a la información ambiental. Dichas políticas deben fomentar tanto el fácil acceso como la comprensión de la información;
- b) Hacer pública la información ambiental que se encuentre en manos del foro, a través de internet, o de cualquier otro medio apropiado, y de manera oportuna, sujeto a las normas del foro en cuestión;
- c) Promover el acceso a la información sea libre de cargos, a través del uso de medios electrónicos como los centros de coordinación de información, o bases de datos y registros interactivos;
- d) Proveer información proactivamente, de manera accesible y, de ser posible, en los idiomas oficiales del foro internacional. Designar un punto focal o un oficial de información en los foros internacionales puede facilitar el flujo de información.
- e) Dar acceso a la información ambiental que esté en manos del foro internacional a todos los miembros del público que lo soliciten, sin necesidad de expresar un interés. Se recomienda a las Partes que provean la información solicitada con la mayor celeridad posible, tomando en cuenta que los plazos en la Convención es de un mes. La denegación de la solicitud de información debe seguir las orientaciones de la Convención en cuanto a las causas legítimas de resolución negativa de la solicitud.
- f) Presentar por escrito toda decisión negativa relativa al acceso a la información, expresando los motivos de la negativa y proveyendo información sobre los procedimientos de revisión de la decisión.

Las Directrices de Almaty identifican varias formas en que puede impulsarse la participación del público en foros internacionales, entre ellas: 1) el establecimiento de comités consultivos abiertos al público interesado; 2) el otorgamiento del estatus de observador a ONGs; 3) eventos en *webcasting*; 4) la acreditación de miembros del público como parte de la delegación o el equipo de negociación de un Estado; 5) la celebración de diálogos abiertos con el público; y 6) el lanzamiento de convocatorias generales a recibir los comentarios del público.¹²⁴⁴ Las Directrices del Almaty son silenciosas sobre el acceso a la justicia por asuntos relacionados con la falta de transparencia o del desarrollo de procesos participación pública efectiva en la negociación de tratados internacionales.

¹²⁴⁴ UNECE, "Report on the Second Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Decision II/4" (25-27 May 2005) (en adelante Directrices de Almaty).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

4.1.2. Aplicación de los derechos procedimentales ambientales en la negociación, firma y ratificación de AII

A efectos de esta investigación cabe preguntar si las Directrices de Almaty podrían ser aplicables a los foros o procesos de negociación de AII. Desde mi perspectiva, la respuesta es afirmativa debido a que los AII *pueden tener un efecto significativo sobre el medio ambiente* y sobre los derechos humanos de las personas en los países anfitriones.

Las Directrices de Almaty establecen que las Partes deberían facilitar la participación del público en los foros internacionales *relacionados con el medio ambiente*, lo cual incluye tanto aquellos foros donde se discute la negociación e implementación de los acuerdos multilaterales ambientales, como aquellos otros donde se tomen decisiones o acciones a nivel internacional que, sin ser estrictamente de materia ambiental, *pueden tener un efecto significativo sobre el medio ambiente*.¹²⁴⁵

Como ya he descrito en el capítulo 2, la inversión extranjera tiene una tendencia natural a acelerar la degradación ambiental en los países anfitriones, a menos que haya una regulación adecuada de la inversión extranjera; y, dado que los AII tienden a desregular la inversión en vez de regularla, se puede decir que los tratados internacionales relacionados con las inversiones extranjeras pueden tener un efecto significativo sobre el medio ambiente.

Además, diversos estudios apuntan los efectos de los AII sobre los derechos humanos y el medio ambiente. La Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas concluyó que los AII tienen impactos negativos actuales y potenciales sobre los derechos de los pueblos indígenas, en especial en sus derechos de autodeterminación; a las tierras, territorios y recursos; a la participación y al consentimiento libre, previo e informado.¹²⁴⁶ Otro estudio de las Naciones Unidas también concluyó que los AII y el arbitraje inversionista-Estado obstaculizan el logro del ODS 9 y el derecho al desarrollo porque restringe la capacidad de los Estados de desarrollar estrategias de industrialización que fomentan la diversificación de la economía a nivel nacional y que permitan orientar el flujo de capital hacia sectores específicos que requieran especial atención para la industrialización del país y para promover la equidad y la inclusión en el desarrollo. Los AII prohíben la imposición de requisitos de desempeño a los inversionistas extranjeros, mismas que son fundamentales para la industrialización de los países en desarrollo al promover el aumento del valor de

¹²⁴⁵ Directrices de Almaty; UNECE, "Report on the Sixth Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Decision VI/4 on promoting the application of the principles of the Convention in international forums" (11-13 September 2017) p.1.

¹²⁴⁶ AGNU, "Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas" (7 de agosto de 2015).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

la producción, la creación de empleos, la transferencia de *know-how*.¹²⁴⁷ Ambos estudios recomiendan, entre otras opciones, establecer procesos y mecanismos apropiados de consulta en relación con la preparación, negociación y aprobación de los AII, así como someter los borradores de AII a evaluaciones de impacto de derechos humanos (EIDH), mismas que, por definición, implicarían el desarrollo de procesos participativos en el orden internacional *antes* de la firma de los AII.¹²⁴⁸

El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Oliver De Schutter, desarrolló los *Guiding Principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements* (Principios Rectores sobre EIDH de AII), que mencionan un deber a cargo de los Estados de preparar EIHR para cumplir con sus obligaciones en virtud del art. 25(a) del PIDCP sobre la participación en la dirección de los asuntos públicos.¹²⁴⁹ Las EIDH se deben realizar *antes* de entrar a la fase final de las negociaciones formales, a fin de dar a la sociedad civil suficiente tiempo y flexibilidad para influenciar los resultados de las negociaciones, y si es necesario se deben acompañar de EIDH *ex post*.¹²⁵⁰ Cada Estado debería poder definir los procedimientos necesarios para realizar una EIDH, sin embargo, todos deben cumplir con unas condiciones mínimas, incluyendo, entre otras, la transparencia y la participación del público.¹²⁵¹

En conclusión, los Estados deberían aplicar los derechos participativos ambientales y las Directrices de Almaty a los procesos de negociación, firma y ratificación de AII.¹²⁵² Además, los Estados deberían llevar a cabo EIDH de los AII, mismas que deben realizarse con una metodología clara, predefinida y pública, que permita a los miembros del público conocer con antelación las oportunidades y los medios que tendrán para presentar sus comentarios ante el gobierno.¹²⁵³

La práctica muestra que, aunque algunos foros internacionales relacionados con las inversiones, tales como la UNCTAD, la CNUDMI o la OECD, están llevando a cabo procesos más inclusivos que involucran a la sociedad civil en sus diálogos,

¹²⁴⁷ HRC, "International Investment Agreements and Industrialization: Realizing the Right to Development and the Sustainable Development Goals" (23-27 April 2018).

¹²⁴⁸ AGNU, "Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales...", cit., párr. 77(c); CDH, "Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas" (11 de agosto de 2016) párr. 93 y 94; HRC, "International Investment Agreements and Industrialization...", cit., párr. 16, 69 y 70.

¹²⁴⁹ AGNU, "Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Olivier de Schutter. Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos" (19 de diciembre de 2011) párr. 1.2.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, párr. 3.

¹²⁵¹ *Ibid.*, párr. 4.

¹²⁵² Ver: AGNU, "Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred Maurice de Zayas" (15 de julio de 2015).

¹²⁵³ AGNU, "Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación...", cit., párr. 4.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

los Estados aún están lejos de garantizar los derechos procedimentales ambientales en la negociación de AII.¹²⁵⁴

Según las Directrices de Almaty, las Partes deben proveer acceso a todos los documentos relevantes al proceso de negociación, por ejemplo, los borradores del acuerdo, y deben dar oportunidad al público de circular declaraciones por escrito o de hablar durante las reuniones, sin perjuicio de que el foro pueda aplicar sus reglas de procedimiento. En el contexto de los AII, esto rara vez se cumple y, en ocasiones, se llega al extremo de negar o restringir el acceso a dichos documentos a los representantes electos que se encuentran en los parlamentos. Por ejemplo, durante la negociación del TTIP entre EEUU y la Unión Europea, los miembros del Parlamento Europeo no tenían acceso a los documentos de negociación. Sólo después de fuertes movilizaciones públicas exigiendo transparencia se permitió a los parlamentarios el acceso a estos documentos, pero bajo condiciones bien estrictas.¹²⁵⁵ Se prohibió la reproducción de ninguna sección del tratado para evitar el escrutinio público, y se obligó a los parlamentarios a firmar un compromiso de confidencialidad como condición para acceder a la información.¹²⁵⁶ Eventualmente, los documentos del acuerdo se filtraron por *WikiLeaks*, conduciendo a una fuerte oposición pública que paralizó la conclusión y firma del acuerdo.¹²⁵⁷ La movilización

¹²⁵⁴ L. COTULA, "Public Participation and investment treaties: towards a New Settlement?" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 36-51. Con una visión más optimista, aunque también crítica, sobre la participación pública en los procesos de negociación de AII, ver: M. L. MARCEDDU, "How to ensure Public Participation in FTA Negotiations? A Critical Analysis of the Instruments Used in the FTA-Making Process" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 102-121.

¹²⁵⁵ Ver: European Parliament, "All MEPs to Have Access to All Confidential TTIP Documents" European Parliament Press Release (2 December 2015) <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20151202IPR05759/all-meps-to-have-access-to-all-confidential-ttip-documents>> .

¹²⁵⁶ P. INMAN, "MPs can view TTIP files- but take only pencil and paper with them- Politicians get access to documents on controversial trade deal, but electronic devices ban fuels "cloak of secrecy" fears" (18 February 2016) *The Guardian* <<https://www.theguardian.com/business/2016/feb/18/mps-can-view-ttip-files-but-take-only-pencil-and-paper-with-them>> .

¹²⁵⁷ Las negociaciones se interrumpieron a finales de 2016. Ver: European Commission, "Negociaciones y acuerdos. Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión" (sin fecha) <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm>. En 2014, la Iniciativa de los Ciudadanos Europeos "Stop TTIP" buscaron registrarse ante la Comisión Europea para buscar firmas y solicitar que se pararan las negociaciones del TTIP. La Comisión adoptó una decisión en contra de esta solicitud, misma que fue anulada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 10 de mayo de 2017. En 2017 la Comisión Europea registró la iniciativa que solicitó, entre otras, la revocación del mandato de negociación del TTIP y en 2019 el Consejo determinó que el mandato era ya obsoleto e irrelevante. Ver: Consejo Europeo, "Council decision authorizing the opening of negotiations with the United States of America for an agreement on the elimination of tariffs for industrial goods" (9 April 2019) *Press Release* No. 6052/19 <<https://www.consilium.europa.eu/media/39180/st06052-en19.pdf>> .

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

pública logró abrir más las fronteras en la *transparencia* en la negociaciones del TTIP, pero no logró facilitar una participación pública efectiva en este proceso.¹²⁵⁸

En este sentido, las Directrices de Almaty recomiendan a las Partes proveer tiempos razonables para la participación pública en las diferentes etapas del proceso, a fin de que el público pueda informarse, prepararse y participar de manera efectiva. La oportunidad para participar debe ser cuando las opciones aún están abiertas para que el público pueda influenciar el proceso, es decir, previo a la fase final de negociaciones. Además, los Estados deben tomar en cuenta los resultados del proceso de participación pública al adoptar la decisión final.¹²⁵⁹

Si bien existen varias vías para participar en la formación del derecho internacional, estas raras veces son directas y su efectividad para influir en los resultados es aún desconocida.¹²⁶⁰ Comúnmente el poder ejecutivo negocia y firma AII *ad-referéndum*, seguido por los procedimientos internos que dicte la Constitución del Estado en cuestión. En muchos casos, el siguiente paso es una ratificación por parte del poder legislativo, pero en otros casos la mera firma del ejecutivo basta o se prevé una ratificación *fast track*.¹²⁶¹ Los procedimientos de ratificación únicamente ofrecen dos opciones: aprobar o rechazar un tratado sin poder influir en su estructura o contenido de manera sustancial, por lo que no es adecuado para garantizar la transparencia y la participación del público en la formación de AII.

Por ejemplo, en el Reino Unido, el Gobierno presenta al Parlamento los tratados sólo 21 días antes de la ratificación, y el Parlamento no puede bloquear la ratificación. Este arreglo deja muy poco espacio para que el Parlamento revise con cuidado los AII y organice un proceso de consulta pública en torno al mismo.¹²⁶² En este contexto, en 2014 la sociedad civil se movilizó y exigió un debate parlamentario en la Cámara de los Lores sobre la ratificación de un tratado de

¹²⁵⁸ E. C. HELDT, "Contested EU Trade Governance: Transparency conundrums in TTIP negotiations" (2020) *Comparative European Politics* Vol. 18, pp. 215-232; P. DELIMATISIS, "TTIP, CETA, TiSA Behind Closed Doors: Transparency in the EU Trade Policy" (2016) *TILEC Discussion Paper* DP 2016-020, p. 25.

¹²⁵⁹ Directrices de Almaty, párrafo 37.

¹²⁶⁰ Mavromati y Spottiswood identifican al menos 9 las vías de participación pública en la formación de los AII: 1) al elegir a los gobernantes; 2) votar en referendos; 3) Lobbying con miembros del gobierno o del parlamento; 4) hacer uso de las redes sociales; 5) responder a consultas formales e informales; 6) involucrarse en comités parlamentarios; 7) presentar solicitudes de acceso a la información; 8) iniciar procedimientos judiciales en contra de las decisiones de los gobiernos de firmar un tratado; y 9) participar en foros multilaterales, como la UNCTAD, CNUDMI, OCDE, etc. Ver: C. MAVROMATI y S. SPOTTISWOOD, "Public participation in Investment Treaty Making" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 83-101.

¹²⁶¹ L. COTULA, "Democracy and International Investment...", cit., p. 366.

¹²⁶² Ver: J. BARRET, "The United Kingdom and Parliamentary Scrutiny of Treaties: Recent Reforms" (2011) *International and Comparatively Law Quarterly* Vol. 60, pp. 225-245.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

inversiones; sin embargo, este sucedió una vez que la ratificación ya se había efectuado.¹²⁶³

La falta de transparencia y de espacios de participación pública afecta primordialmente al público general y, en menor medida a las grandes corporaciones. Se han reportado tratos preferenciales a las grandes empresas y al sector privado, sobre los pequeños empresarios y la sociedad civil, dándoles acceso a los borradores de acuerdo y haciendo llegar sus posturas a las mesas de negociación. Por ejemplo, en la negociación del TTIP se dio acceso a ExxonMobil a documentos confidenciales.¹²⁶⁴ Además, a lo largo de esta investigación tuve la oportunidad de entrevistar a 10 funcionarios del equipo negociador del TPP de uno de los países del AII, quienes confirmaron haber dado acceso al borrador del acuerdo a empresarios respaldados por la cámara de comercio y haber recibido sus sugerencias de modificaciones al texto del borrador.¹²⁶⁵ También confirmaron que el borrador del AII se consideraba confidencial, por lo que los países negociadores no podían decidir libremente desarrollar procesos participativos al interior de sus jurisdicciones sin conseguir una aprobación para ello por parte de los otros Estados involucrados en las negociaciones.

Finalmente, los países comúnmente cuentan con procedimientos de control constitucional donde los ciudadanos pueden iniciar un proceso judicial para revisar la conformidad de un AII con la constitución y con los procedimientos establecidos en la ley. No obstante, incluso estos controles han sido burlados en detrimento de los derechos de las personas a participar en la toma de decisiones. Por ejemplo, en 2015 los ministros de Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam anunciaron la finalización de sus negociaciones del TPP. Luego de la negociación, seguía una etapa de aprobación interna en cada uno de los países que se mostraba complicada debido a las muchas protestas y oposición al interior de los países negociadores.¹²⁶⁶ En Japón, los legisladores representantes del sector agrícola presentaron una querrela constitucional por la secrecía con la que se desarrollaron las negociaciones del TPP;¹²⁶⁷ en Nueva Zelanda, el ejecutivo también enfrentó

¹²⁶³ L. COTULA, "Democracy and International Investment...", cit., p. 367.

¹²⁶⁴ A. NELSEN, "TTIP talks: EU alleged to have given ExxonMobil access to confidential strategies. Documents and emails obtained by The Guardian reveal "collusion" between Brussels and industry over the fossil fuel push in free trade negotiations" (26 November 2016) *The Guardian* <<https://www.theguardian.com/environment/2015/nov/26/ttip-talks-eu-alleged-to-have-given-exxonmobil-access-to-confidential-papers>>.

¹²⁶⁵ Las entrevistas fueron concedidas con la condición de proteger la identidad de los funcionarios.

¹²⁶⁶ G. GÁNDARA, "La aprobación del TPP en los países participantes. Entrevista con Lourdes Aranda" (sin fecha) *Revista de Comercio Exterior de México* <<http://revistacomercioexterior.com/articulo.php?id=108&t=la-aprobacion-del-tppen-los-paises-participantes>>.

¹²⁶⁷ "Japanese lawyers are filing for judicial review of TPP" (29 September 2014) *Bilaterals.org* <www.bilaterals.org/?japanese-lawyers-are-filing-for&lang=en>.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

una demanda por su negativa a dar acceso a miembros del público a documentos relacionados con la negociación del TPP;¹²⁶⁸ en Malasia hubo una serie de movilizaciones públicas demandando transparencia en las negociaciones del TPP;¹²⁶⁹ en Chile y Perú también hubo una serie de manifestaciones en contra del TPP, en especial por la pérdida de la soberanía nacional a favor del capital, algunas de ellas llegando a ser violentas.¹²⁷⁰ En este contexto, era previsible que el TPP tardara en ratificarse o en entrar en vigor, sobre todo al haber procesos judiciales de por medio. Con un movimiento inesperado los gobiernos lograron hacer que el TPP entrara en vigor por la puerta trasera. Luego de que el presidente Donald Trump emitiera una orden ejecutiva para retirar a los EEUU del TPP a principios del año 2017,¹²⁷¹ el resto de los países negociaron y firmaron un nuevo acuerdo, el CPTPP, que incorpora íntegramente el texto del TPP y dispone que la fecha de firma del TPP se toma como la fecha de firma del CPTPP.¹²⁷² Así, sin más discusión ni publicidad, los gobiernos presentaron el CPTPP a ratificación dentro de sus propias jurisdicciones y, en siete meses, ya se había alcanzado el mínimo de ratificaciones para su entrada en vigor el 30 de diciembre de 2018.¹²⁷³

Algunos gobiernos alegaron haber hecho esfuerzos para involucrar a actores interesados en el proceso de CPTPP, pero, al parecer, no se dio acceso a los textos del acuerdo lo que impidió un diálogo o participación efectiva. Por ejemplo, Australia alegó haber realizado un análisis de interés nacional y uno de impacto regulatorio, en los cuales se alentó al público a participar y presentar sus comentarios, y haber celebrado una audiencia pública el 30 de julio de 2018.¹²⁷⁴

¹²⁶⁸ *Jane Kelsey, Consumer New Zealand Inc, Ngati Kahungunu Iwi Inc, Oxfam New Zealand, Greenpeace of New Zealand, Association of Salaried Medical Specialists, New Zealand Nurses Association Inc, New Zealand Tertiary Education Union Te Hautu Kahurangi o Aotearoa v. The Minister of Trade*, New Zealand High Court 2497, CIV-2015-485-000583, Judgement (13 October 2015).

¹²⁶⁹ L. COTULA, "Investment treaties and citizen's power: lessons from experience" (7 September 2015) *IIED blogs* <<http://www.iied.org/investment-trade-citizens-power-lessons-experience>>.

¹²⁷⁰ "Perú se suma a las protestas contra el TPP" (26 de febrero de 2016) *Público* <https://www.publico.es/videos/553314/peru-se-suma-a-las-protestas-contra-el-tpp>; "Protestas contra el Acuerdo Transpacífico en Chile y Perú" (5 de febrero de 2016) *Deutsche Welle* <<https://www.dw.com/es/protestas-contra-el-acuerdo-transpac%C3%ADfico-en-chile-y-per%C3%BA/a-19028173>>.

¹²⁷¹ "Trump executive order pulls out of TPP trade deal" (24 January 2017) *BBC News* <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-38721056>>.

¹²⁷² Art. 1 del CPTPP.

¹²⁷³ A. PANDA, "The CPTPP Trade Agreement will Enter into Force on December 30. With Australia's ratification, the CPTPP has met the threshold requirements to enter into force" (1 November 2018) *The Diplomat* <<https://thediplomat.com/2018/11/the-cptpp-trade-agreement-will-enter-into-force-on-december-30/>>. Ver también: Art. 3 del CPTPP.

¹²⁷⁴ PARLIAMENT OF AUSTRALIA, "Joint Standing Committee on Treaties. TPP-11" <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Treaties/TPP-11>; "National Interest Analysis on the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership between the Government of Australia and the Governments of: Brunei Darussalam, Canada, Chile,

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

No obstante, varios miembros del sector empresarial y de la sociedad civil se quejaron de que los procedimientos no fueron efectivos porque no se dio acceso a los documentos ni tampoco se respondieron preguntas del público sobre aspectos concretos del texto del TPP antes de la firma.¹²⁷⁵

Estos ejemplos demuestran que los procesos de negociación de AII están muy lejos de cumplir con las recomendaciones mínimas de las Directrices de Almaty, ya que no solo no se concede acceso a la información, sino que tampoco hay una oportunidad de participar -muchas veces ni siquiera a través de la democracia representativa en los parlamentos- cuando las negociaciones aún están abiertas y hay posibilidades de influir en el contenido del AII.

4.1.3. Buenas prácticas de implementación del derecho al acceso a la información en foros internacionales

Los negociadores de AII podrían aprender de otras experiencias en la negociación e implementación de acuerdos en materia de medio ambiente, algunas de ellas documentadas por la UNECE.

La UNECE elaboró un compendio de buenas prácticas sobre la promoción de las Directrices de Almaty en foros internacionales, donde identifica dos formas de participación: 1) participación a través de diálogos o debates celebrados al interior de los países negociantes, con la finalidad de definir la posición de país en las negociaciones; y 2) participación directa en los foros internacionales, a través de delegaciones, eventos paralelos o diálogos gobiernos-sociedad civil.¹²⁷⁶

Los debates al interior de los países negociantes pueden ser promovidos por el gobierno o por la sociedad civil organizada. Por ejemplo, el gobierno francés impulsó los "Debates Ambientales de Grenelle" para definir la posición de Francia en negociaciones relacionadas con el cambio climático y la Conferencia Río+20. Este proceso de consulta pública resultó en cientos de propuestas de la sociedad civil, 19 reuniones regionales; 8 foros en línea con 11,000 participantes, 6 grupos

Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapur and Vietnam" (2018) *ATNIA* 1 <<https://beta.dfat.gov.au/sites/default/files/national-interest-analysis-including-analysis-of-regulatory-impact-on-australia.pdf>>; Parliament of Australia. Joint Standing Committee on Treaties. TPP-11 <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Treaties/TPP-11>.

¹²⁷⁵ PARLIAMENT OF AUSTRALIA, "Report of the Proposed Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership" (18 September 2018) <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Foreign_Affairs_Defence_and_Trade/TPP-11/Report>

¹²⁷⁶ Ver: UNECE, "Report on the Third Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Decision III/4, Promoting the Application of the Principles of the Convention in International Forums" (26 September 2008); UNECE, "Compendium of case studies of good practice on promoting public participation in international forums" (2011). Disponible en <<https://www.unece.org/env/pp/ppif.compendium.html>>.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

de trabajo y 268 compromisos adoptados.¹²⁷⁷ En Armenia, la ONG “Khazer” organizó un foro ecológico nacional y otras reuniones con representantes de gobiernos de diversos departamentos e instituciones públicas para discutir asuntos de cambio climático y contribuir a la formación de la posición de país en las negociaciones de Copenhague de la CMNUCC.¹²⁷⁸

La participación directa en los foros internacionales puede ser promovida por el gobierno, por la sociedad civil o por la secretaría del foro internacional, siguiendo sus propias reglas de procedimiento. Por lo que se refiere a las iniciativas de gobiernos, algunos países acreditan a representantes de ONGs o de la sociedad civil como parte de sus delegaciones nacionales dentro de las negociaciones en las conferencias de cambio climático. Los representantes se encuentran plenamente involucrados en las reuniones preparatorias, y forman parte del día a día del trabajo de la delegación durante las rondas de negociaciones.¹²⁷⁹ Otra forma de involucramiento es celebrar reuniones de coordinación con la sociedad civil antes y durante las conferencias internacionales, por ejemplo, la delegación de Austria en las COPs de la CMNUCC organiza reuniones diarias con la sociedad civil para informarles sobre lo que ha sucedido en el día y lo que se tratará en el día siguiente.¹²⁸⁰

La sociedad civil también tiene sus propias iniciativas a la par de las de los gobiernos y los foros internacionales, como son la celebración de eventos paralelos durante las negociaciones de las COPs ambientales, donde las ONGs tienen una doble función: por un lado, llevar mensajes de la sociedad civil a las delegaciones de países en las negociaciones y, por otro lado, obtener información de primera mano, traducirla en lenguaje simple, y transmitirla al público general.¹²⁸¹

La participación promovida por los foros internacionales puede adoptar distintas formas que van desde el fortalecimiento de capacidades relacionadas con las actividades, fines y decisiones que adopta el foro hasta la creación de delegaciones de sociedad civil, donde las Partes tienen voz -aunque no voto- en los procesos de toma de decisiones. Por ejemplo, en el marco de los Procesos de Medio Ambiente y Salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS), donde hay dos espacios reservados para la sociedad civil, una para representantes de ONGs ambientalistas y otra para representantes de ONGs que trabajan en asuntos relacionados con la

¹²⁷⁷ Ver: “Grenelle Environmental Forum (France) in OECD. Pilot Database on Stakeholder Engagement Practices in Regulatory Policy” (2016) <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/FRA-Grenelle-Environment-Forum.pdf>>

¹²⁷⁸ UNECE, “Compendium of case studies of good practice...”, cit., no. 1276. Ver también: S. DUYCK, “Promoting the Principles of the Aarhus Convention in International Forums: The Case of the UN Climate Change Regime” (2015) *Review of European Community and International Environmental Law* Vol. 22, No.4, pp. 123-138.

¹²⁷⁹ UNECE, “Compendium of case studies of good practice...”, cit., no. 1266.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ S. DUYCK, “Promoting the Principles of the Aarhus Convention...”, cit., p. 131.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

salud. Ambos representantes deben haber pasado por un proceso de elección dirigido por los representados.¹²⁸²

A más de 20 años de la adopción del Convenio de Aarhus los foros internacionales ambientales han dado pasos más ambiciosos para promover la participación pública a nivel internacional como, por ejemplo, los Diálogos de Talanoa que se iniciaron en el año 2018 en el marco del Acuerdo de París. Se trató de un proceso de reflexión colectiva -entre sociedad civil, gobiernos y sector privado- con el fin de determinar el camino a seguir usando un modelo deliberativo a nivel global. El diálogo se enfocó en tres preguntas: ¿dónde estamos?, ¿para dónde vamos? y ¿cómo podemos alcanzar el destino/la meta? Como resultado se elaboró una hoja de ruta que los Estados deberían seguir en las próximas negociaciones.¹²⁸³

Todas estas prácticas podrían ser aplicadas a la negociación de AII, por lo que es necesario que la sociedad civil exija y haga mayor presión para obligar a la apertura de los procesos en materias de inversiones. El régimen del DIIE necesita dar acceso efectivo a la información, es decir, proveyendo la información por medios, lenguaje y tiempos adecuados para que las personas puedan entender la información y participar de manera efectiva. Asimismo, los Estados deben crear capacidades del público en materia del DIIE y ofrecer mecanismos adecuados de participación en las negociaciones, siguiendo las Directrices de Almaty.

El acceso a la justicia en asuntos ambientales por falta de participación de los foros internacionales ha tenido poco desarrollo, ya que ni las Directrices de Almaty entran en detalle ni el Comité de Cumplimiento se ha pronunciado sobre reclamaciones relacionadas con el acceso a la información y la participación pública en foros internacionales.¹²⁸⁴

Ante la ausencia de una base jurídica *internacional* para presentar reclamaciones en contra de los Estados por firmar y ratificar AII sin llevar a cabo procedimientos participativos efectivos, el experto independiente Alfred-Maurice de Zayas recomienda a los miembros de la sociedad civil exigir ante las cortes internas la rendición de cuentas a los oficiales electos con respecto a la elaboración, negociación, aprobación y aplicación de AII, así como hacer que las cortes se

¹²⁸² UNECE, "Compendium of case studies of good practice...", cit., no. 1266.

¹²⁸³ Sobre los Diálogos de Talanoa ver: F. LESNIEWSKA y L. SIEGELE, "The Talanoa Dialogue: A Crucible to Spur Ambitious Global Climate Action to Stay Within the 1.5° Limit" (2018) *Carbon & Climate Law Review Special Issue: Legal Aspects of the 1.5°C Target* Vol. 12, No. 1, p. 41-49; S. DUYCK y E. LENNON, "National Human Rights Institutions and the 2018 Talanoa Dialogue: showcasing that climate action should be human rights-based" (2018) *Deutsches Institut für Menschenrechte* Vol. 21, p. 1; A. MARCU *et. al.*, "The EU's NDC after the Talanoa Dialogue" (2019) Technical Report, *European Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition* <<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/60628>>.

¹²⁸⁴ El Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus tuvo la oportunidad de emitir una opinión relacionada con las obligaciones de los Estados de dar acceso a la información en foros internacionales, pero la dejó pasar. Ver: S. DUYCK, "Promoting the Principles of the Aarhus Convention...", cit., p. 132.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

pronuncien sobre la constitucionalidad de los AII y definan parámetros para acuerdos futuros.¹²⁸⁵

La importancia de los procesos judiciales no se debe subestimar, ya que puede tener efectos transformadores. El caso de Ecuador ilustra esta opción. La nueva Constitución del Ecuador de 2008 prohibió al Estado firmar tratados internacionales donde renuncie a su soberanía a favor de entidades arbitrales internacionales para resolver diferencias relacionadas con contratos de inversión o comercio entre personas físicas o legales de carácter privado y el Estado.¹²⁸⁶ Seguido, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional sostuvo que las cláusulas arbitrales en los AII firmados por el Ecuador eran inconstitucionales.¹²⁸⁷ Asimismo, la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones publicó su reporte en 2017, donde también se recomendaba la denuncia de los AII.¹²⁸⁸ Ello condujo a que, en mayo de 2017, el entonces Presidente de la República del Ecuador, Rafael Correa, denunciara los 16 AII que el Ecuador aún tenía en vigor.

4.1.4. Integración de los derechos procedimentales ambientales en el texto de los AII

Algunos aspectos de los derechos procedimentales han comenzado a filtrarse en los AII, aunque de manera muy restringida y sin ser considerados como *derechos*, sino más bien como algunas obligaciones de *transparencia*. Sólo poco más del 10% del universo de AII existentes cuenta con alguna disposición relacionada con alguno de estos derechos.¹²⁸⁹ Se trata, en su gran mayoría, de disposiciones sobre transparencia, el combate a la corrupción y, en contadas ocasiones, con las evaluaciones de impacto ambiental (EIA).

Los AII de última generación recientemente incluyen disposiciones donde los Estados se obligan a poner a disposición del público las leyes, regulaciones, procedimientos, decisiones administrativas y judiciales de aplicación general, así como acuerdos internacionales, que puedan afectar a los inversionistas

¹²⁸⁵ CDH, "Informe del Experto Independiente sobre la Promoción de un Orden Internacional Democrático...", cit., párr. 65.

¹²⁸⁶ Art. 422 de la Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial* 449 (20 de octubre de 2008).

¹²⁸⁷ C. TITI, "Recent Developments in International Investment Law" in M. BUNGENBERG et. al. (eds.) *European Yearbook of International Economic Law 2018* (Springer 2018) p. 383.

¹²⁸⁸ CAITISA, "Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones en Ecuador, Informe Ejecutivo" (mayo 2017).

¹²⁸⁹ A diciembre de 2021, la UNCTAD identifica poco más de 300 tratados con disposiciones sobre transparencia de los 2576 AII cuyo contenido ha sido analizado.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

extranjeros o sus inversiones. Esta obligación puede estar contenida en disposiciones específicas sobre transparencia que establecen un deber general de publicar dicha información;¹²⁹⁰ puede ser parte de las obligaciones de trato a los inversionistas;¹²⁹¹ o puede ser una obligación de intercambio de información entre los Estados Parte en el AII.¹²⁹²

¹²⁹⁰ Art. 3 del Agreement between the Council of Ministers of the Republic of Albania and the Government of the Republic of Azerbaijan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Albania-Azerbaijan) (signed on 9 February 2012, entry into force 13 July 2012). Disponible en < <https://jsumundi.com/fr/document/treaty/en-albania-azerbaijan-bit-2012-albania-azerbaijan-bit-2012-thursday-9th-february-2012>>; Art. 5 del Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Argentina-Rusia) (firma 25 de junio de 1998, entrada en vigor 20 de noviembre de 2000). Disponible en < <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/65031/norma.htm>>; Art. 7.1 del Agreement on Investment among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the member States of the Association of Southeast Asian Nations (Hong Kong- ASEAN) (signature 12 November 2017, entry into force 17 June 2019). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5655/download>>; Art. 9 del Agreement between the State of Israel and Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investments (Israel-Japan) (signature 1 February 2017, entry into force 5 October 2017). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5849/download>>; Art. 8.2 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos (Brasil-México) (firma 26 de mayo 2015, entrada en vigor 7 de octubre de 2018). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4712/download>>; Art. 1.13 del Free Trade Agreement between the Eurasian Economic Union and its Member States, of the one Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the other Part (signature 29 May 2015, entry into force 5 October 2016). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3455/download>>.

¹²⁹¹ Art. 2.5. del Accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Aémocratique et Populaire et le Gouvernement du Royaume de Suède relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements (Algeria-Suède) (signé 15 février 2003, entré en force 1 april 2005). Disponible en < <https://wipolex.wipo.int/en/text/24638A>>; Art. 13.2 del Acordo de Cooperaçao e Facilitaçao de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, cit. no. 773; Art. II.7 del Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (USA-Argentina) (signature 14 November 1992, entry into force 20 October 1994). Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download>>; Art. 3.3 del Agreement between the Republic of Rwanda and the United Arab Emirates in the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Rwanda-UAE) (signature 1 November 2017, not in force) Disponible en < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5722/download>>; Art. 17 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos, cit. no. 1280.

¹²⁹² Art. 6 del Acordo de Cooperaçao e Facilitaçao de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola..., cit.; Art. XI del Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment (Canada-Argentina) (signature 5 November 1991, entry into force 29 April 1993) Disponible en < Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment>; Art. Séptimo, letra b) del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (México-Argentina) (firma 13 de noviembre de 1996, entrada en vigor 22 de junio de 1998) Disponible en < <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/ARGENTINA-APPRI.pdf>>; Art. 16 c) del

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Algunos AII también incluyen un derecho de los Estados de buscar información sobre las operaciones del inversionista, como por ejemplo su estructura corporativa, ya sea solicitándola al posible inversionista o al Estado de origen. Sin embargo, ello no significa que el público pueda acceder a esta información, sino que los Estados se obligan en los AII a proteger la confidencialidad de la información “comercial” que reciba.¹²⁹³

En este respecto, con frecuencia, se establece que la información se podrá solicitar únicamente para fines estadísticos y que los Estados se comprometen a proteger cualquier información que pudiera afectar negativamente la situación competitiva de la inversión o del inversor.¹²⁹⁴ Una excepción es el AII entre Albania y Azerbaiyán que permite al Estado compartir con las comunidades locales donde la inversión esté ubicada aquella información que no sea estrictamente confidencial de acuerdo con la legislación nacional del Estado receptor.¹²⁹⁵

En resumen, estas referencias de transparencia están orientadas a facilitar a los inversionistas el acceso a la información relevante para sus operaciones, pero no está orientada a permitir que el público pueda acceder a información relacionada con las inversiones. A lo máximo, los Estados pueden obtener información para fines estadísticos.

Algunos acuerdos de integración económica tienden a tener una visión más exigente respecto a la transparencia que se aplica a todas las materias del tratado y que promueve una participación en la toma de decisiones no sólo de los inversionistas, sino también del público general. Por ejemplo, el TLC entre Chile y Colombia establece que

“1. Cada Parte garantizará que sus leyes, regulaciones, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Acuerdo, se publiquen sin demora o se pongan a

Agreement on Investment among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China and the member States of the Association of Southeast Asian Nations..., cit., no. 1280; Art. 16 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos..., cit., no. 1280.

¹²⁹³ Art. 3 del Agreement between the Council of Ministers of the Republic of Albania and the Government of the Republic of Azerbaijan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (signed on 9 February 2012, entry into force 13 July 2012). Disponible en <<https://jusmundi.com/fr/document/treaty/en-albania-azerbaijan-bit-2012-albania-azerbaijan-bit-2012-thursday-9th-february-2012>>.

¹²⁹⁴ Art. Noveno del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones..., cit.; Art. 7.2 and 17.2 del Agreement on Investment among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China and the member States of the Association of Southeast Asian Nations..., cit.; Art. 10 del Agreement between the State of Israel and Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investments..., cit.

¹²⁹⁵ Art. 3 del Agreement between the Council of Ministers of the Republic of Albania and the Government of the Republic of Azerbaijan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments..., cit.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

disposición de manera tal de permitir que las personas interesadas y la otra parte tengan conocimiento de ellos."¹²⁹⁶

Además, establece que, en la medida de lo posible, cada Parte:

" (a) publicará por adelantado cualquier medida a la que alude el párrafo 1, que se proponga adoptar; y

(b) brindará a las personas interesadas y a la otra Parte oportunidad razonable para comentar sobre las medidas propuestas."¹²⁹⁷

Por tanto, se observa que este TLC recoge la idea del derecho a la participación pública en la adopción de decisiones y amplía su aplicación más allá de las materias ambientales o de inversiones. En mi opinión, el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú podrían servir de guía para complementar estas disposiciones para lograr una participación efectiva.

Más allá de las obligaciones de transparencia, se pueden identificar tres tipos de disposiciones en AII que promueven la participación de manera expresa, con alcances personales bien diversos: 1) aquellas que están orientadas a promover la participación de las empresas en los procesos de formulación de leyes y regulaciones que puedan afectar sus inversiones;¹²⁹⁸ 2) aquellas que están orientadas a promover la participación de "las personas interesadas" en la toma de decisiones relacionadas con las inversiones;¹²⁹⁹ y 3) aquellas que reconocen los derechos de participación pública en asuntos ambientales o los derechos de los pueblos indígenas a la consulta libre, previa e informada.¹³⁰⁰ Por ejemplo, el TLC Chile-Colombia establece que

*"6. Las Partes reconocen la importancia de que su legislación ambiental contemple mecanismos de participación y cumplimiento justos, equitativos y transparentes".*¹³⁰¹

Esta última categoría, sin embargo, se encuentran en los capítulos de medio ambiente, cuya aplicación a los capítulos de inversiones dentro del mismo tratado resulta incierta o poco probable. Por ejemplo, el CPTPP reconoce el derecho del

¹²⁹⁶ Art. 14.2.1 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia (Chile-Colombia) (firma 27 de noviembre de 2006, entrada en vigor 8 de mayo de 2009) Disponible en <http://www.sice.oas.org/Trade/chl_col_fta/Text_s.asp>; también ver: Art. 26.2.1 del CPTPP.

¹²⁹⁷ Art. 14.2 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia..., cit.; Art. 26.2.4 del CPTPP.

¹²⁹⁸ Art. 13.3 del Acordo de Cooperaçao e Facilitaçao de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola..., cit.

¹²⁹⁹ Art. 1.13.2.b) del Free Trade Agreement between the Eurasian Economic Union and its Member States, of the one Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the other Part (signature 29 May 2015, entry into force 5 October 2016) Disponible en <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/trade/dotp/sogl_torg/Documents/Сербия/Agreement.pdf>.

¹³⁰⁰ Art. 18.2.5 y 18.2.6 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia..., cit.

¹³⁰¹ Art. 12.2.6 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia..., cit.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

público a solicitar información sobre la *implementación del capítulo de medio ambiente*, así como el derecho del público a presentar escritos a las Partes, los cuales tienen que ser respondidos de manera oportuna y en cumplimiento de los requisitos establecidos en el derecho interno sobre la participación efectiva.¹³⁰² No obstante, al circunscribirse únicamente al capítulo de medio ambiente se deja entrever que no aplica a otros capítulos del tratado, como el de inversión.

El acceso a la justicia permanece como el derecho menos desarrollado. En términos generales, los AII incluyen el arbitraje inversionista-Estado como mecanismo de solución de controversias relacionadas con las inversiones. Sin embargo, sólo los inversionistas extranjeros cuentan con legitimación activa para iniciar el procedimiento arbitral. Los miembros de la población que consideren que el inversionista extranjero ha participado en abusos de derechos humanos, ha utilizado medios corruptos para obtener contratos de inversiones o influir la elaboración de normas menos protectoras del medio ambiente, ha violado la normativa ambiental interna o ha causado daños graves en el medio ambiente, no tienen la posibilidad de demandar ni a los inversionistas extranjeros por este medio ni al Estado. Bajo las normas sobre el consentimiento al arbitraje contenidas en la mayoría de los AII, los Estados tampoco pueden iniciar el procedimiento arbitral ni por cuenta propia ni en representación de los miembros de la población afectados por la conducta de los inversionistas extranjeros.¹³⁰³ Desde esta perspectiva, se podría decir que el arbitraje inversionista-Estado es contrario al acceso a la justicia conforme a los derechos humanos, el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú porque no hay igualdad ante los tribunales, siendo que esta igualdad es un elemento fundamental de este derecho.¹³⁰⁴

Alfred-Maurice de Zayas propuso la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones, independiente, transparente y con jueces permanentes, con un estatuto que otorgue prioridad a los derechos humanos y rechace la jurisdicción unidireccional.¹³⁰⁵ Esta propuesta ha sido recogida, parcialmente, por la UE, que introdujo disposiciones encaminadas al futuro establecimiento de dicha corte en el

¹³⁰² Art. 20.7.1 y 20.8 del CPTPP.

¹³⁰³ Sobre el triángulo entre inversionistas extranjeros, Estado anfitrión y población y el derecho que rige cada una de las relaciones ver: J. E. Viñuales, "International Investment Law and Natural Resource Governance...", cit., p. 26; y sobre cómo resolver el problema relacionado con el consentimiento de los Estados ver: Capítulo 2, sección 4.3.2. Cláusulas sobre el consentimiento abierto en los AII.

¹³⁰⁴ Ver argumentos de la *Canadian Union of Postal Workers* y del *Council of Canadians* solicitando derecho a participar como terceros en la controversia inversionista-Estado, argumentando que la diferencia les afectaba y que la igualdad ante los tribunales es un derecho reconocido en el art. 14 del PIDCP. Ver: *United Parcel Service of America, INC. v. Government of Canada*, ICISD Case No. UNCT/02/1, Submission of the Canadian Union of Postal Workers and of the Council of Canadians (8 November 2000).

¹³⁰⁵ AGNU, "Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo..." cit., párr. 66.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

marco del CETA.¹³⁰⁶ Sin embargo, el CETA no rechaza ni afecta en nada el hecho de que las empresas no pueden ser demandadas por medio del arbitraje inversionista-Estado.

La UNCTAD sugiere que dicho Tribunal tenga jurisdicción para conocer de casos en que las empresas hayan incumplido con el derecho ambiental o hayan cometido abusos de derechos humanos, en respuesta a reclamaciones presentadas por las personas afectadas.¹³⁰⁷ En este sentido, sería interesante que, si se llegara a establecer un Tribunal, se concediera legitimación activa a otros individuos, pueblos indígenas o a organizaciones que trabajen por los derechos humanos o la protección del medio ambiente.

Se podría concluir que existe muchísimo trabajo por hacer para que los AII recojan y promuevan los derechos de participación pública del Convenio de Aarhus y del Acuerdo de Escazú. En mi opinión, este trabajo podría lograrse fácilmente estableciendo que las obligaciones de transparencia, participación pública y acceso a la justicia deberán cumplir con los estándares mínimos que establecen el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú, y en su momento, con el tratado sobre empresas y derechos humanos que se encuentra en negociación. Con ello, se podrían subsanar las deficiencias de las disposiciones que existen actualmente en los AII a la vez que se ampliaría el ámbito de aplicación de los derechos procedimentales ambientales para cubrir aquellas áreas relacionadas con la inversión extranjera.

4.2. Las políticas internas relacionadas con la inversión (extranjera)

4.2.1. Los derechos procedimentales ambientales en relación con planes, programas, políticas y normas de aplicación general

De acuerdo con el art. 7 del Convenio de Aarhus sobre participación pública, las Partes deben "facilitar las informaciones necesarias" al público a efecto de que este pueda participar en la formulación de "planes y programas". Asimismo, los análisis de costo-beneficio y otras hipótesis económicas utilizadas en la adopción de decisiones relativos a la legislación, los actos administrativos, planes y programas, son considerados como información ambiental cubierta por este derecho en el Convenio de Aarhus.¹³⁰⁸ En consecuencia, se puede concluir que, al menos en el marco del Convenio de Aarhus, las Partes están obligadas a difundir información sobre los planes, programas, leyes y regulaciones *relacionadas* con el medio ambiente, como podrían ser algunas políticas de inversiones, las políticas y

¹³⁰⁶ Art. 8.29 del CETA.

¹³⁰⁷ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 56.

¹³⁰⁸ Art. 2, párrafo 3, inciso b) del Convenio de Aarhus.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

decretos relacionados con el uso de suelo que son centrales tanto para la protección del medio ambiente como de la propiedad privada.¹³⁰⁹

En el marco del Convenio de Aarhus, esta información no se limita únicamente a los planes, programas, políticas, leyes y otras normas de aplicación general de contenido estrictamente ambiental, sino también aquellas *que puedan tener efectos* sobre el medio ambiente.¹³¹⁰ El Acuerdo de Escazú parece estar más circunscrito a “leyes, reglamentos y actos administrativos *sobre* el medio ambiente” (la cursiva es añadida). En resumen, se podría interpretar que el Convenio de Aarhus incluye los planes, programas y políticas relacionadas con la inversión (extranjera), mientras que el Acuerdo de Escazú limita más esta posibilidad. Además, bajo el Convenio de Aarhus esta información puede ser publicada de manera proactiva o puede ser solicitada por miembros del público; mientras que, en el Acuerdo de Escazú, la información sobre los planes y programas se publica de manera proactiva únicamente.

La siguiente pregunta por resolver es si el derecho al acceso a la información en este rubro abarca únicamente el texto de los planes y programas o si incluye otros documentos o análisis utilizados para su adopción. De acuerdo con el Convenio de Aarhus, los análisis de costo-beneficio y otras hipótesis económicas utilizados en la adopción de decisiones relativas a las políticas, planes y programas también forman parte de la información que las autoridades deben poner a disposición del público.¹³¹¹ El Acuerdo de Escazú no es claro sobre este punto, pero se podría argumentar que en la medida en que estos documentos o análisis consideren riesgos ambientales y los posibles impactos ambientales de los planes, programas y políticas, esta información también debería ser divulgada.¹³¹² En resumen, se podría interpretar que el derecho al acceso a la información también abarca los análisis y estudios que justifiquen una política de inversión extranjera o de un sector atractivo para la inversión extranjera, por ejemplo, la minería de metales, hidrocarburos, transporte, turismo, energía, etc.

Por lo que se refiere al derecho a la participación pública en la toma de decisiones, el Convenio de Aarhus hace una distinción entre:

- A) planes y programas;
- b) políticas; y

¹³⁰⁹ Ver: Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, Caso ACCC/C/2004/08 contra Armenia, Hallazgos (31 de marzo 2006) párr. 20; Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, Caso ACCC/C/2008/24 contra España, Hallazgos y recomendaciones (15-18 de diciembre de 2009).

¹³¹⁰ Convenio de Aarhus, Art. 2, párrafo 3, inciso b).

¹³¹¹ Aarhus Convention Guide, p. 53.

¹³¹² Acuerdo de Escazú, Art. 2, inciso c). Ver también: Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo (Diario Oficial de la Unión Europea 14 de febrero de 2003).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

c) disposiciones reglamentarias e instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general.

Para los planes y programas, el art. 7 dispone que las partes “adoptarán disposiciones prácticas u otras disposiciones necesarias para que el público participe en la elaboración de los planes y programas *relativos* al medio ambiente en un marco transparente y equitativo, tras haberle facilitado las informaciones necesarias”.

El Convenio de Aarhus se centra únicamente en los planes y programas que se relacionan con el ambiente, lo cual abarca, según la UNECE:

- * Aquellos que pueden tener un efecto significativo sobre el medio ambiente y requieren una evaluación ambiental estratégica (EAE);
- * Aquellos que pueden tener un efecto significativo sobre el medio ambiente, aunque no requiera una EAE;
- * Aquellos que tienen un efecto en el medio ambiente, aunque el este no sea “significativo”, por ejemplo, los planes que determinan el uso de un territorio pequeño; y
- * Aquellos que tienen la intención de proteger el medio ambiente.¹³¹³

Respecto de los planes y programas, el Convenio de Aarhus exige a las Partes que “adopten disposiciones” para que el público participe en un marco transparente y equitativo, tras haber facilitado las informaciones necesarias. Esto significa que el público debe tener oportunidades de participar de manera efectiva, y que se le debe informar sobre el inicio del proceso deliberativo y las oportunidades para participar. Esta información debe divulgarse con suficiente tiempo para que el público pueda preparar su participación, en etapas tempranas del proceso. Las autoridades deben tomar en cuenta las opiniones del público, pero no están obligadas a justificar su decisión, a diferencia de las decisiones relacionadas con actividades del art. 6.¹³¹⁴

¹³¹³ UNECE, “The Aarhus Convention: An implementation Guide...”, cit., p. 176.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 179. En el caso de la UE, estas disposiciones se amplían con la Directiva de EAE cuyo objetivo es integrar los aspectos ambientales en la preparación y adopción de planes y programas con el fin de promover el desarrollo sostenible.¹³¹⁴ De acuerdo con la Directiva de EAE, las autoridades deben elaborar un informe medioambiental en el que identificarán, describirán y evaluarán los probables efectos significativos en el medio ambiente de la aplicación del plan o programa, así como unas alternativas razonables que tengan en cuenta los objetivos y el ámbito de aplicación. Estos informes se deben poner a disposición del público con la debida antelación, para que tengan una posibilidad real de expresar su opinión sobre el proyecto de plan o programa y sobre el informe medioambiental, antes de la adopción o la tramitación por el procedimiento legislativo del plan o programa. Cada Estado tiene la potestad de establecer las modalidades de información y consulta a las autoridades y al público afectado. Ver: Art. 5 y 6 de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (21 de junio de 2001) *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L197/30.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

En el caso de las políticas, las Partes únicamente “se esforzarán”, “siempre que convenga”, por dar al público la posibilidad de participar en la elaboración de políticas relativas al medio ambiente. El Convenio de Aarhus no define las políticas, por lo que no es clara la distinción entre los planes y programas y las políticas. Según la UNECE, las políticas podrían referirse a “un principio o curso de acción adoptado o propuesto por una organización o individuo”. En cualquier caso, los Estados no tienen una obligación estricta de aplicar los estándares del derecho a la participación de manera cabal en la elaboración de políticas.¹³¹⁵

Finalmente, para los instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general, el art. 8 del Convenio de Aarhus establece una obligación suave de participación pública en la elaboración de planes y programas, pues sólo obliga a las Partes a “esforzarse por promover una participación efectiva del público”.¹³¹⁶ Al igual que en los casos anteriores, la participación del público debe ocurrir “en una fase apropiada, y cuando las opciones están aún abiertas, durante la fase de elaboración”.¹³¹⁷ El art. 8 reitera la necesidad de fijar plazos suficientemente amplios para permitir una participación efectiva; en publicar un proyecto o borrador de las normas o poner éste a disposición del público por otros medios; y dar al público la posibilidad de formular observaciones, ya sea directamente o por mediación de órganos consultivos representativos. También se dispone que los resultados de la participación del público se tendrán en consideración en todo lo posible, pero no hay una obligación específica de justificar la decisión tomada o cómo se han tomado en cuenta los comentarios del público.

El Convenio de Aarhus adopta este enfoque suave respecto de la elaboración de normas de aplicación general porque se considera una función del legislativo, que no es parte de la definición de “autoridades públicas”. No obstante, en muchas jurisdicciones, el poder ejecutivo se encarga de redactar las legislaciones o normas de aplicación general aplicables a su propia área de trabajo y después la pasa al poder legislativo para su discusión y aprobación. Estas autoridades sí tienen un deber de esforzarse por difundir los borradores de las normas, de manera temprana, cuando todas las opciones aún están abiertas, y por dar oportunidad al público de hacer sus comentarios.¹³¹⁸ Este deber abarca normas de aplicación general de contenido ambiental y aquellas que puedan tener un efecto *significativo* sobre el medio ambiente.

En resumen, el Convenio de Aarhus tiene diversos matices en relación con el derecho a la participación pública en relación con los planes, programas y políticas. Con independencia de dichos matices, las obligaciones en este espacio de regulación son mucho más laxas que las relacionadas con actividades concretas.

¹³¹⁵ UNECE, “The Aarhus Convention: An Implementation Guide...”, cit., p. 180.

¹³¹⁶ Art. 8 del Convenio de Aarhus.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ UNECE, “The Aarhus Convention: An Implementation Guide...”, cit., pp. 182-185.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Los planes, políticas y programas de inversiones no están expresamente incluidos ni en el Convenio de Aarhus, ni en la Directiva de EAE, pero se podrían incluir si se argumenta la probabilidad de que tener efectos significativos sobre el medio ambiente. Esta probabilidad se determina en cada caso concreto.¹³¹⁹

El Acuerdo de Escazú no distingue entre planes, programas, políticas, leyes y otras normas de aplicación general, pero sigue el mismo modelo que el Convenio de Aarhus, en el sentido de que tiene obligaciones laxas sobre la participación pública en la elaboración de planes, programas, políticas y leyes. Asimismo, circunscribe el ámbito de aplicación de este derecho a decisiones que puedan tener efectos *significativos* sobre el medio ambiente.¹³²⁰

Respecto al derecho al acceso a la justicia, el Convenio de Aarhus establece que cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, para que toda persona que estime que la solicitud de informaciones que ha presentado en aplicación del derecho al acceso a la información ha sido ignorada, rechazada abusivamente, en todo o en parte, o insuficientemente tenida en cuenta o que no ha sido tratada conforme a los estándares del tratado, tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley.¹³²¹ La aplicación del derecho al acceso a la justicia relacionada con la ausencia de procedimientos participativos en la elaboración de planes, programas y políticas es más incierta en el Convenio de Aarhus y la Directiva de EAE.

El Acuerdo de Escazú establece más claramente que las Partes deben garantizar el derecho al acceso en relación con "cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones", de conformidad con su propia legislación nacional.¹³²²

4.2.2. Aplicación de los derechos procedimentales ambientales a planes, programas, políticas y leyes de inversión (extranjera)

Por regla general, los programas, planes, políticas y leyes normalmente se hacen públicos una vez que se han aprobado para poder entrar en vigor.¹³²³ El reto no

¹³¹⁹ TJUE, *Dimos Kropias Attikis contra Ypourgos Perivallontos, Energeias kai Klimatikis Allagis*, Caso C-473/14, Sentencia (10 de septiembre de 2015) ECLI:EU:C:2015:582, párr. 47.

¹³²⁰ Art. 7, párrafo 3 del Acuerdo de Escazú.

¹³²¹ Art. 9 del Convenio de Aarhus.

¹³²² Art. 8 del Acuerdo de Escazú.

¹³²³ Sin embargo, este no siempre es el caso. Peter y Mwakaje exponen cómo, aunque la participación pública en la elaboración de normas y políticas de aplicación general relacionadas con la inversión extranjera es una obligación Constitucional en Tanzania, esta participación no es del todo efectiva porque los intereses de los inversionistas parecen dirigir los procesos y prevalecer. Ver: C. M. PETER y S. J. MWAKAJE, "Public Participation and the Adoption of Investment Codes: Observation of the Mixed Practice from Tanzania" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds) *Public*

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

está en los textos finales de estos instrumentos, sino en la publicación de información de base sobre la que se construye o que justifican los planes, programas, políticas y normas de aplicación general.

El Convenio de Aarhus incluye los estudios costo-beneficio y las hipótesis económicas que se hayan realizado para la adopción de la decisión; mientras que el Acuerdo de Escazú es menos ambicioso, pues no hace referencia a estos estudios de carácter económico.

Por lo que se refiere al derecho a la participación pública, el Convenio de Aarhus no se refiere a los planes, programas, políticas y leyes relacionadas con las inversiones extranjeras, pero tampoco los excluye, por lo que, aplicando los principios del Convenio se podría hacer una interpretación expansiva para incluirlos. Esta técnica es también utilizada por la UNECE para argumentar que el derecho a la participación podría extenderse a los programas financieros o presupuestos estatales en el derecho a la participación pública.¹³²⁴

Las leyes de inversión (extranjera) comúnmente incluyen disposiciones similares a las de los AII neoliberales, tales como el estándar de trato nacional, trato de nación más favorecida, el estándar FET o el consentimiento abierto al arbitraje inversionista-Estado. Por ello, al igual que los AII, se podría argumentar que estas políticas y leyes podrían tener un efecto significativo sobre el medio ambiente, al inhibir la adopción de medidas orientadas a proteger o restaurar la integridad de los ecosistemas, o entorpecer la ejecución de la normativa ambiental. En la medida en que se pueda probar que estos espacios de regulación tienen un impacto *significativo* en el medio ambiente, se podría buscar la aplicación de los estándares de interpretar que los estándares establecidos en el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú para la participación pública. Dependería de que la corte o tribunal estuviera dispuesta a aceptar impactos significativos *indirectos*, es decir, que suavizara el nexo de causalidad entre el instrumento de política y el impacto ambiental.

Además de las leyes y códigos de inversiones, hay otros muchos instrumentos que son centrales para las inversiones extranjeras. De acuerdo con la OCDE, entre los planes y programas más importantes para la inversión extranjera se encuentran las de expropiación, ordenamiento territorial, uso del suelo y el registro de la propiedad de la tierra.¹³²⁵ Ciertamente, aplicar los derechos procedimentales ambientales a estas materias presenta menos dificultades, ya que el ordenamiento territorial y el uso de la tierra conforman un elemento fundamental de la normativa ambiental.

Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes (Brill/Nijhoff 2021) pp. 148-174.

¹³²⁴ UNECE, "The Aarhus Convention: An Implementation Guide...", cit., p. 176.

¹³²⁵ OECD, "Policy Framework for Investment" (OECD 2015) p. 24.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Recientemente, la UNCTAD y la OECD han estado promoviendo el uso de zonas económicas especiales (SEZ) como un instrumento de política para atraer y facilitar la inversión extranjera.¹³²⁶ Las SEZ son áreas geográficas claramente definidas sujetas a un régimen especial, en las cuales se desarrollan actividades de manufactura, agroindustria, procesamiento, transformación y almacenamiento de materias primas e insumos; y se prestan servicios de soporte a esas actividades (logísticos, informáticos, financieros, técnicos, etc.).¹³²⁷ Estas zonas crean un régimen especial favorable a las inversiones, normalmente con incentivos fiscales, financieros, normas laborales y ambientales más laxas -distintas a las aplicables al resto del territorio de un país-, y beneficios para obtener derechos sobre la tierra, obtener permisos, licencias, y, en general, cualquier interacción con las administraciones públicas.¹³²⁸

Las SEZ se han desarrollado rápidamente desde el período neoliberal. Antes de 1990 sólo existían 79 SEZ en 29 países, en 1996 se crearon 179 SEZ en 47 países y actualmente existen más de 5,300 SEZ en 147 países.

Las SEZ pueden tener diversas características, dependiendo de los objetivos de política perseguidos y el nivel de desarrollo de los países. En los países de renta baja, los países crean infraestructura para que los inversionistas puedan acceder a agua, energía, rutas de transporte, etc. En estos países, las SEZ se enfocan sobre todo a la extracción y procesamiento de materias primas y, en teoría, generan empleos.¹³²⁹ Las SEZ en países de renta media y media alta pueden

¹³²⁶ Ver: UNCTAD, "World Investment Report 2019: Special Economic Zones" (2019).

¹³²⁷ Ver: FIAS-OECD, "Special Economic Zones: Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development" (2008) <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/343901468330977533/pdf/458690WP0Box331s0April200801PUBLIC1.pdf>>; T. FAROLE y G. AKINCI (eds.), *Special Economic Zones: Progress, Emerging Challenges and Future Directions* (World Bank 2011).

¹³²⁸ UNCTAD, "World Investment Report 2019...", cit., p. 227. Las zonas económicas especiales se pueden asimilar a enclaves para la inversión extranjera. Su origen proviene de las zonas de procesamiento de la exportación que servían como zonas de libre comercio en un espacio concreto donde las empresas tenían un trato preferencial y, en ocasiones, estaba sujeto al derecho del país de origen de la gran empresa extranjera que se establecía. Desde 1990, estas zonas se han ido convirtiendo en zonas de desregulación para favorecer a las empresas. Los beneficios más importantes de las zonas económicas especiales ni siquiera son los incentivos económicos y fiscales, sino precisamente la posibilidad de aplicarle una política industrial distinta, pro-inversionista, y reducir la burocracia en los procesos relacionados con las inversiones. Ver: R. NARULA y J. X. ZAHN, "Using Special Economic Zones to Facilitate Development: Policy Implications" (2019) *Transnational Corporations, Special Issue on Special Economic Zones* Vol. 26, No. 2, pp. 1-20.

¹³²⁹ Como ya expuse en el capítulo 2, la inversión extranjera en el sector primario, por lo general, tiene efectos significativos adversos en el medio ambiente del país anfitrión. Además, el impacto de cada dólar invertido en la economía nacional depende de múltiples factores, pero la IED en el sector primario es el que menos impactos tiene en términos de empleo, desarrollo y bienestar humano en los países anfitriones. Según la CEPAL, un millón de USD en las industrias extractivas únicamente general un empleo, mientras que la misma cantidad genera dos empleos en el sector secundario (actividades intensivas de manufactura intensiva de recursos naturales) y siete empleos en actividades de manufactura de labor intensivo. Ver: CEPAL, "Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2014" (2014) p. 14.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

enfocarse más en la mejora industrial, en la integración con las cadenas globales de valor, la transición hacia las inversiones en el sector de los servicios y el desarrollo tecnológico. Y en los países de renta alta, las SEZ sirven más bien como centros logísticos para participar de una manera más eficiente en las complejas cadenas de valor transfronterizas (se van en la dirección de zonas de libre comercio). En estos casos, no son zonas industriales, sino más bien centros de ciencia e innovación tecnológica, de creación y desarrollo de start-ups y que gozan de un marco regulatorio específico.¹³³⁰ Como ya he mencionado en el capítulo 2, las zonas que se centran en el sector primario (países de renta baja) y en el secundario, de la manufactura (países de renta media y media alta) son las que posiblemente presentan un mayor riesgo para el medio ambiente.

Cualquiera que sea el caso, se ha comprobado que las SEZ tienen efectos perversos sociales y ambientales. En lo social, se ha documentado la falta de respeto a los derechos laborales dentro de las SEZ precisamente porque estas zonas crean una burbuja donde el derecho interno en materia laboral no aplica o cuya ejecución es más laxa.¹³³¹ También se han documentado dinámicas de despojo de tierras que pertenecían a campesinos y pueblos indígenas para la creación de las SEZ y explotación de mano obrera indígena.¹³³² Algunos de los impactos ambientales documentados incluyen cambios acelerados de uso de suelo forestal para crear las SEZ y para la agricultura; alteraciones significativas en la cantidad y la calidad del agua, afectando el acceso al agua para usos domésticos, agrícolas y ecológicos; degradación de la calidad del aire derivada del aumento de emisiones de gases de efecto invernadero y la liberación de otras partículas contaminantes en el aire; contaminación derivada del aumento de residuos sólidos y peligrosos provenientes de las empresas asentadas en las SEZ.¹³³³

Las SEZ no necesariamente tienen que generar efectos negativos en el medio ambiente. Como ya mencioné en el capítulo 2, la clave está en la regulación de las actividades que en ella se desempeñen y de todos los elementos relativos a su operación (e.g. transporte, gestión del agua, gestión de los residuos, etc.). Por ejemplo, se han documentado algunos casos donde la regulación ambiental es más estricta en las SEZ que fuera de ellas, generando efectos positivos en términos de

¹³³⁰ Ver: UNCTAD, "World Investment Report 2019...", cit., Capítulo 4.

¹³³¹ L. COTULA y L. MOUAN, "Labour Rights in Special Economic Zones: Between Unilateralism and Transnational Law Diffusion" (2021) *Journal of International Economic Law* Vol. 24, No. 2, pp. 341-360.

¹³³² Ver: A. AVILA y L. E. AVILA ROMERO, "Las nuevas Zonas Económicas Especiales en México: despojo agrario y resistencia campesina" (2017) *Revista Nera* Vol. 20, No. 40, pp. 138-162.

¹³³³ Ver: "Social and Environmental Impacts from SEZ" (21 February 2019) *Open Development Thailand* < <https://thailand.opendevelopmentmekong.net/topics/social-and-environmental-impacts/>>. Diversas fuentes también apuntan que el nuevo reto de las SEZ es lograr su conformidad con los ODS o el imperativo del desarrollo sostenible, considerando que, efectivamente, las SEZ hasta ahora han demostrado tener efectos significativos adversos sociales y ambientales. Ver: R. NARULA y J. X. ZAHN, "Using Special Economic Zones to Facilitate Development...", cit., pp. 1-20.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

desempeño ambiental. A mediados de la década de 1980, China adoptó legislación ambiental específica y más estricta para las SEZ, como una estrategia de calmar las preocupaciones al interior del país derivadas de la apertura de la economía al mercado internacional, preocupaciones que estaban parcialmente basadas en argumentos ambientales; y también como una estrategia para facilitar la recepción de conceptos legales y tecnologías occidentales que serían de utilidad para la modernización de la China. La efectividad de estas regulaciones ha sido diversa, por un lado, se observaron cambios acelerados en el cambio de uso de suelo, mientras que por otro, las ciudades o localidades que se encontraban en una SEZ mostraron un mejor desempeño en la calidad del aire, el agua y la creación de áreas verdes entre 1986 y 1996 debido a una mayor inversión en infraestructuras ecológicas.¹³³⁴ En este sentido, las SEZ con regulaciones ambientales estrictas parecen generar pequeñas islas de sostenibilidad, en comparación del resto de las ciudades Chinas que están severamente contaminadas. Sin embargo, el gran problema de estas SEZ es que a pesar de que pueden tener efectos significativos en la vida de las personas y en el medio ambiente, las políticas y leyes que les aplican no están sujetos a procesos de participación pública. Las únicas formas de participación disponibles son el voluntarismo de la sociedad civil para apoyar a las autoridades públicas a vigilar que las empresas cumplan con la legislación ambiental y la posibilidad de demandar responsabilidad civil a las empresas por daños sufridos a causa de las operaciones de las empresas.

Ante este escenario se vuelve imperativo aplicar los derechos procedimentales ambientales a las decisiones relacionadas con las inversiones, incluyendo las leyes de formación de las SEZ, las leyes ambientales sectoriales aplicables a las SEZ, los decretos de creación de las SEZ y los diversos acuerdos firmados entre los Estados y los inversionistas para el desarrollo de las infraestructuras de la SEZ.

El Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú no establecen obligaciones concretas para la aplicación de los derechos procedimentales ambientales a este tipo de planes, programas, políticas y leyes, sino que quedan en lenguaje suave de "procurar", "promover" o "esforzarse por". Y, en ausencia de legislación interna que prevea procesos participativos en estas esferas, la creación de las SEZ y las normas que le aplican quedan fuera del escrutinio público al momento de su elaboración.

El caso de México sirve para ilustrar cómo el proceso legislativo de la Ley Federal de zonas económicas especiales que regula la creación de las SEZ sólo siguió los procedimientos de la democracia representativa, sin involucrar a la Comisión Ambiental. Además, el texto de dicha ley tampoco prevé procedimientos de participación pública directa y efectiva para el diseño y creación de SEZ en el territorio mexicano.

¹³³⁴ B. J. RICHARDSON, "Is East Asia Industrializing too Quickly? Environmental Regulation in its Special Economic Zones" (2004) *Pacific Basin Law Journal* Vol. 22, No. 1, pp. 150-244.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

En 2015, el entonces presidente, Enrique Peña Nieto presentó ante el Congreso una iniciativa de ley federal de zonas económicas especiales, con la intención de crear un marco normativo que le permitiera establecer corredores industriales para fomentar el desarrollo económico de las zonas más empobrecidas del territorio mexicano. La iniciativa se turnó a la Comisión de Economía para que la analizara y elaborara un dictamen, y a la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública para que emitiera su opinión.¹³³⁵ El 14 de diciembre de 2015 se discutió y aprobó la iniciativa de Ley en la Cámara de Diputados, la cual remitió el proyecto al Senado para su discusión.¹³³⁶ Posteriormente, el 14 de abril de 2016, el Senado lo discutió y aprobó el proyecto, a condición de que se hicieran algunas modificaciones.¹³³⁷ El 19 de abril del mismo año la nueva versión fue discutida por la Cámara de Diputados, la cual, una vez aprobada, la envió al ejecutivo federal para su promulgación y publicación en el DOF.¹³³⁸

El dictamen de la Comisión de Economía hace algunas referencias a experiencias exitosas internacionales, principalmente de América Latina y Asia, apoyando los objetivos del proyecto de Ley. Sin embargo, omite cualquier mención a ejemplos que han fracasado y a los impactos sociales y ambientales que las SEZ han tenido o pueden tener.¹³³⁹ En otras palabras, el dictamen ni siquiera abrió el debate a la conveniencia de crear SEZ desde el punto de vista de la sostenibilidad. También cabe resaltar que ni siquiera se solicitó la opinión de la Comisión Ambiental respecto al proyecto de Ley (en ninguna de las Cámaras), por lo que las consideraciones ambientales no recibieron mención durante las discusiones en las cámaras. De ello se desprende que no hubo un debate ambiental ni en el modelo de democracia representativa, ni un proceso de participación pública directa.

Por lo que se refiere al proceso de creación y establecimiento de SEZ, la Ley establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) elaborará un Dictamen que debe contener, entre otras cosas, un estudio de pre-factibilidad y una "evaluación estratégica sobre la situación e impacto sociales y

¹³³⁵ Cámara de Diputados, "Dictamen de la Comisión de Economía, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Zonas Económicas Especiales, y se adiciona el artículo 9 de la Ley General de Bienes Nacionales" (14 de diciembre de 2015) *Gaceta Parlamentaria*, LXIII Legislatura, Año XIX, No. 4425-IV.

¹³³⁶ Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria* (14 de diciembre de 2015) No. 4425-IV.

¹³³⁷ *Gaceta del Senado* (14 de abril de 2016) LXIII/1SPO-124/61992.

¹³³⁸ CEFP, "Zonas Económicas Especiales. Aspectos relevantes de la Iniciativa de Ley Aprobada" (11 de mayo de 2016).

¹³³⁹ Se limita a comentar que las SEZ mejorarán la calidad de vida de las comunidades en las áreas de influencia de las SEZ, al permitirles convertirse en proveedores de bienes y servicios locales para la Zona y fortaleciendo la educación y el desarrollo del capital humano. Ello, según el dictamen, permitirá reducir la brecha de desigualdad y pobreza en el mediano y largo plazo. Ver: Cámara de Diputados, "Dictamen de la Comisión Económica...", cit., p. 9.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

ambientales”.¹³⁴⁰ Este Dictamen debe pasar a aprobación de la Comisión Intersecretarial de Zonas Económicas Especiales y, posteriormente, el titular del Ejecutivo Federal emitirá, por Decreto, una declaratoria de la zona. En este sentido, la Ley dispone que la SHCP debe realizar una evaluación estratégica, con la participación de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), las entidades federativas, los municipios correspondientes y expertos independientes. Los resultados de la evaluación se deberán tomar en consideración para la elaboración del Programa de Desarrollo y el Plan Maestro de la Zona. La Ley no establece ningún criterio sobre lo que la evaluación debe contener, ni tampoco describe un proceso que se deba seguir en su elaboración. El reglamento de la Ley de SEZ subsana parcialmente esta laguna, ya que describe el proceso, pero omite obligar a identificar claramente los riesgos ambientales, las posibles alternativas con menores riesgos ambientales y medidas de mitigación.¹³⁴¹

Destaca la ausencia de un requerimiento de poner la información a disposición del público, y de desarrollar procesos de participación pública en el contexto de la evaluación estratégica y del Dictamen. Esta ausencia es común tanto en la Ley de SEZ como en su reglamento. Además, al momento de promulgarse la Ley de SEZ, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LEGEEPA) no contaba tampoco con ningún procedimiento de evaluación ambiental estratégica, por lo que dicha evaluación prevista en la Ley de SEZ caía en un vacío jurídico.¹³⁴²

El 29 de septiembre de 2017 se publicaron los decretos de declaratoria de las SEZ de Puerto Chiapas; Coahuila de Zaragoza y Lázaro Cárdenas-La Unión; y el 19 de diciembre se publicaron los decretos de declaratoria de las SEZ de Progreso; y de Salina Cruz; y el 18 de abril de 2018 se publicaron los decretos de las SEZ de Campeche y de Tabasco, todas ellas sin haber puesto los dictámenes ni las evaluaciones ambientales a disposición del público y sin llevar a cabo procesos participativos. Lo anterior generó despojos agrarios, afectando muchas propiedades ejidales, y resistencia campesina en las áreas afectadas por las SEZ.¹³⁴³ Además, las SEZ no lograron atraer la inversión extranjera esperada. En consecuencia, el 19 de noviembre de 2019 el nuevo presidente Andrés Manuel

¹³⁴⁰ Art. 9 de la Ley de Zonas Económicas Especiales, *Diario Oficial de la Federación* (1 de junio de 2016).

¹³⁴¹ Art. 45 del Reglamento de la Ley Federal de Zonas Económicas Especiales, *Diario Oficial de la Federación* (30 de junio de 2016).

¹³⁴² La evaluación ambiental estratégica se introdujo en la LEGEEPA hasta septiembre de 2018. Ver: Iniciativa de los Senadores del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de Evaluación Ambiental Estratégica, *Gaceta del Senado* (13 de septiembre de 2018) LXIV Legislatura, LXIV/1PPO-7/83339.

¹³⁴³ A. AVILA y L. E. AVILA ROMERO, “Las nuevas Zonas Económicas Especiales en México...”, cit., pp. 138-162.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

López Obrador emitió un nuevo Decreto que abroga las diversas de Declaratorias de dichas SEZ.¹³⁴⁴

En mi opinión, es necesario que los Estados promulguen legislación relativa a la participación del público en relación con políticas relacionadas con las inversiones, especialmente las SEZ debido al elevado riesgo ambiental que suponen, además de que tienen un gran potencial de aumentar la desigualdad al conceder importantes beneficios fiscales a las grandes corporaciones que se establezcan en las SEZ que no están disponibles para las Pymes.

Esto se vuelve apremiante considerando la rápida proliferación de SEZ de los últimos años, muchas de ellas impulsadas como resultado de los AII regionales y mega-regionales. En efecto, de las memorias en el Congreso en relación con la Ley de SEZ en México es posible observar cómo la SEZ se vio como una necesidad para mejorar la competitividad del país y de aprovechar las oportunidades presentadas por la negociación del CPTPP y otros AII de alta envergadura.

4.2.3. Buenas prácticas de promoción de los derechos procedimentales ambientales en políticas de inversiones

Entre algunas posibles soluciones, destacan las evaluaciones ambientales estratégicas (EAE) que permiten analizar los efectos ambientales significativos de los planes, programas y políticas.

En la UE, la Directiva relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (Directiva de EAE) complementa al Convenio de Aarhus. De acuerdo con esta Directiva, los planes y programas que se elaboren con respecto a "la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, el transporte, la gestión de residuos, las telecomunicaciones, el turismo, la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo y que establezcan el marco para la autorización en el futuro de proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 85/337/CCE" o "que, atendiendo al efecto probable en algunas zonas, se haya establecido que requieran una evaluación" están sujetos a un procedimiento de EAE.¹³⁴⁵ Dada la amplitud de los aspectos que se ven afectados con el establecimiento de las SEZ y los posibles impactos ambientales y sociales significativos derivados de esta, se podría interpretar que la Directiva se aplica a las SEZ.¹³⁴⁶

¹³⁴⁴ Decreto por el que se abrogan los diversos de Declaratorias de las Zonas Económicas Especiales de Puerto Chiapas, de Coatzacoalcos, de Lázaro Cárdenas-La Unión, de Progreso, de Salina Cruz, de Campeche y de Tabasco, publicados el 29 de septiembre y 19 de diciembre, ambos de 2017, y el 18 de abril de 2018, *Diario Oficial de la Federación* (19 de septiembre de 2019).

¹³⁴⁵ Art. 3 de la Directiva de EAE.

¹³⁴⁶ Sobre el alcance material de esta Directiva ver: T. BUNGE, "Strategic Environmental Assessment: The Term "Plans and Programmes" as Interpreted by the Europea Court of Justice (2019) *Environmental Law Network International Review* No. 19, pp. 2-9.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

La Directiva de EAE desarrolla las obligaciones de poner la información a disposición del público y la de llevar a cabo consultas públicas sobre el proyecto de plan, programa o política. Si embargo, ni siquiera esta es lo suficientemente precisa y en lenguaje obligatorio para garantizar una participación pública efectiva.

A nivel global, el proceso de adopción de legislación relativa a las EAE y su aplicación es lento y muchos países aun no cuentan con estos procedimientos. Según PNUMA, las normas o legislaciones de EAE son inadecuadas porque se fundamentan en la lógica de las EIA, sin responder a las especificidades de los procesos de planificación estratégica. Además, las legislaciones sobre EAE ofrecen poca orientación sobre los derechos de acceso a la información y a la participación pública en la toma de decisiones.¹³⁴⁷

En este sentido, es importante que la sociedad civil se movilice para exigir el establecimiento de marcos normativos claros que garanticen la participación efectiva público en la elaboración de planes, programas y políticas no solo en materia ambiental, sino también aquellos estratégicos para el desarrollo económico, como son las SEZ.

4.3. Los contratos de inversión

4.3.1. Los derechos procedimentales ambientales en relación con los contratos de inversión

Un contrato de inversión es un acuerdo entre el inversionista extranjero y el Estado receptor con el propósito de regular un proyecto de inversión específico.¹³⁴⁸ Los contratos de inversión pueden tomar muchas formas distintas: concesiones, acuerdos de repartición de la producción de la explotación de recursos naturales, permisos ambientales -y de otra índole-, acuerdos con el gobierno para la construcción y operación de infraestructuras (por ejemplo, oleoductos, carreteras), arrendamiento de tierras para inversiones en agricultura a gran escala, entre otros. La variedad de los instrumentos que se pueden considerar como contratos de inversión hace que su estudio a la luz del Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú sea más complejo.

A efectos de comprender si el derecho de acceso a la información abarca los contratos, hay que comprender si se les puede considerar "información ambiental". La definición de información ambiental del Convenio de Aarhus incluye "acuerdos en materia de medio ambiente y actividades que afecten o puedan afectar a los elementos y factores del medio ambiente, así como las actividades o las medidas destinadas a proteger estos elementos". Asimismo, los análisis de la relación

¹³⁴⁷ PNUMA, "Assessing Environmental Impacts- A Global Review of Legislation" (2018) p. xix.

¹³⁴⁸ L. COTULA, *Investment contracts and sustainable development: How to make contracts for fairer and more sustainable natural resource investment* (IIED 2010) p. 3.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

coste-beneficio y otros análisis y supuestos de carácter económico utilizados en el marco de dichas medidas y actividades son información ambiental que las autoridades deben revelar, ya sea previa solicitud o de oficio, a través de su publicación en sistemas de información.¹³⁴⁹ Existen algunas excepciones al derecho a acceder a información ambiental, por ejemplo, cuando la revelación de la información pueda afectar “la confidencialidad de los procedimientos de las autoridades públicas, cuando tal confidencialidad esté dispuesta por la ley” o cuando “la confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial, cuando dicha confidencialidad esté contemplada en la legislación nacional a fin de proteger intereses económicos legítimos, incluido el interés público de mantener la confidencialidad estadística y el secreto fiscal”.¹³⁵⁰

Se podría interpretar que el derecho al acceso a la información en el Convenio de Aarhus abarca alguna información contenida en los contratos de inversión, en la medida en que la *información* se relacione con el medio ambiente o los efectos reales o potenciales de la actividad objeto del contrato pueda tener sobre el medio ambiente.¹³⁵¹ Las autoridades públicas podrían verse tentadas a negarse a dar acceso al contrato si la legislación interna protege otro tipo de información contenida en él, como puede ser la información comercial o confidencial. No obstante, dado que la aplicación del Convenio de Aarhus debe hacerse favoreciendo la máxima publicidad, los contratos deberían revelarse, cubriendo o protegiendo únicamente aquellos datos que estén protegidos, de acuerdo con el derecho interno.¹³⁵²

En las primeras versiones del texto de negociación del Acuerdo de Escazú se contemplaba toda la información sobre las concesiones, contratos, convenios o autorizaciones que se hubieran otorgado en relación con los recursos naturales como parte de la definición de la información ambiental.¹³⁵³ A lo largo de las negociaciones, esta información “sensible” se sacó de la definición y se incluyó en el art. 6 como parte del acceso a la información previa solicitud, pero sin

¹³⁴⁹ Art. 2.3 del Convenio de Aarhus.

¹³⁵⁰ Art. 4.4 del Convenio de Aarhus.

¹³⁵¹ Ver: Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, Caso ACCC/C/2007/21 contra la Comunidad Europea, Hallazgos (3 de abril de 2009) párr. 29. En este caso, el Comité interpreta si el Banco Europeo de Inversión violó el derecho al acceso a la información al no proveer acceso a los contratos de financiamiento de un proyecto de inversión en Albania.

¹³⁵² Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental..., cit., considerandos 16 y 17.

¹³⁵³ Ver: CEPAL, “Texto compilado por la mesa directiva que incluye las propuestas de texto de los países relativas al preámbulo y los artículos 1 a 10 del documento preliminar del acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. Cuarta versión”, discutido en la Quinta Reunión del Comité de Negociación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (21 a 25 de noviembre de 2016).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

considerarla “información ambiental” propiamente dicha.¹³⁵⁴ El efecto de esta estrategia es que, al estar fuera de la definición de “información ambiental”, las autoridades no están obligadas a revelar los contratos cuando los ciudadanos lo solicitan. En el texto final del tratado, los Estados sólo se comprometieron a “promover” el acceso a los contratos a *la información ambiental* contenida en las concesiones, contratos, convenios o autorizaciones que se hayan otorgado y que involucren el uso de bienes, servicios o recursos públicos “de acuerdo con la legislación nacional”. En resumen, el Acuerdo de Escazú no obliga a las autoridades a publicar los contratos, pero sí los *invita* a publicar aquellos aspectos ambientales contenidos en los mismos.

Por lo que se refiere a la participación pública relacionada con los contratos de inversión, se pueden aplicar las disposiciones sobre la participación pública en decisiones relativas a proyectos o actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente.¹³⁵⁵ El alcance material de este derecho se determina por el efecto de la decisión sobre el medio ambiente. En otras palabras, cubre los procesos de *decisiones ambientales* propiamente dichos, por ejemplo, proceso de EIA, permisos ambientales, y a decisiones que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, es decir, decisiones que sin ser estrictamente en materia ambiental puedan tener efectos sobre el medio ambiente, siempre y cuando el efecto sea “importante”¹³⁵⁶ o “significativo”.¹³⁵⁷

El Convenio de Aarhus dispone que son actividades que tienen impactos significativos sobre el medio ambiente todas las enumeradas y descritas en el Anexo I, que incluyen actividades de los siguientes sectores: energía, la producción y transformación de metales, la industria mineral, la industria química, gestión de desechos, tratamiento de aguas, instalaciones industriales, entre otras.¹³⁵⁸ La lista del Anexo I no es taxativa, por lo que el derecho a participar en decisiones relativas a actividades fuera de los sectores enumerados, en la medida que puedan tener efectos “importantes” sobre el medio ambiente.¹³⁵⁹ El Acuerdo de Escazú evita cualquier lista de actividades que requieran participación pública y lo deja en manos de la legislación nacional.¹³⁶⁰ En mi opinión, dado que los contratos de inversión se refieren a proyectos específicos que tienen o pueden tener efectos en el medio ambiente, los estándares de participación pública de estos tratados internacionales sí son aplicables (o deberían serlo) a los procesos de negociación y firma de los contratos de inversión. Esta aplicación debería ser a todos los

¹³⁵⁴ Art. 6, párrafo 9 del Acuerdo de Escazú.

¹³⁵⁵ Art. 6 del Convenio de Aarhus; y Art. 7 del Acuerdo de Escazú.

¹³⁵⁶ Art. 6, párrafo 1, inciso b) del Convenio de Aarhus.

¹³⁵⁷ Art. 7, párrafos 2, 3 y 12 del Acuerdo de Escazú.

¹³⁵⁸ Ver el listado del Anexo I, del Convenio de Aarhus.

¹³⁵⁹ Art. 6, párrafo 1, inciso b) del Convenio de Aarhus.

¹³⁶⁰ Art. 7, párrafo 1 del Acuerdo de Escazú.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

contratos y no sólo a los permisos ambientales y procesos de EIA. Asimismo, estos estándares se deberían aplicar no sólo a las decisiones iniciales, sino también a las revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativas al objeto de la decisión, de otra manera, se limitaría el derecho de las personas de participar en las decisiones que afectan de manera injustificada al público.¹³⁶¹

Finalmente, por lo que se refiere al acceso a la justicia, el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú tienen por objetivo establecer algunas reglas de procedimiento para la administración de justicia mínimas que cada país deberían incluir para facilitar a las personas ejercer sus derechos al acceso a la información, a la participación pública y su derecho a un medio ambiente sano. Una de las características más importantes de este derecho es que amplían la legitimación activa, por lo que organizaciones de la sociedad civil, asociaciones o grupos cuyo objetivo sea la protección ambiental pueden iniciar procedimientos contra los actos de las autoridades que violen los estándares de acceso a la información y la participación pública en la toma de decisiones ambientales, así como para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, decisiones, acciones u omisiones que afecten o puedan afectar de manera adversa el medio ambiente o que contravengan normas jurídicas ambientales.¹³⁶²

En este sentido, sería posible argumentar que los ciudadanos, así como las personas directamente afectadas por los proyectos de inversión pueden iniciar procedimientos contra las administraciones públicas por la falta de publicidad de los contratos de inversiones o por la ausencia de procedimientos de participación pública, incluso sin ser partes en los contratos.¹³⁶³ La dificultad está en tener conocimiento de esos contratos para poder ejercer los derechos procedimentales ambientales.¹³⁶⁴

¹³⁶¹ Art. 7, párrafo 2 del Acuerdo de Escazú; Art. 6, párrafo 10 del Convenio de Aarhus. Ver también: D. A. COLLINS, "Public Participation in Environmental Impact for Foreign Investment Projects: a Canadian Perspective" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 229-256.

¹³⁶² Art. 9 del Convenio de Aarhus; Art. 8 del Acuerdo de Escazú.

¹³⁶³ Claude Reyes et. al. v. Chile, Inter-American Court of Human Rights, Judgement on Merits, Reparations and Costs (19 September 2006) pa. 133-144.

¹³⁶⁴ Más allá de los derechos procedimentales ambientales también se pueden hacer controles parlamentarios de los proyectos de inversión, si el derecho interno del Estado anfitrión lo permite. Ver: E. CIMA, "Parliamentary Scrutiny over Investment Projects: Case of Tanzania's Natural Resources Regulatory Reform" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 177-205.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

4.3.2. Aplicación de los derechos procedimentales ambientales a los contratos de inversión

Los contratos de inversión son muy importantes para la transición hacia una sustentabilidad ecológica y para la justicia social por diversos motivos: 1) a menudo incluyen cláusulas de estabilización normativa durante el período de vida del proyecto;¹³⁶⁵ 2) determinan la distribución de riesgos, costos y beneficios del proyecto;¹³⁶⁶ 3) establecen la manera en que el proyecto generará ingresos públicos y otras oportunidades de desarrollo económico a través del empleo o negocios locales; 4) definen un equilibrio entre las consideraciones económicas y las socioambientales, por ejemplo, pueden proteger a las personas o al medio ambiente o establecer un fondo o una garantía para la remediación ambiental; 5) acuerdan el sometimiento de una diferencia relacionada con el contrato a una jurisdicción determinada y el derecho aplicable a la diferencia.¹³⁶⁷

Si los contratos están bien diseñados pueden maximizar las contribuciones de las inversiones al desarrollo sostenible en el Estado anfitrión, pero si están mal diseñados pueden establecer condiciones muy onerosas para los Estados por largos períodos de tiempo, pueden obstruir las oportunidades de que la inversión extranjera contribuya al desarrollo sostenible e incluso pueden generar escenarios de injusticia, que a su vez puede derivar en conflictos socioambientales. Por ello, el acceso a la información, la participación pública en la negociación de los contratos de inversión y el acceso a la justicia por asuntos relacionados con los contratos de inversión son fundamentales.

El acceso del público a los contratos de inversión suele ser compleja por varios motivos. Primero, los contratos pueden contener muchos tipos de información, incluyendo información protegida y que no puede ser divulgada, por ejemplo, datos personales, información comercial, los montos del contrato. Segundo, la revelación de contratos comúnmente requiere el consentimiento de ambas partes y en muchos países no sólo los inversionistas, sino especialmente los gobiernos son reticentes a hacerlos públicos. Además, cuando los ciudadanos desean acceder a ellos haciendo uso de los mecanismos establecidos en las leyes nacionales de transparencia, acceso a la información o rendición de cuentas, se pueden encontrar con otras barreras, como: 1) la multiplicidad de contratos que atañen a un mismo proyecto de inversión, por lo que mientras algunos contratos pueden ser públicos conforme al derecho interno del Estado receptor, por ejemplo, las concesiones, otros acuerdos que desarrollen con más detalle aspectos relacionados con la

¹³⁶⁵ Ver Capítulo 1, sección 4.1. La internacionalización de los contratos inversionista-Estado; J. G. RUGGIE, *¿Solamente negocio?...*, cit., p. 174.

¹³⁶⁶ Por ejemplo, el contrato entre YPF y Chevron que dejaba todas las responsabilidades ambientales sobre YPF quien operaba en nombre del Estado, mientras que Chevron quedaba liberado de responsabilidad. Ver el caso más abajo en esta misma sección.

¹³⁶⁷ L. COTULA, *Investment contracts and sustainable development...*, cit., p. 3.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

responsabilidad ambiental derivada de la inversión, la distribución de cargas y beneficios entre las partes, el derecho aplicable a una controversia puede que no lo sean.¹³⁶⁸ Segundo, no es común encontrar indicaciones o criterios regulatorios sobre el número de contratos que puede haber en relación a un proyecto de inversión ni tampoco un registro público donde se identifiquen *todos* los contratos, licencias, acuerdos, permisos que un Estado haya firmado u otorgado en relación a *cada* proyecto de inversión, lo que hace más difícil que el público general pueda hacer uso de los mecanismos internos de transparencia y acceso a la información pública para solicitar información sobre contratos cuya existencia desconoce.¹³⁶⁹

Un caso clave en relación con el acceso a la información contenida en contratos relacionados con las inversiones, lo encontramos en *Claude Reyes et. al. v. Chile*, donde los demandantes solicitaron al Comité de Inversión Extranjera (CIE) información sobre la compañía forestal Trillium y el proyecto Río Condor que se ejecutaría en la Región XII de Chile.¹³⁷⁰ Entre otras cosas, los demandantes solicitaron una copia de los contratos firmados por el Estado y el inversionista relacionados con dicho proyecto, así como información sobre las obligaciones de los inversionistas y de las empresas involucradas en el proyecto y si el CIE tenía conocimiento de cualquier infracción o delito cometido por el inversionista extranjero.¹³⁷¹ En respuesta a la solicitud, el Vicepresidente ejecutivo del CIE únicamente entregó un documento de una página con alguna información básica, pero no proporcionó una copia del contrato, ni respondió a las solicitudes hechas por los demandantes para acceder a la información faltante referida en su solicitud original.¹³⁷²

Luego de agotar los recursos internos, los demandantes presentaron su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), quien concluyó que el Estado había violado el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención IDH) sobre libertad de pensamiento y expresión y recomendó al Estado, entre otras cosas, revelar la información solicitada, reparar el daño y reformar su legislación nacional sobre acceso a la información.

Ante la falta de una adopción satisfactoria de las recomendaciones, la Comisión IDH presentó el caso ante la Corte IDH el 1 de julio de 2005. La Corte IDH

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁶⁹ Esto se está intentando cambiar a través del programa de transparencia de los contratos impulsado por la EITI. Ver: EITI, "Contract Transparency Network" (14 de julio de 2021)

< <https://eiti.org/contract-transparency-network> >

¹³⁷⁰ Sobre este caso ver: G. MÉDICI COLOMBO, "Access to environmental information in Latin America...", cit., p. 177.

¹³⁷¹ *Claude Reyes et. al. v. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia (19 de septiembre de 2006) párr. 3 y 57(13).

¹³⁷² La información proporcionada fue: el nombre del inversionista, el nombre de la empresa, el capital que desea importar a Chile, las compañías o empresas involucradas, las inversiones hechas a la fecha, el tipo de proyecto y su ubicación. *Ibid.*, párr. 57(14).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

consideró que la información que el Estado no proveyó era de interés público porque se relacionaba a un contrato de inversión extranjera firmado entre el Estado, por una parte, y dos empresas extranjeras y una empresa Chilena, por la otra parte, para desarrollar un proyecto de explotación forestal que había generado un debate público debido a su posible impacto ambiental.¹³⁷³

De acuerdo con la Corte IDH, el Estado restringió el derecho de los demandantes al acceso a la información al no proveer la información faltante, que dicha restricción no estuvo basada en ningún precepto legal,¹³⁷⁴ que el Estado no probó que la restricción al acceso a la información respondiera a un propósito permitido por la Convención IDH o que fuera “necesaria”, como se exige para el efectivo cumplimiento con el art. 13 de la Convención, ya que la autoridad responsable ni siquiera adoptó una decisión justificada, por escrito, comunicando las razones de la restricción al acceso a la información en este caso específico.

La Corte IDH notó que las restricciones no cumplieron con los parámetros de la Convención: 1) que los individuos tienen derecho a buscar y recibir información que se encuentre en manos de las autoridades públicas, y los Estados tienen la obligación positiva de proveerla, con las excepciones permitidas por la Convención; 2) que los individuos tienen el derecho de recibir la información solicitada o, cuando la información no se provea, una respuesta por parte de las autoridades justificando los motivos para retener la información;¹³⁷⁵ 3) que la decisión de retener la información debe estar fundada en las restricciones establecidas por ley, misma que debe ser acorde a las permitidas por la Convención IDH;¹³⁷⁶ 4) que la retención de la información debe ser “necesaria” para satisfacer el interés público, por lo que si hay varias opciones para alcanzar este objetivo, se debe seleccionar aquella que restrinja menos el derecho al acceso a la información; 5) que el principio de máxima publicidad establece una presunción de que toda la información en manos de las autoridades públicas es accesible, sujeto únicamente a las excepciones legales; y 6) que corresponde al Estado probar que ha cumplido con todos los requisitos anteriores antes cuando retenga la información solicitada.¹³⁷⁷

La sentencia de la Corte IDH ordenó al Estado chileno: 1) proveer la información solicitada o adoptar una decisión justificada para su retención; 2) publicar la sentencia de la Corte IDH en la gaceta oficial y en cualquier otro periódico de amplia circulación a nivel nacional; 3) adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho al acceso a la información en manos de las autoridades públicas, incluyendo garantizar un procedimiento administrativo efectivo y

¹³⁷³ *Ibid.*, párr. 73.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, párr. 94

¹³⁷⁵ *Ibid.*, párr. 101, 103 y 77.

¹³⁷⁶ *Ibid.*, párr. 89 y 90.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, párr. 91 a 93.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

apropiado para procesar y decidir las solicitudes de información, que establezca términos para la adopción de la decisión y la provisión de información; y 4) entrenar a las entidades públicas, autoridades y agentes responsables de responder a las solicitudes de acceso a la información sobre las leyes y reglamentos que gobiernan este derecho, así como los parámetro de la Convención IDH sobre las restricciones al acceso a la información.¹³⁷⁸

En resumen, acceder a la información contenida en contratos relacionados con los recursos naturales, el uso de la tierra, tecnologías verdes, entre otros, forman parte del derecho al acceso a la información.

La sentencia *Claude Reyes et. al. v. Chile* ha tenido eco en las jurisdicciones nacionales, revelando la injusta distribución de cargas y beneficios entre el Estado y el inversionista. En *Giustianini, Rubén Héctor v. Y.P.F. S.A.*, la Suprema Corte de Justicia de Argentina también resolvió el alcance del derecho al acceso a la información ambiental en relación con contratos de inversiones. El 16 de julio de 2013 los noticieros locales informaron que las compañías petroleras YPF y Chevron Corporation habían firmado un acuerdo para la exploración del depósito más grande de gas shale en el mundo, conocido como *Vaca Muerta* y ubicado en la provincia de Neuquén en Argentina.¹³⁷⁹ En ese momento, el gobierno de Argentina había expropiado el 51% de las acciones de YPF y había garantizado la continuidad de YPF en la gestión del proyecto.¹³⁸⁰ El referido acuerdo se mantuvo en estricto secreto. El Senador Rubén Héctor Giustiniani solicitó a YPF una copia del mismo a fin de ser analizado por el Congreso, quien ya lo había aprobado sin siquiera revisarlo. Ante la negativa de YPF, el senador inició un proceso legal para obtener una copia del contrato. Las Cortes de primera y segunda instancia resolvieron en contra del Senador argumentando, entre otros, que la ley de acceso a la información no aplicaba a YPF y que el contrato contenía información industrial, técnica y científica secreta. El 10 de noviembre de 2015 la Suprema Corte de Justicia resolvió que YPF tenía la obligación de entregar una copia del acuerdo al Senador, argumentando que YPF era una institución que funcionaba bajo el Poder Ejecutivo nacional que gestiona intereses públicos, por lo que sí estaba obligada a proveer información de conformidad con los estándares internacionales y la ley de acceso a la información. Asimismo, concluyó que YPF no había probado que el acuerdo contuviera secretos industriales, técnicos y científicos, por lo que afirmaciones generales y vagas no pueden justificar la negativa a proveer la información. Así, la Corte ordenó que se entregara una copia del acuerdo al Senador.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, párr. 174. Ver también: Corte IDH, Opinión consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia..., cit., párr. 224 y 225.

¹³⁷⁹ Ver: G. MÉDICI COLOMBO, "Access to environmental information in Latin America...", cit., p. 177.

¹³⁸⁰ Ley 26.741 de Yacimientos petrolíferos fiscales (Sancionada el 3 de mayo de 2012 y promulgada el 4 de mayo de 2012).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

La importancia de la publicación de los contratos para el control social de las autoridades públicas y de la transición hacia una sostenibilidad no se debe subestimar. Tras la publicación del contrato entre YPF y Chevron se observó que éste no había sido firmado por YPF ni por Chevron, sino por empresas registradas en paraísos fiscales, que la inversión prometida era únicamente un préstamo cuyos beneficios para el desarrollo de Argentina no eran claros, que Chevron había quedado exenta de toda responsabilidad ambiental relacionada con el proyecto, y que cualquier diferencia relacionada con el contrato se resolvería ante la Cámara de Comercio Internacional, aplicando el derecho de Nueva York.¹³⁸¹

Todas las características de este contrato tienen repercusiones al momento de surgir una controversia inversionista-Estado. Por ejemplo, Chevron podría haber demandado a Argentina, alegando ser propietaria de dichas empresas. Si Chevron hubieran generado daños ambientales con sus operaciones, Argentina no los habría podido responsabilizar por ello, sino que habría tenido que soportar los costos de la remediación ambiental; y si demandaba a YPF/Chevron dentro de su jurisdicción, Chevron podría demandar a Argentina ante el CIADI o ante la Cámara de Comercio Internacional, donde las empresas estarían fuera del alcance del derecho argentino.

4.3.3. Buenas prácticas de promoción de los derechos procedimentales ambientales a los contratos de inversiones

Actualmente existen distintas iniciativas que impulsan la *transparencia* en los contratos de inversión, especialmente aquellos en las industrias extractivas y en la agricultura.¹³⁸² Por ejemplo, la *Extractive Industries Transparency Initiative* (EITI) es un estándar global de carácter voluntario para promover la gestión abierta y responsable del petróleo, el gas y los recursos minerales.¹³⁸³ En 2019 se actualizó el estándar global para incluir un requisito de publicación de todos los contratos, acuerdos de participación en beneficios y licencias que los países participantes otorguen, firmen o enmienden a partir del 1 de enero de 2021.¹³⁸⁴

¹³⁸¹ G. MÉDICI COLOMBO, "Access to environmental information in Latin America...", cit., p. 181.

¹³⁸² Por ejemplo, el Columbia Center on Sustainable Investments tiene un repositorio de contratos relacionados con la tierra, así como algunos entrenamientos para comprender los términos e implicaciones de acuerdos de gran escala. Ver: CCSI, "Open Land Contracts" (sin fecha) <www.openlandcontracts.org>; el Banco Mundial, el Columbia Center on Sustainable Investments, Open Oil y el Natural Resource Governance Institute tienen un repositorio similar para contratos de inversiones en el sector del petróleo y la minería: "Resource Contracts" (sin fecha) <www.resourcecontracts.org>.

¹³⁸³ Actualmente cuenta con la participación de 55 países, donde la EITI forma coalición de gobiernos, empresas y la sociedad civil. Ver: EITI, "The global standard for the good governance of oil, gas and mineral resources" (sin fecha) <<https://beta.eiti.org>>.

¹³⁸⁴ EITI, "Policy brief: the case for contract transparency" (2019, last update in December 2020). Disponible en <https://eiti.org/files/documents/eiti_policy_brief_contract_transparency.pdf>

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Los países que desean obtener o mantener el estándar, deben validar que cumplen con ciertos requisitos. De acuerdo con el requisito 2.4. los países participantes deben documentar las políticas gubernamentales de publicación de contratos que gobiernan la exploración y explotación de recursos naturales, incluyendo: 1) una descripción sobre la legislación que manda o prohíbe la publicación de los contratos; 2) una explicación sobre cualquier desviación a dicha legislación, si la hay; 3) documentación sobre las discusiones de grupos multi-actores sobre qué constituye la política gubernamental sobre publicación de contratos; 4) las reformas planeadas o en curso para facilitar la publicación de contratos; 5) un panorama sobre qué contratos han sido publicados, incluyendo un link para acceder a ellos; y 6) una explicación sobre las barreras legales o prácticas para la publicación de contratos. Asimismo, se invita a los países a publicar los contratos firmados o enmendados en fechas previas a 2021; y se espera que los países, después de un proceso de consulta con en grupos multi-actores, presenten un plan con fechas claras para lograr la publicación de contratos.¹³⁸⁵

Actualmente, diversas Directrices y Principios voluntarios, así como prácticas de contratación responsable se refieren a procesos participativos en la negociación de los contratos. Por ejemplo, el Principio 7 de los Principios propuestos por John Ruggie para los contratos responsables establece que “El proyecto deberá tener un plan efectivo de participación de la comunidad durante su ciclo de vida desde las primeras etapas.” Lo anterior implica que los Estados y las empresas deben consultar con los individuos y comunidades impactadas desde *antes* de la firma de los contratos, deben definir claramente el rol de cada uno (del Estado y de la empresa) en el proceso de participación de la comunidad, deben desarrollar planes de participación de la comunidad, aclarando los métodos de comunicar la información relevante del proyecto a las comunidades impactadas -reservándose únicamente aquella información que tenga reserva comercial- y deben destinar recursos apropiados para costear el proyecto.¹³⁸⁶

Nuevas prácticas están surgiendo en relación con los contratos de inversión, por ejemplo, la firma de contratos inversionista-Estado que están relacionados procedimental y sustantivamente a contratos inversionista-comunidades afectadas por el proyecto, así como la firma de contratos multi-actores (inversionista-Estado-comunidades afectadas).¹³⁸⁷ Sin embargo, estas prácticas son aún muy nuevas para conocer su efectividad o sus implicaciones a largo plazo.

¹³⁸⁵ *Ibid.*

¹³⁸⁶ CDH, “Principios para contratos responsables: la integración de la gestión de los riesgos para los derechos humanos en las negociaciones contractuales entre Estados e inversionistas: orientación para los negociadores” (25 de mayo de 2011). Ver también: CCSI, “Recommending Transparency in Land-based Investment: A summary of Relevant Guidelines and Principles” (March 2016) <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/03/2016-03-11-Transparency-Guidelines_FINAL.pdf>. Este documento resume distintas propuestas relevantes aleboradas en diversos foros internacionales.

¹³⁸⁷ L. COTULA, “Reconsidering Sovereignty, Ownership and Consent...”, cit., p. 167.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Por lo que se refiere a mecanismos de acceso a la justicia relacionado con los contratos de inversión. El Principio 9 sobre contratos responsables, que establece

*Principio 9: Los individuos o comunidades que no sean parte del contrato, pero que sean impactados por las actividades del proyecto, tendrán acceso a un mecanismo de reclamos extrajudicial efectivo.*¹³⁸⁸

Este Principio supone que tanto el Estado como el inversionista deben asegurarse, a través de cláusulas insertas en los contratos, que los individuos y las comunidades que sean impactadas negativamente por el proyecto tengan acceso, en el nivel operacional, a un mecanismo de reclamos; y que dichos mecanismos no deberán restringir el acceso a otros mecanismos de quejas, estatales o no estatales, incluyendo mecanismos judiciales o mecanismos provistos por prestamistas, tribunales regionales u otros.

En este respecto, se ha sugerido que los contratos de inversión incluyan cláusulas sobre el consentimiento de las empresas al arbitraje internacional o al sometimiento de diferencias relacionadas con sus actividades en las jurisdicciones de su Estado de origen, iniciadas por las comunidades afectadas por el proyecto;¹³⁸⁹ o que en las cláusulas de arbitraje inversionista-Estado incluyan expresamente que el Estado puede reclamar reparaciones por daños ambientales en el curso de estos procedimientos.¹³⁹⁰ Estas sugerencias serían importantes para garantizar el acceso a la justicia en asuntos ambientales y, a su vez, forzar un cambio de conducta de las empresas hacia una transición ecológica.

4.4. Influencia de los derechos procedimentales ambientales sobre las normas procesales de arbitraje inversionista-Estado

El arbitraje inversionista-Estado es el principal mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. La participación del público y de los terceros afectados por las inversiones en el arbitraje se torna un elemento fundamental para el acceso a la justicia ambiental, en la medida en que las diferencias tengan alguna relación con el medio ambiente o la regulación ambiental, o que el resultado del arbitraje pueda afectar a terceros. En las próximas páginas analizaré la intersección entre normas procedimentales del arbitraje inversionista-Estado y los derechos procedimentales ambientales.

Las normas sobre la transparencia y la participación de *amicus curiae* en el arbitraje inversionista-Estado han tenido un rápido desarrollo en las últimas dos

¹³⁸⁸ CDH, "Principios para contratos responsables...", cit., Principio 9.

¹³⁸⁹ Ver: Capítulo 2, Sección 4.3.2. Cláusulas sobre el consentimiento abierto en los AII. También ver: Y. FARAH y V. O. KUNUJI, "Contractualisation of Human Rights and Public Participation: Challenges and Prospects" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 122-147.

¹³⁹⁰ UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package...", cit., p. 59.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

décadas en el DIIE. Kent considera que este desarrollo se debe, en buena parte, al trabajo de cabildeo de organizaciones ambientalistas pioneras en el tema como CIEL y IISD que han buscado importar conceptos básicos del derecho internacional ambiental en la comunidad del DIIE.¹³⁹¹

El acceso a la información y la participación del público en el arbitraje inversionista-Estado se encuentra regulado, principalmente, en el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Reglamento de transparencia de la CNUDMI)¹³⁹² y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en el arbitraje inversionista-Estado (Convención de Mauricio), que amplía el ámbito de aplicación del Reglamento de transparencia.¹³⁹³ También son relevantes las reglas de arbitraje del CIADI, las del mecanismo complementario del CIADI y aquellas que se encuentren contenidas en los AII que se utilice de base para el arbitraje.¹³⁹⁴

El Reglamento tiene 8 artículos, el art. 1 define el alcance y la aplicación; los art. 2 y 3 detallan aspectos de la publicación de información y documentos relacionados con los procedimientos; los art. 4 y 5 detallan la participación de terceros interesados y de Partes en el tratado no contendientes; el art. 6 define cómo deben desarrollarse las audiencias; el art. 7 establece algunas excepciones a la transparencia; y finalmente, el art. 8 constituye un archivo para la publicación de la información.

El Reglamento de transparencia de la CNUDMI se aplica a diferencias basadas en tratados que se hayan firmado después del 1 de abril de 2014. Hay cuatro supuestos en que este Reglamento se aplica al arbitraje inversionista-Estado: 1) cuando el arbitraje se tramita conforme a las reglas del CNUDMI *usando como base de la reclamación un AII que se haya firmado luego del 1 de abril de 2014*, salvo disposición en contrario;¹³⁹⁵ 2) cuando el arbitraje se tramita conforme a las

¹³⁹¹ A. KENT, "The Evolving Concept of Public Participation: from Rio to Mauritius" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 53-80.

¹³⁹² Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 68/109. Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y Reglamento de Arbitraje (según el texto revisado de 2010, con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (16 de diciembre de 2013) UN Doc. A/RES/68/109.

¹³⁹³ United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (signature 10 December 2014, entry into force 18 October 2017) 54749 *UNTS*.

¹³⁹⁴ Muchos AII de nueva generación incluyen disposiciones sobre la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado. Por ejemplo, Art. 8.36 del CETA; Art. 9.24 del CPTPP.

¹³⁹⁵ AGNU, Resolución 68/109 "Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y Reglamento de Arbitraje (según el texto revisado de 2010, con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013) de la Comisión de las

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

reglas del CNUDMI usando como base un *AII previo al 1 de abril de 2014*, siempre y cuando los Estados Partes hayan acordado dicha aplicación por otro medio;¹³⁹⁶ 3) cuando el arbitraje se tramita conforme a las reglas de la CNUDMI usando como base un AII previo a 2014 y las partes contendientes acuerdan su aplicación;¹³⁹⁷ y 4) cuando las partes contendientes así lo acuerden, con independencia de las reglas de arbitraje que se utilicen para tramitar el arbitraje.¹³⁹⁸

La Convención de Mauricio permite que se aplique el Reglamento de Transparencia a todos los arbitrajes inversionista-Estado sustanciados de conformidad con un AII celebrado antes del 1 de abril de 2014, con independencia del tipo de AII (bilateral, multilateral, acuerdo de libre comercio, acuerdo de integración económica, etc.) y de las reglas de procedimiento utilizadas para la tramitación del arbitraje.¹³⁹⁹

La Convención de Mauricio también regula las excepciones a la aplicación al Reglamento de Transparencia: 1) cuando un Estado expresamente excluye un AII a través de una reserva, por lo que ninguna diferencia que surja en virtud de dicho AII tendrá que aplicar el Reglamento; o 2) cuando un Estado sea demandado y excluya la aplicación del Reglamento a un determinado conjunto de reglamentos o procedimientos arbitrales.¹⁴⁰⁰

El Reglamento de Transparencia incluye tanto normas para la publicación de información de manera proactiva, como la revelación de información previa solicitud. La información que el Tribunal o la institución que administre el arbitraje debe de hacer pública de manera proactiva es: 1) el inicio de un procedimiento arbitral; y 2) algunos documentos específicos del arbitraje inversionista-Estado lo más pronto posible en el momento procesal que corresponda.

El Art. 2 del Reglamento dispone que en cuanto el Estado demandado recibe la notificación de intención de iniciar un procedimiento arbitral, las partes deben enviar una copia de este documento al archivo detallado en el artículo 8, quien procederá sin demora a publicar el nombre de las partes litigantes, el sector económico y el AII de base.¹⁴⁰¹ El objetivo es que el público conozca de la existencia de la diferencia y verificar si tiene interés de intervenir como *amici curiae*.

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" (16 de diciembre de 2013) Art. 1.1. (en adelante Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado).

¹³⁹⁶ Art. 1.2.a) del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹³⁹⁷ Art. 1.2.b) del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹³⁹⁸ Art. 1.9 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹³⁹⁹ Preámbulo último párrafo y Art. 1 del United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (signature 10 December 2014, entry into force 18 October 2017) 54749 *UNTS*. (en adelante Convención de Mauricio).

¹⁴⁰⁰ Art. 3 de la Convención de Mauricio.

¹⁴⁰¹ Art. 2 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Estas disposiciones suponen un avance muy importante hacia la garantía de los derechos procedimentales ambientales en el arbitraje de inversiones, en relación con las reglas de arbitraje vigentes actualmente. A excepción de las reglas del CIADI, ningún otro reglamento de procedimiento arbitral contiene la obligación del Tribunal o de las partes de informar al público de la existencia del arbitraje inversionista-Estado.¹⁴⁰² La regla 22(1) del Reglamento administrativo y financiero del CIADI establece que la Secretaría General publicará información sobre el inicio de los procedimientos, pero únicamente debe publicar el nombre de las partes litigantes y el sector o asunto (pero no el AII de base), lo cual es insuficiente para que el público deduzca o conozca el objeto de la diferencia de inversiones.

En algunas ocasiones, los AII de nueva generación confirman y amplían el deber de poner a disposición del público información relativa al caso de arbitraje inversionista-Estado. Por ejemplo, el CETA establece que se debe publicar: la solicitud de celebración de consultas y otros documentos relacionados con el proceso de consulta, las pruebas, los escritos de las partes, entre otros documentos, y obliga a que las audiencias sean públicas.¹⁴⁰³

Desde mi perspectiva, el art. 2 sí supone un avance importante para la transparencia. El hecho de que únicamente se publique el nombre de las partes litigantes, el sector y el AII de base dificulta que las personas interesadas puedan planear una intervención como *amicus curiae* -al menos en ese momento procesal- porque no pueden conocer información fundamental: la medida impugnada o la conducta del gobierno supuestamente violatoria del AII, una breve descripción de la reclamación y una indicación de los daños y la compensación demandada. Bianco expone que una posible justificación es que la notificación de intención puede contener información comercial o protegida, por lo que sólo después de que se haya constituido el Tribunal y haya acordado con las partes litigantes la información que se puede publicar, se puede poner a disposición del público una versión publicable de la notificación de intención.¹⁴⁰⁴

El Reglamento de Transparencia también incluye una obligación de publicar los siguientes documentos de manera automática y, en el momento procesal oportuno: la notificación de intención; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda; el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; *una lista de todas las*

¹⁴⁰² G. BIANCO, "Article 2. Publication of information at the commencement of arbitral proceedings" en D. EULER, M. GEHRING y M. SCHERER (eds.) *Transparency in International Investment Arbitration. A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (Cambridge University Press 2015) p. 81; CIEL y IISD, "CIEL and IISD call for an end to an era of secrecy in investor-State arbitration: UN body must support transparency in new arbitration rules" (June 2008) <<https://www.ciel.org/news/ciel-and-iisd-call-for-an-end-to-an-era-of-secrecy-in-investor-state-arbitration-un-body-must-support-transparency-in-new-arbitration-rules/>>

¹⁴⁰³ Art. 8.36 del CETA.

¹⁴⁰⁴ G. BIANCO, "Article 2. Publication of information...", cit., p. 77.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, si esa lista ha sido preparada para las actuaciones, *pero no las pruebas en sí*; todo escrito presentado por Partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de ellas; y las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral.¹⁴⁰⁵

Si bien los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos no se tienen que publicar automáticamente, sí se pueden poner a disposición del público *previa solicitud* al tribunal por parte de *cualquier persona*.¹⁴⁰⁶ El hecho de que cualquier persona pueda solicitar esta información, sin necesidad de declarar un interés específico, está en línea con el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú.

Las pruebas pueden hacerse públicas, luego de que las partes litigantes lo aprueben y decidan qué información y cómo se pone a disposición del público.¹⁴⁰⁷ Las personas que soliciten esta información deberán sufragar los gastos administrativos que conlleve facilitar el acceso a los documentos, así como los gastos de fotocopiado o envío de los documentos. El Reglamento de transparencia no establece precios o criterios para determinar los gastos de fotocopiado o envío de los documentos por lo que estos podrían terminar siendo prohibitivos para las personas interesadas en acceder a la información en beneficio del interés público.

Las audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales serán públicas, por regla general, pero las transcripciones sólo se harán públicas si se elaboraron en el curso de las actuaciones.¹⁴⁰⁸

La publicación de los documentos está sujeta al previo cumplimiento con el art. 7 sobre la protección de la confidencialidad de la información, esto es, que sólo se publicarán los documentos una vez que se haya cubierto la información protegida en los documentos originales o se hayan generado versiones publicables de los mismos, que haya sometido el Tribunal a consulta con las partes litigantes.¹⁴⁰⁹

Se considera información protegida contra su divulgación aquella que: 1) esté clasificada como comercial confidencial; 2) no debe ponerse a disposición del público según el AII de base; 3) no debe ponerse a disposición del público de acuerdo con la legislación del Estado demandado; 4) el Tribunal determine que no se debe hacer pública con arreglo a cualquier ley o normativa que considere aplicable; y 5) pudiera obstruir el cumplimiento de la ley si fuera publicada.¹⁴¹⁰

¹⁴⁰⁵ Art. 3. 1 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁴⁰⁶ Art. 3.2 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁴⁰⁷ Art. 3.3 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁴⁰⁸ Art. 6.1 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

.

¹⁴⁰⁹ Art. 7.3 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁴¹⁰ Art. 7.2 del Reglamento sobre sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Para entender mejor la información que está protegida, así como los criterios para identificar y clasificar información como “comercial protegida” sería necesario revisar la legislación interna sobre transparencia y acceso a la información de los Estados demandados en cada caso concreto, o la legislación del Estado donde se celebre el arbitraje. Estas leyes podrían ampliar o restringir la publicación de documentos en el arbitraje inversionista-Estado, e incluso podrían transferir la decisión sobre la confidencialidad de cierta información a instituciones gubernamentales en el país en cuestión.¹⁴¹¹

Los documentos que se vayan a poner a disposición del público serán comunicados por el Tribunal arbitral al archivo lo antes posible o, para el caso de las pruebas, a medida que se disponga de ellos en forma expurgada. El archivo será el responsable de hacer públicos de forma *oportuna* todos los documentos en la forma y el idioma en que los haya recibido. Se sobreentiende que será a través de un medio electrónico de acceso abierto y sin costo para el público.¹⁴¹²

El art. 3 supone un cambio radical en el ejercicio del derecho al acceso a la información en aspectos relacionados con las inversiones extranjeras, puesto que los reglamentos hasta ahora eran silenciosos al respecto. Únicamente los laudos podían ser publicados, bajo la condición de que las partes litigantes presentaran su consentimiento a la publicación.¹⁴¹³ Los AII previos al 1 de abril de 2014 rara vez incluyen disposiciones sobre la publicación de documentos del procedimiento. Una notable excepción es la Nota Interpretativa del TLCAN, donde las Partes acordaron ya desde 2001:

“poner a disposición del público, de manera oportuna, todos los documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI, o expedidos por él, sujeto a la exclusión de:

- i) la información comercial reservada;*
- ii) la información confidencial o que esté protegida de ser divulgada de otra forma conforme a las leyes de la Parte; y;*
- iii) la información que la Parte deba reservar de conformidad con las reglas de arbitraje pertinentes, según estas se apliquen”.*¹⁴¹⁴

La Nota interpretativa facultó al Tribunal y a los Estados demandados a poner a disposición del público información cierta información. Antes de la nota, los

¹⁴¹¹ C. KEE, “Article 3. Publication of documents” in D. EULER, M. GEHRING y M. SCHERER (eds.) *Transparency in International Investment Arbitration. A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (Cambridge University Press 2015) p. 97.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 121.

¹⁴¹³ Ver: Regla 48 del Convenio del CIADI, Reglas de conciliación y arbitraje; Art. 32(5) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 1976; Art. 34(4) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 2010; Art. 34(5) de las Reglas de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje.

¹⁴¹⁴ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, “Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11” (31 de julio de 2001) A. Acceso a documentos. Disponible en <http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp>.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Tribunales denegaron las solicitudes del público afectado que buscaron acceso a la información. Por ejemplo, en *United Parcel Service of America Inc (UPS) v. the Government Canada*, el Tribunal denegó la solicitud de acceso a los documentos del escrito de demanda y contestación, los memorandos previos a la audiencia, y los documentos producidos por el Tribunal, formulada por la *Canadian Union of Postal Workers* y el *Council of Canadians* quienes querían participar como partes litigantes o como *amicus curiae*.¹⁴¹⁵ Luego de la Nota Interpretativa, el número de casos en que se concedió acceso al público a documentos importantes del arbitraje aumentó exponencialmente y, desde mi perspectiva, gracias a esta apertura el DIIE se está viendo forzado a reformarse.¹⁴¹⁶

Fuera del TLCAN, sin una regla como la del art. 3 del Reglamento de Transparencia en los AII o en las reglas de procedimiento arbitrales, es probable que las personas afectadas por los proyectos de inversión y por la decisión del Tribunal arbitral queden completamente excluidos del procedimiento, por lo que considero que verdaderamente suponen un avance en la dirección correcta.¹⁴¹⁷

Finalmente, cabe resaltar que el Reglamento de Transparencia no requiere que las personas expresen un interés para poder acceder a la información de los procedimientos, sino que cualquier persona podrá consultar los documentos de manera anónima a través del archivo. Esto también supone una novedad importante que parece alinearse a los principios básicos de acceso a la información establecidos en el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú, que tienen como característica que las personas no tienen una obligación de revelar algún interés en su solicitud de información.

La participación del público en el procedimiento arbitral está regulada en los art. 4 y 5, el primero se refiere a la participación de terceros y el segundo a escritos presentados por Partes en el tratado que no sean litigantes. Me enfocaré únicamente en el art. 4 porque se relaciona directamente con las oportunidades de *las personas* a participar en procedimientos arbitrales, entendidos como procesos de toma de decisiones que pueden afectarles a ellas o al medio ambiente.

¹⁴¹⁵ *United Parcel Service of America Inc and Government of Canada*, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae (17 October 2001) párr. 68. Un escenario similar se observó en *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Letter from President of Tribunal Responding to Petition (29 January 2003) p. 1, consultado en C. KEE, "Article 3. Publication of documents...", cit., p. 100.

¹⁴¹⁶ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment...*, cit., pp. 415 y ss.

¹⁴¹⁷ No es necesario ir muy lejos para ver este escenario. Incluso países que profesan tener como uno de sus valores básicos la transparencia y la democracia, se han negado a hacer pública esta información. Los casos de *Vattenfall v. Alemania*, se desarrollaron completamente a puertas cerradas y sin conceder ningún tipo de acceso a la información al público. Ver: *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

La participación de terceros en el arbitraje inversionista-Estado se ha ido desarrollando en las últimas dos décadas, de manera que hoy se considera un elemento fundamental para tomar adecuadamente en cuenta el interés público en los casos y para mejorar la legitimidad del régimen. Su desarrollo ha sido principalmente a través de la figura del derecho común de *amicus curiae* o “amigos de la corte”.¹⁴¹⁸ Los *amicus curiae* son personas o instituciones independientes de las partes en la diferencia que tienen un interés significativo en el procedimiento arbitral o que son expertos que pueden traer a la atención del Tribunal aspectos importantes para la resolución del caso en cuestión.¹⁴¹⁹

Los primeros esfuerzos de reglamentar la participación de *amicus curiae* en el arbitraje inversionista-Estado se encuentran en la Declaración Conjunta de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN de 2003, que detalló por primera vez el procedimiento que debía seguir un Tribunal para tratar la solicitud de terceros no contendientes de presentar escritos independientes de las partes litigantes,¹⁴²⁰ y fue seguido por la introducción de la Regla 37(2) de las Reglas del CIADI, específica a los escritos de terceros. Aunque las reglas de la CNUDMI se revisaron en 2010, estas no integraron la participación de terceros, lo que se hizo de manera separada en el 2013 a través del Reglamento de Transparencia.

Cabe señalar que el objetivo de admitir escritos de terceros en los procedimientos arbitrales es que el Tribunal se beneficie de la experiencia, conocimientos especializados o perspectivas de los *amicus curiae* para llegar a una decisión correcta.¹⁴²¹ Deben tener un “valor añadido” para la resolución del caso, al aportar experiencia, conocimientos o una perspectiva especial que asista al tribunal en el caso concreto,¹⁴²² y el Tribunal debe prever que la participación de los *amici curiae*

¹⁴¹⁸ M. DIMSEY, “Article 4. Submission by a third party” in D. EULER, M. GEHRING y M. SCHERER (eds.) *Transparency in International Investment Arbitration. A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (Cambridge University Press 2015) p. 129.

¹⁴¹⁹ K. KINYUA, “Assessing the Benefits of Accepting Amicus Curiae Briefs in Investor-State Arbitrations: A Developing Country’s Perspective” (2009) *Stellenbosch University, Working Paper Series* No. 4, p. 7; B. CHOUDHURY, “Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?” (2008) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol. 41, p. 775; E. LEVINE, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation” (2011) *Berkeley Journal of International Law* Vol. 29, No. 1, p. 200; M. A. Orellana, S. Baños y T. Berger, “Llevar las perspectivas de la comunidad al arbitraje entre inversionistas y Estados: el caso Pac Rim” (2015) IIED, CIEL and FESPAD < <https://pubs.iied.org/12579SIIED/>>.

¹⁴²⁰ Esta Declaración surge para guiar a los Tribunales después de las experiencias en los casos *Methanex v. United States of America* y *United Parcel Service of America Inc (UPS) v. the Government of Canada*. La Declaración está disponible en < http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/Nondispute_s.pdf>

¹⁴²¹ C. BALTAG, “The Role of *Amici Curiae* in Light of Recent Developments in Investment Treaty Arbitration: Legitimizing the System?” (2020) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 35, No. 1-2, pp. 279-310.

¹⁴²² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission (12 February 2007) párr. 25.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

no dificulte ni perturbe innecesariamente el procedimiento arbitral o que no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes.¹⁴²³ En este sentido, debo recalcar que el rol de los *amici curiae* no es defender los derechos de las personas afectadas por el arbitraje, sino únicamente ampliar la perspectiva del Tribunal en asuntos que pueden afectar a grupos concretos o el interés público.

De acuerdo con el Art. 4 del Reglamento de Transparencia, tras consultar con las partes litigantes, el Tribunal podrá permitir que un tercero presente un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio.¹⁴²⁴ No se trata de un derecho de las personas afectadas por la inversión, sino de una facultad que tiene el Tribunal de admitir los escritos cuando lo considere conveniente. El deber de consultar a las partes litigantes tampoco es un derecho de estas de vetar la admisión del escrito, sino únicamente el de expresar sus visiones o preocupaciones al Tribunal, el cual decidirá si admite o no el escrito haciendo uso de su discrecionalidad.¹⁴²⁵ No obstante, si ambas partes se oponen a la admisión del escrito es posible que el Tribunal rechace la solicitud del tercero, tal como sucedió en *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador II*.¹⁴²⁶

El alcance de la participación de terceros se limita a la presentación de escritos únicamente, mismos que deben ser concisos, ajustados a los límites de páginas que determine el Tribunal y debe referirse a cuestiones en litigio.¹⁴²⁷ Por ejemplo, en *United Parcel Service of America Inc (UPS) v. the Government Canada* el Tribunal expresó que el escrito se debe relacionar con asuntos que han sido mencionados por las partes litigantes y no puede introducir ningún asunto nuevo al litigio.¹⁴²⁸ Sólo en casos muy concretos se ha permitido a los terceros traer un asunto que no haya sido presentado por alguna de las partes en el litigio, como lo hizo la comunidad indígena en el caso *Glamis Gold v. United States of America*, donde expresó cómo el proyecto objeto de la controversia afectaba también sus derechos culturales y la importancia de la medida estatal para protegerlos.¹⁴²⁹

Para presentar un escrito, los terceros deben hacer llegar su solicitud al Tribunal indicando:

- a) Descripción del tercero, indicando si procede, la organización de que sea miembro y su condición jurídica (por ejemplo, asociación

¹⁴²³ Art. 4.5 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁴²⁴ Art. 4.1, 1.4. y 1.5 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁴²⁵ M. DIMSEY, "Article 4. Submission by a third party...", cit., p. 140.

¹⁴²⁶ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador II*, PCA Case No. 2009-23, Letter from the Permanent Court of Arbitration to the Amici (26 April 2011).

¹⁴²⁷ Art. 4.2 y 4.5 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁴²⁸ *United Parcel Service of America Inc and Government of Canada*, UNCITRAL, Direction of the Tribunal on the Participation of Amici Curiae (1 August 2003) párr. 5.

¹⁴²⁹ *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Decision on Application and Submission by Quechan Indian Nation (16 September 2005) párr. 11-12.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

- profesional u otra entidad no gubernamental), sus objetivos generales, la índole de sus actividades, y toda entidad matriz (incluida toda entidad que controle directa o indirectamente al tercero);
- b) Divulgación de si el tercero tiene o no algún tipo de afiliación, directa o indirecta, con alguna parte litigante;
 - c) Información sobre todo gobierno, persona u organización que haya prestado al tercero i) ayuda financiera o de otra índole para la preparación del escrito; o ii) ayuda considerable en cualquiera de los dos años anteriores a la solicitud presentada por el tercero con arreglo al presente artículo (por ejemplo, la financiación de aproximadamente el 20% del total de sus operaciones anualmente);
 - d) Descripción de la índole del interés del tercero en el arbitraje; y
 - e) Indicación de las cuestiones concretas de hecho y de derecho suscitadas en el arbitraje que el tercero desee tratar en su escrito.

El Reglamento de Transparencia requiere esta información con el objetivo de evitar que los terceros sean personas encubiertas que quieran favorecer indebidamente a alguna de las partes litigantes, en vez de velar por interés legítimo o considerable en el procedimiento arbitral o por el interés público. Por ejemplo, en *Apotex Holdings Inc and Apotex Inc v. United States of America*, el Sr. Appleton, un abogado canadiense presentó su solicitud de ser un tercero, argumentando tener conocimientos en el área que tendrían un valor añadido para el Tribunal, pero el Tribunal rechazó su solicitud después de comprobar que el Sr. Appleton representaba a Apotex en tres casos distintos y que el interés que él tenía en el procedimiento era profesional y no un interés público.¹⁴³⁰

El Reglamento de Transparencia no define un plazo para que el Tribunal responda al solicitante, sino que se limita a ofrecer criterios para considerar la solicitud, entre ellos:

- a) Si el tercero tiene un interés considerable en el procedimiento arbitral; y
- b) La medida en que el escrito pueda ayudar al tribunal arbitral a determinar alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al procedimiento arbitral, al aportar enfoques, conocimientos particulares o puntos de vista distintos a los de las partes litigantes.¹⁴³¹

¹⁴³⁰ *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Procedural Order on the Participation of the Applicant, Mr. Barry Appleton, as a non-disputing party (4 March 2013).

¹⁴³¹ Art. 4.3 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Si el Tribunal considera que el tercero cumple con ambos criterios, puede invitarle a presentar su escrito.¹⁴³² En cuanto reciba el escrito, el Tribunal debe dar oportunidad a las partes en la controversia de formular sus observaciones.

El Reglamento de Transparencia no establece ningún deber del Tribunal de tomar en cuenta los escritos de los terceros al resolver el caso, ni tampoco a explicar los motivos por los que rechaza una solicitud o por los que ignora los argumentos de los terceros. Esta es, en mi opinión, una debilidad del Reglamento por que en varias ocasiones los Tribunales aceptan escritos de los *amici curiae* pero no los toman en cuenta. Por ejemplo, en *Methanex Corporation v. United States of America* el Laudo hace referencia a la aceptación de escritos de terceros, pero no hace ninguna mención a los intereses y argumentos expuestos.¹⁴³³ De igual forma, en *Glamis Gold Ltd. v. United States of America* donde el Tribunal expresó que admitir los escritos no implicaba una obligación de responder a los comentarios en ningún momento del procedimiento arbitral.¹⁴³⁴

El Convenio del CIADI está actualmente en un proceso de reforma de todas sus reglas. El actual Documento de Trabajo No. 6 incluye el borrador más actualizado la momento de escribir este capítulo. La Regla de arbitraje 67 sustituirá a la Regla 37(2) sobre los escritos de terceros no litigantes. La disposición está redactada en términos muy similares al Art. 4 del Reglamento de Transparencia, con la diferencia de que establece un plazo de 30 días para que el Tribunal responda a la solicitud del tercero. También se está negociando que el Tribunal pueda condicionar la participación de *amicus curiae* a que *no* haga público el escrito que presente, lo que parece un retroceso en términos de transparencia.¹⁴³⁵

Hasta el momento, se tiene registro de que 71 AII recientes también incluyen disposiciones en términos similares al art. 4 o establecen que el Reglamento de Transparencia aplicarán a las controversias surgidas en base al AII.¹⁴³⁶ Por

¹⁴³² El escrito debe cumplir con las siguientes características: a) Estar fechado y firmado por la persona que lo presente en nombre del tercero; b) Ser conciso y no exceder en ningún caso la extensión autorizada por el tribunal arbitral; c) Enunciar, en términos precisos, la posición del tercero respecto de las cuestiones en litigio; y d) Referirse únicamente a cuestiones en litigio. Ver: Art. 4.4 del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁴³³ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (3 August 2005). Ver también: *Merrill & Ring Forestry LLP v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award (31 March 2010).

¹⁴³⁴ *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Award (8 June 2009) párr. 286.

¹⁴³⁵ CIADI, "Proposals for Amendment of the ICSID Rules. Working Paper #6" (November 2021), Regla de arbitraje 67 <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_WP_Six.pdf>. El primer caso donde se aplicó esta regla para aceptar escritos de *amicus curiae* fuera del a TLCAN, fue en *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22. Posteriormente, otros tribunals también permitieron la participación de *amicus curiae* en base a dicha regla.

¹⁴³⁶ Ver: CNUDMI, "Status: UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration" (1 April 2014) <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status>.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

ejemplo, el CPTPP establece que *después de consultar a las partes*, el Tribunal puede admitir y tomar en consideración los escritos presentados por *amicus curiae* relacionados con asuntos de hecho o de derecho que se encuentren dentro del ámbito de la diferencia y que puedan asistir al Tribunal en la evaluación de los argumentos presentados por las partes contendientes.¹⁴³⁷ Esta regla ha permitido que se acepten escritos de *amicus curiae* en muchos procesos arbitrales.¹⁴³⁸

En años recientes y, al parecer como una reacción ante el aumento considerable de peticiones para participar como *amicus curiae*, se observa un mayor escrutinio o reticencia de los Tribunales a admitir *amicus curiae*, interpretando de manera más restrictiva los criterios del art. 37(2).¹⁴³⁹ Por ejemplo, en *Gabriel Resources v. Romania*, el Tribunal admitió escritos de *amicus curiae* Alburnus Maior, Greenpeace CEE, Romania y el Independent Centre for the Development of Environmental Resources (ICDER), pero con muchas reservas – casi anunciando su intención de no tomar en cuenta los escritos. Expresó que los *amici* no habían demostrado contar con conocimientos particulares o información sobre los hechos relevante a la diferencia que pudiera asistir al Tribunal, por lo que no les permitió hacer comentarios sobre aspectos legales o testimoniales, ya que estos serían abarcados por las Partes en sus respectivos escritos.¹⁴⁴⁰

En *Eco Oro Minerals Corp. v. the Republic of Colombia*, el Tribunal fue incluso más restrictivo, donde denegó la solicitud de las organizaciones Comité para la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán, CIEL, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, Mining Watch Canada, Institute for Policy Studies de presentar su escrito de *amicus curiae*. El Tribunal argumentó que los solicitantes no habían demostrado que su intervención sería relevante para la delimitación de los asuntos legales relativos a la diferencia de inversiones, que los solicitantes no habían demostrado tener un interés significativo en la diferencia, ni tenían conocimientos especializados para asistir al Tribunal.¹⁴⁴¹ Ello, a pesar de que estas organizaciones habían sido partes en los procedimientos judiciales donde la Corte Constitucional de Colombia ordenó la cancelación de proyectos de minería en el

¹⁴³⁷ Art. 9.23.3 del CPTPP. Ver también: Art. 14.D.7.3 del T-MEC.

¹⁴³⁸ Ver: *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7; *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL Case No. UNCT/14/2; *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5; *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, entre otros.

¹⁴³⁹ Ver: C. BALTAG, "The Role of *Amici Curiae* in Light of...", cit., pp. 279-310.

¹⁴⁴⁰ *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/15/31, Procedural Order No. 19 (7 December 2018) párr. 60 y 66.

¹⁴⁴¹ *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Procedural Order No. 6 (18 February 2019).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

Páramo de Santurbán porque éste tenía ecosistemas muy sensibles que proveían de agua a muchas comunidades.¹⁴⁴²

Desde mi perspectiva, tanto el Reglamento de Transparencia como la Convención de Mauricio constituyen avances muy importantes hacia una mayor participación del público en esta esfera de regulación de las inversiones. Sin embargo, hay todavía bastante espacio de mejora. Primero, el Reglamento de Transparencia y de la Convención de Mauricio únicamente se aplican a los arbitrajes inversionista-Estado iniciados conforme al consentimiento otorgado en un AII, lo que podría generar que cada vez más se inicien procedimientos arbitrales basándose en el consentimiento otorgado en un contrato o en una ley para evitar estar en el escrutinio público. Dado que los arbitrajes inversionista-Estado pueden tener efectos sobre el interés público o sobre las personas, con independencia del instrumento en que se exprese el consentimiento y sobre el que se base la diferencia de inversión, estas reglas se deberían aplicar a todos los casos.

Segundo, dado que los Tribunales no están obligados a tomar en cuenta los escritos de los *amici curiae*, cabe preguntarse qué efecto tienen verdaderamente estas disposiciones que permiten la participación de terceros, sin garantizar que los comentarios sean siquiera tomados en cuenta en atención al interés público que se defiende en ellos. Un estudio empírico concluyó que los escritos de terceros no habían sido medios efectivos para hacer que los Tribunales consideraran el interés público y los derechos humanos en los arbitrajes inversionista-Estado.¹⁴⁴³ Otro estudio considera que, en la medida en que la participación de *amici curiae* tiene por objetivo asistir al Tribunal, la participación de *amici curiae* han tenido un efecto parcial de legitimación del régimen del DIIE.¹⁴⁴⁴ En consecuencia, estas reglas deberían importar de los derechos procedimentales ambientales la obligación de responder a los comentarios hechos por el público para que la participación sea más efectiva.

Tercero, al momento de escribir este capítulo la aplicación del Reglamento de Transparencia y de la Convención de Mauricio es aún muy limitada, pues la Convención únicamente ha sido ratificada por 9 países: Australia, Benín, Bolivia, Camerún, Canadá, Gambia, Iraq, Mauricio y Suiza.

El derecho al acceso a la justicia es el más rezagado, o mejor dicho, amenazado por el arbitraje inversionista-Estado. Las personas directamente afectadas por el proyecto de inversión o directamente interesadas en la medida impugnada no tienen ningún derecho para participar en el arbitraje y defender los derechos que

¹⁴⁴² Ver: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-361/17 (30 mayo de 2017); y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-035/16 (8 febrero de 2016).

¹⁴⁴³ S. SCHADENDORF, "Investor-State Arbitrations and the Human Rights of the Host State's Population: An Empirical Approach to the Impact of Amicus Curiae Submissions" en N. WEISS y J-M. THOUVENIN (eds.) *The Influence of Human Rights on International Law* (Springer 2015) p. 179.

¹⁴⁴⁴ C. BALTAG, "The Role of *Amici Curiae* in Light of...", cit., pp. 279-310.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

serían afectados por el laudo arbitral. Las normas de procedimiento de arbitraje de inversiones no contienen disposiciones relativas al derecho a participar como terceros interesados o afectados por la controversia;¹⁴⁴⁵ las disposiciones relacionadas con el consentimiento de las Partes contenidas en los AII no proveen legitimación activa a las personas afectadas para demandar responsabilidad tanto del inversionista como del Estado por daños sufridos a causa del proyecto de inversión; ni tampoco existen disposiciones que concedan legitimación activa a las personas afectadas contra el laudo arbitral que afecte sus derechos.

Una notable excepción se observa en el AII Modelo del SADC, que incluye una disposición en materia de responsabilidad de las empresas: los inversionistas y sus inversiones deben estar sujetos a procedimientos de responsabilidad civil ante las cortes del país de origen de la inversión por decisiones, actos u omisiones que se hayan tomado en dicho país y hayan ocasionado daños significativos en las personas o el medio ambiente en el Estado anfitrión.¹⁴⁴⁶

En la práctica, las personas afectadas por el proyecto de inversión y/o el laudo han sido excluidos de los procedimientos arbitrales, en ocasiones a solicitud de las partes litigantes (el Estado anfitrión y el inversionista extranjero)¹⁴⁴⁷ y, en otras ocasiones, por decisión del Tribunal al considerar que permitir cualquier tipo de participación vas más allá de sus facultades.¹⁴⁴⁸

De especial relevancia en relación con el derecho al acceso a la justicia son los casos donde el inversionista presenta su reclamación en contra de decisiones judiciales o de las acciones del poder ejecutivo en cumplimiento de lo dictado en una sentencia judicial.¹⁴⁴⁹ En estos casos, los demandantes en el juicio de origen

¹⁴⁴⁵ Como ya vimos, sólo se permite la participación de *amicus curie* para asistir al Tribunal, pero no para defender los derechos de las personas afectadas por el arbitraje en dicho proceso.

¹⁴⁴⁶ Art. 17 del AII Modelo del SADC.

¹⁴⁴⁷ Ver: *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Procedural Order No. 8 (18 April 2011); and Letter to Amici from Permanent Court of Arbitration (26 April 2011). Fuera del arbitraje de inversiones, otros casos que han llegado a instancias internacionales por afectaciones a derechos de las personas/pueblos indígenas relacionadas con decisiones relativas a las inversiones extranjeras, ver: HRC, *Bernard Ominayak and the Lubicon Band v. Canada*, Communication No. 167/1984 (26 March 1990); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Sentencia (29 de marzo de 2006); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Sentencia (31 de agosto de 2001).

¹⁴⁴⁸ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae (17 October 2001); *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Procedural Order No. 2 (26 June 2012); *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Procedural Order No. 6 (18 February 2019).

¹⁴⁴⁹ Ver: *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23; *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5; *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41.

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

ante las cortes internas pueden resultar privados de sus derechos como consecuencia del arbitraje inversionista-Estado.

El caso *Chevron v. Ecuador (II)* resulta emblemático en relación con el derecho al acceso a la justicia y el arbitraje inversionista-Estado. La empresa estadounidense Texaco Petroleum Company/Chevron operó en el Ecuador desde 1964 hasta 1992. Durante sus operaciones, la empresa produjo la mayor catástrofe ambiental en América del sur. En consecuencia, desde 1993 varios miembros de las comunidades indígenas y ciudadanos ecuatorianos (los demandantes en el caso *Lago Agrio*) se embarcaron en una larga y tortuosa lucha judicial en múltiples jurisdicciones para obtener la reparación del daño ambiental ocasionado por la empresa. Luego de 15 años de litigio y a las vísperas de la resolución del juicio *Lago Agrio*, la empresa inició un procedimiento de arbitraje inversionista-Estado en contra del Ecuador alegando denegación de justicia en la tramitación del juicio *Lago Agrio*.

Los demandantes en el caso *Lago Agrio* agotaron varios recursos para salvaguardar sus derechos frente al arbitraje. Primero, los demandantes en el caso *Lago Agrio* y el Ecuador solicitaron a la Corte de Nueva York que ordenara la suspensión definitiva del arbitraje *Chevron v. Ecuador (II)* porque lo que se estaba decidiendo ahí eran sus derechos y no tenían oportunidad de participar.¹⁴⁵⁰ Esta solicitud fue denegada por la Corte de Distrito y la de Apelaciones.¹⁴⁵¹ Luego, los demandantes en *Lago Agrio* solicitaron al Tribunal arbitral en el caso *Chevron v. Ecuador (II)* que les permitiera participar como *amicus curiae*, pero esta solicitud también fue rechazada.¹⁴⁵² El Tribunal resolvió que el juicio en el caso *Lago Agrio* había sido fraudulento, que Ecuador había violado el derecho a un debido proceso de Chevron e impidió que se ejecutara la sentencia de *Lago Agrio* en contra de los inversionistas. En consecuencia, el pueblo ecuatoriano tendrá que cargar con los costos de remediación ambiental y tendrá que pagar una indemnización -cuyo monto es a la fecha aún desconocido- a Chevron y tendrá que reembolsar a las empresas los costos legales asociados a los múltiples litigios en que se vio envuelto el Ecuador.

En el escenario actual de crecimiento acelerado del litigio climático y ambiental, es previsible que los derechos de acceso a la justicia de las personas en los países anfitriones y los derechos de los inversionistas en los AII entren en conflicto cada vez con mayor frecuencia.

¹⁴⁵⁰ *Republic of Ecuador v. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company*, United States District Court Southern District of New York, Case. 09 CIV 9958, Petition to Stay Arbitration (3 December 2009).

¹⁴⁵¹ *Republic of Ecuador and Daniel Carlos Lusitand Yaguaje et. al. v. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company*, United States Court of Appeals for the Second District, Case No. 10-1020-CV(L) 10-1026(Con), Ruling (17 March 2011).

¹⁴⁵² *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Procedural Order No. 8 (18 April 2011).

Capítulo 4. Los derechos procedimentales ambientales como una herramienta para reorientar la reforma del derecho internacional de la inversión extranjera

En resumen, se podría decir que algunos conceptos de los derechos procedimentales ambientales están penetrando en el DIIE, aunque aún de manera limitada. La transparencia se ha convertido en un valor central del arbitraje inversionista-Estado. Sin embargo, no hay que confundir traspasencia con derechos de acceso a la información porque el DIIE no ha creado derechos de las personas de solicitar y recibir información relacionadas con los casos. La participación del público en el arbitraje se acepta de manera muy limitada y siempre sujeta al control de las partes en la diferencia. La participación parece tener una relación conflictiva con los principios de eficacia procesal y respeto a las decisiones de las partes en la controversia, propias del derecho privado. Y el derecho al acceso a la justicia en materia ambiental ha quedado ciertamente rezagado.

CONCLUSIONES

Primera: El discurso político global comúnmente identifica el nacimiento del derecho internacional de la inversión extranjera en la década de 1950; y justifica la necesidad del régimen con el argumento de que los AII y el arbitraje inversionista-Estado son necesarios para atraer inversión extranjera hacia los países en desarrollo, la cual contribuirá a su desarrollo económico.

Sin embargo, el estudio de los orígenes del DIIE muestra que este régimen es mucho más antiguo y su objetivo jamás ha sido el de impulsar desarrollo económico del Estado anfitrión, sino que ha perseguido la dominación económica por parte de los países del Norte global sobre los del Sur global.

El DIIE nació en la Edad Moderna con el objetivo de extender el control de diversas fuentes de riqueza más allá del territorio de un soberano, valiéndose de una serie de narrativas y ficciones jurídicas que pudiesen justificar estas pretensiones. Primero, se utilizaron las teorías de Vattel para justificar la aplicación del derecho o las órdenes de los soberanos más allá de sus dominios, tales como aquella que postula que “los súbditos de un soberano no están obligados a seguir las órdenes de otro soberano”, con lo cual, dichos súbditos no están obligados a seguir las órdenes del soberano del territorio donde se encontrare, creando así una suerte de extensión del dominio en territorios extranjeros a través del vínculo de la nacionalidad.

Luego, conforme los países latinoamericanos fueron obteniendo su independencia, se creó una segunda ficción jurídica, la de la protección diplomática, según la cual “los daños ocasionados a los súbditos o sus propiedades son daños ocasionados a su soberano, lo que autoriza al soberano a defender los intereses de sus súbditos frente a otro soberano en el extranjero”. Inicialmente, los antiguos imperios utilizaron esta ficción para justificar el uso de la fuerza contra las nuevas naciones independientes cuando las propiedades de sus nacionales se vieran afectadas por distintos motivos: nacionalizaciones, redistribución de las tierras o simplemente, como consecuencia de la inestabilidad política y los movimientos armados durante las guerras de independencia.

Y así, ante el riesgo de invasiones o ataques armados, los países latinoamericanos se vieron forzados a firmar acuerdos para la “solución de reclamaciones” de nacionales europeos y/o norteamericanos por daños en su persona o sus propiedades sufridos en sus territorios. Con ello, fueron cediendo ante las pretensiones de los países del Norte de extraer las diferencias relacionadas con las propiedades de los nacionales extranjeros del alcance de sus cortes.

Ciertamente, los medios pacíficos eran preferibles al uso de la fuerza y, por ello, los países latinoamericanos lucharon en las Conferencias de Paz de la Haya por que se prohibiera el uso de la fuerza para el cobro de deudas públicas. Y en paralelo, presentaron sus propias narrativas y doctrinas, donde exigían que las diferencias relacionadas con daños a los extranjeros y sus propiedades se resolvieran conforme a su propio derecho interno y en sus cortes internas o, como

Conclusiones

mínimo, que se agotaran los recursos internos antes de acceder a medios internacionales.

Al inicio del proceso de descolonización al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los antiguos imperios promovieron, sin éxito, la firma de un marco jurídico multilateral sobre las inversiones extranjeras, proponiendo estándares internacionales de protección de los "inversionistas extranjeros" y el establecimiento de una corte internacional para resolver diferencias de inversiones. Si bien dichos esfuerzos no fueron exitosos, sí consiguieron crear una nueva narrativa sobre la necesidad de contar con un régimen de protección de la inversión extranjera: la protección de las inversiones extranjeras ayudaría a atraer las inversiones y, en consecuencia, promovería el desarrollo económico de los Estados anfitriones. En mi opinión, el hecho de que se intentara establecer un marco jurídico multilateral de inversiones en 1949, justo en el inicio del proceso de descolonización en África y Asia, es un indicio de la verdadera motivación del régimen de mantener el control de las fuentes de riqueza en los nuevos países independientes.

El Banco Mundial utilizó esta narrativa para justificar la creación del CIADI, y también para promover la firma de AII con disposiciones sobre el consentimiento al arbitraje inversionista-Estado para resolver diferencias relacionadas con las inversiones extranjeras.

Desde entonces, esta es la narrativa dominante que se presenta como una máxima casi incuestionable. Y esta misma creencia se mantiene hoy en día, solo que ha evolucionado en su promesa de promover el "desarrollo económico" al de acelerar el "desarrollo sostenible".

En resumen, la historia del DIIE demuestra que este régimen emergió para controlar las distintas fuentes de riqueza en el extranjero, a través del vínculo de la nacionalidad del inversionista o de su inversión; y que la promesa de que la protección de la inversión extranjera promoverá el desarrollo sostenible sólo es una narrativa que intenta legitimar el régimen.

Segunda: El objetivo del DIIE de controlar las fuentes de riqueza en el exterior también se puede constatar en la estructura y las características esenciales del régimen. A lo largo de toda su historia, el régimen se ha articulado en torno a dos puntos bien centrales: 1) el derecho aplicable a las diferencias relacionadas con inversiones extranjeras; y 2) el foro o la jurisdicción para resolver las diferencias surgidas entre inversionistas extranjeros y los Estados anfitriones. Los países exportadores de capital siempre han buscado la internacionalización de las inversiones, esto es que, en caso de surgir una diferencia, el derecho aplicable a la diferencia sea el derecho internacional y que ésta se resuelva en un foro internacional. Por su parte, los países importadores de capital han defendido la aplicación de su derecho interno a las diferencias con inversionistas extranjeros y, aunque no se oponen a un foro internacional, han buscado que las diferencias se resuelvan en sus cortes internas, al menos, en primera instancia.

La lógica es simple. Los proyectos de inversión se diseñan tomando en cuenta una serie de presupuestos, entre ellos las normas fiscales, ambientales y sociales, que

Conclusiones

permiten calcular costos y oportunidades de retorno de las inversiones. Un cambio en las normas claramente puede afectar las expectativas de retorno de la inversión y reducir su rentabilidad. Por tanto, los inversionistas y sus países de origen buscan congelar el derecho aplicable a sus proyectos de inversión, a lo largo de todo su ciclo de vida. La forma más efectiva de hacerlo es con cláusulas de congelamiento del derecho en los contratos y protegiendo la inversión contra cambios regulatorios que afecten las expectativas de retorno a través de estándares internacionales, ajenos al derecho interno del país anfitrión que es más susceptible a cambios.

El DIIE neoliberal logró garantizar la internacionalización de las inversiones a través de seis elementos bien concretos:

- 1) El uso de cláusulas de estabilización del derecho en los contratos de inversión y, paralelamente, la inclusión de cláusulas paraguas en los AII para atraer los contratos de inversión al amparo del derecho internacional;
- 2) La inclusión de cláusulas de consentimiento al arbitraje en los AII y su posterior interpretación como una oferta abierta, unilateral y sin conocimiento de causa, hecha por el Estado anfitrión, de someter las diferencias relacionadas con las inversiones extranjeras al arbitraje inversionista-Estado, que es aceptada por el inversionista extranjero al momento de iniciar el procedimiento arbitral;
- 3) La eliminación de la obligación de agotar los recursos internos antes de acceder al arbitraje inversionista-Estado;
- 4) La exclusión *progresiva* del derecho interno como derecho aplicable a las controversias relacionadas con las inversiones extranjeras;
- 5) La formulación de estándares internacionales amplios e indefinidos de trato a los extranjeros y sus inversiones, que protegen las *expectativas* de los inversionistas (tanto las expectativas de trato como las de ganancias de su inversión) contra *los efectos económicos adversos* de las medidas regulatorias que adopten los Estados anfitriones, específicamente el "estándar de trato justo y equitativo" y la protección contra "medidas equivalentes a una expropiación"; y
- 6) El desarrollo, por parte de los tribunales arbitrales, de una obligación de pagar *indemnizaciones totales* a los inversionistas extranjeros, en caso de hallarse una violación a un AII, que eliminen *todos los efectos económicos adversos* de la medida "dañosa" sobre la inversión.

Así, se podría decir que el DIIE actual se caracteriza por la protección de las inversiones extranjeras contra los efectos económicos adversos de las conductas regulatorias y/o de gobierno del Estado anfitrión (con independencia de los motivos de interés público que persiga la medida regulatoria), a través de la internacionalización de las diferencias relacionadas con las inversiones.

Tercera: Este enfoque de protección contra los *efectos económicos* de la regulación ha convertido al capital en un valor supremo protegido por el derecho internacional, que con frecuencia prevalece sobre otros valores, derechos e intereses que también merecen protección, tales como el medio ambiente, la

Conclusiones

democracia y los derechos humanos. El resultado no es que los Estados no puedan regular en el interés público, sino que serán los Estados quienes carguen con las consecuencias económicas de la regulación. En otras palabras, el DIIE transfiere los costos de la protección del medio ambiente, la acción climática, el abandono de los combustibles fósiles o de modelos extractivistas hacia los contribuyentes, dejando los intereses capitalistas intactos.

Los países del Sur global fueron los primeros en experimentar las consecuencias negativas de este enfoque (neoliberal) en las décadas de 1990 y 2000, especialmente en relación con proyectos de privatización de servicios públicos como el agua y saneamiento, gas y electricidad o la gestión de residuos urbanos y residuos peligrosos, así como en sectores clave para sus economías como la minería, la explotación de hidrocarburos e incluso en contra de medidas de protección ambiental o de redistribución de las tierras para lograr una mayor justicia social.

Los países del Norte global sólo experimentaron este tipo de consecuencias, luego de adoptar medidas para controlar los efectos de la crisis financiera global que explotó en el año 2007-2008. Sólo entonces, cuando los centros de poder económico enfrentaron demandas de inversionistas extranjeros y la sociedad civil de estos países comenzó a movilizarse en contra del régimen de protección de las inversiones extranjeras, hubo un reconocimiento global de que el DIIE era un problema que necesitaba solución.

El planteamiento de un problema es determinante en la búsqueda de soluciones. En el caso del DIIE, el problema se planteó como una limitación excesiva de los AII sobre los derechos de los Estados a regular en el interés público, por lo que las soluciones propuestas se han enfocado en “encontrar un equilibrio entre la protección de las inversiones extranjeras y el derecho a regular de los Estados”, sin afectar en nada el enfoque basado en la protección de la inversión *contra los efectos de la regulación*, ni cuestionar si la internacionalización de las diferencias relacionadas con las inversiones son adecuadas y/o justas.

Lo alarmante es que el discurso político dominante jamás cuestionó la narrativa que pretende justificar su existencia: la idea de que la protección de las inversiones a través del AII promueve el desarrollo económico de los países receptores de la inversión. De hecho, no sólo no se cuestionó, sino que se reafirmó y se le atribuyó al DIIE un fin aún más noble: financiar el *desarrollo sostenible*.

Cuarta: El desarrollo sostenible es un concepto que acepta muchos enfoques, cuya comprensión es importante para cuestionar la narrativa de que el DIIE es necesario para acelerar el desarrollo sostenible.

El desarrollo sostenible va al corazón de la relación entre crecimiento económico y el equilibrio ecológico/los límites planetarios. Sobre esta relación, se pueden distinguir dos grandes posiciones: a) los críticos al crecimiento; y b) los pro-crecimiento. Los primeros ven el crecimiento económico como opuesto al equilibrio ecológico y el respeto de los límites planetarios, dando lugar al *enfoque ecologista*;

Conclusiones

y los segundos creen que el crecimiento económico es una condición necesaria para el éxito de la protección ambiental, dando lugar al *enfoque ambientalista*.

Ahora bien, la forma en que se entienda el elemento social del desarrollo sostenible es el que matiza estos enfoques y el que determina hacia qué lado se inclina la balanza. Cuando los retos sociales del desarrollo sostenible se encuadran como un asunto de *pobreza*, el enfoque ambientalista prevalece porque se asume que el desarrollo económico generará empleos, lo cual reducirá la pobreza y permitirá el desarrollo de tecnologías eficientes, y al hacerlo, también se responderá al uso insostenible de los recursos naturales. En consecuencia, las respuestas para alcanzar el desarrollo sostenible pasan por la generación de empleos, la inversión para la investigación y el desarrollo de tecnologías más limpias y eficientes, entre otras. Cuando la problemática social es la "pobreza", el crecimiento económico se percibe como el elemento habilitador para la solución de las problemáticas sociales y ambientales y, por tanto, como *la prioridad* para el desarrollo sostenible.

Cuando los retos sociales del desarrollo sostenible se encuadran como la transformación de las relaciones de explotación entre humanos (con-géneros) y entre humanos con los otros elementos de los ecosistemas, el enfoque ecologista prevalece porque implica abordar las causas de las desigualdades sociales y la sobre-explotación de los recursos naturales de raíz. Por tanto, las respuestas para alcanzar el desarrollo sostenible buscan la redistribución de los recursos y de la riqueza y la alineación de las actividades económicas a los límites planetarios. De esta manera, *el equilibrio ecológico* se torna como *la prioridad* para el desarrollo sostenible y los límites planetarios suponen también un límite al crecimiento económico.

El discurso político global dominante sobre el desarrollo sostenible, refiriéndome al de la ONU específicamente, se ha transformado a lo largo del tiempo, pasando de un enfoque más ecologista, al momento de su formulación en el Informe de Brundtland, a un enfoque ambientalista en el momento actual. El estudio de los instrumentos de política de desarrollo sostenible más recientes, como la Agenda 2030 y los ODS, revela la creencia de que el crecimiento económico y la liberalización de las inversiones son herramientas fundamentales para generar empleos y erradicar la pobreza, proveer servicios básicos a la población, lograr un crecimiento bajo en carbono y el uso sostenible y eficiente de los recursos naturales.

Quinta: Pasando del discurso a la práctica, el análisis de los diversos estudios empíricos consultados en esta investigación sobre la contribución de la inversión extranjera (directa) al desarrollo sostenible, enfocados específicamente en sus efectos sobre la calidad del medio ambiente, sugieren que la IED puede ser una fuente de capital externo para los países anfitriones que podría conducir tanto a la degradación ambiental como al *crecimiento económico bajo en carbono*, dependiendo de una multiplicidad de factores, tales como el sector en que se hace la inversión, el nivel de desarrollo económico, social y político del Estado anfitrión y, sobre todo, la existencia de un marco regulatorio adecuado que prevenga la sobreexplotación de los recursos, que controle las externalidades negativas de las

Conclusiones

inversiones y potencie efectos sociales y ambientales positivos, tales como la transferencia de tecnología, la conservación y restauración de los ecosistemas, entre otros.

En estos estudios, se confirma la agudización de la degradación ambiental tanto en el sector primario como en el secundario en países en desarrollo como consecuencia del aumento del ingreso de IED, cuando los países analizados tuvieron legislación y estándares ambientales bajos y una deficiente aplicación y ejecución de la ley. El sector terciario aparecería como aquel donde la IED puede contribuir más a la sostenibilidad del país receptor, a través del transporte sostenible, los servicios de agua y saneamiento, los servicios de producción de energía y electricidad de fuentes renovables, los servicios de gestión de residuos, telecomunicaciones, inversiones en Investigación y Desarrollo (I+D), y en desarrollo de software, etc. Este efecto se produce únicamente cuando hay políticas y leyes adecuadas para controlar los efectos negativos de las inversiones y potenciar la transferencia de tecnologías a los países anfitriones.

El nivel de desarrollo del país receptor es un factor determinante en los efectos positivos o negativos de la IED sobre el medio ambiente. Los países en desarrollo o menos industrializados tienen una menor capacidad de negociación para atraer únicamente la IED "de calidad". Se podría deducir que a menor nivel de desarrollo económico e industrialización, hay una mayor tendencia a atraer inversiones en el sector primario y secundario, con menores obligaciones a cargo de los inversionistas para garantizar conductas sostenibles; mientras que a mayor nivel de desarrollo y de industrialización del Estado anfitrión, mayor es la tendencia a atraer inversiones en el sector terciario y a establecer mayores condiciones de desempeño o criterios de sostenibilidad a las inversiones.

En la medida en que los Estados anfitriones tengan legislaciones y estándares ambientales más laxos, así como instituciones menos fuertes para su implementación, la IED produce peores efectos sobre el equilibrio ecológico.

En consecuencia, se concluye que la cuidadosa y robusta regulación de la inversión extranjera y el efectivo cumplimiento de la ley es el factor más determinante del potencial de la IED de contribuir al desarrollo sostenible de los países anfitriones.

Sexta: Si la regulación de la inversión extranjera es el factor más determinante para lograr que ésta contribuya al desarrollo sostenible de los países anfitriones, en especial aquellos en desarrollo, entonces la respuesta más razonable para alcanzar este objetivo global de desarrollo no pasa ni por eliminar el DIIE por completo, ni por "encontrar un equilibrio entre la protección de la inversión extranjera y el derecho a regular", sino por desarrollar un régimen global de *regulación* de la inversión extranjera.

En otras palabras, es necesario re-conceptualizar el DIIE por completo, comenzando por un cambio de objetivo y de enfoque de todo el régimen. El *objetivo principal* debería ser el desarrollo sostenible, pero no aquél del ambientalismo neoliberal, sino el de corte ecologista que priorice el equilibrio ecológico sobre el crecimiento económico.

Conclusiones

En mi opinión, resulta imperante abandonar el enfoque de “protecciones” de los inversionistas extranjeros y sus inversiones y sustituirlo por otro de “responsabilidad” compartida de Estados e inversionistas de garantizar la vida en el planeta; una responsabilidad que se tiene de cara a las generaciones presentes y futuras de todas las especies del planeta. En otras palabras, los AII deberían establecer obligaciones a cargo del Estado y de los inversionistas de alinear la economía a los procesos naturales, las capacidades de carga de los ecosistemas y los límites planetarios, así como de garantizar la equidad en el acceso y distribución de los recursos naturales y los beneficios derivados de su utilización.

Un nuevo DIIE centrado en acelerar el desarrollo sostenible debería incorporar una serie de principios ambientales en los AII para dirigir a los tribunales/jueces a priorizar la integridad ecológica, por ejemplo, los principios de precaución, *in dubio pro natura*, participación pública en la toma de decisiones, responsabilidad por daños ambientales, entre otros.

El enfoque debería ser el de *regular* la inversión extranjera para: 1) prevenir, sancionar y revertir, en la medida de lo posible, daños en el medio ambiente y las personas derivados de las inversiones internacionales; y 2) establecer metas y mecanismos claros de cooperación internacional en ciencia e investigación, fortalecimiento de capacidades, transferencia de tecnología y mecanismos para apalancar las inversiones privadas que apoyen la transformación ecológica de los países en desarrollo.

La regulación de las empresas (transnacionales) y sus inversiones podría lograrse a través de: 1) la inclusión de obligaciones concretas a cargo de las empresas en los AII; 2) la inclusión de obligaciones a cargo de los Estados a regular a las empresas, estableciendo estándares mínimos ambientales y de derechos humanos en los AII; y 3) la inclusión de disposiciones que obliguen a las empresas a cumplir con el derecho interno de los Estados a lo largo de todo el ciclo de vida de la inversión, como una condición para beneficiarse de los AII.

Asimismo, resulta necesario rescatar la aplicación concurrente del derecho internacional y del derecho interno en el arbitraje inversionista-Estado, redefinir su orden de prevalencia y el rol que cada uno de ellos juega para alcanzar un desarrollo ecológico. En este sentido, los AII podrían incluir una cláusula de derecho aplicable que claramente previera la aplicación del derecho interno y estableciera que, en caso de duda, conflicto o laguna se aplique la norma más beneficiosa para el equilibrio ecológico/el desarrollo sostenible (en vez de aquella más favorable al inversionista extranjero).

También considero que es necesario corregir la liberalización e internacionalización de las inversiones, a través de:

- 1) La prohibición de las cláusulas de congelamiento del derecho (comúnmente establecidas en los contratos) y de las cláusulas paraguas (comúnmente incluidos en los AII);
- 2) La sustitución del consentimiento abierto (sin conocimiento de causa) de los Estados para someter las diferencias a arbitraje inversionista-Estado, por

Conclusiones

- un acuerdo, conforme al derecho interno, por escrito y previo al surgimiento de la diferencia entre el Estado anfitrión y el inversionista para someter a arbitraje una diferencia relacionada con una inversión concreta;
- 3) Requerir el agotamiento de los recursos internos antes de acceder a una instancia internacional;
 - 4) Eliminar la protección de "expropiación indirecta" o "las medidas equivalentes a una expropiación" de los AII;
 - 5) Eliminar la protección de "trato justo y equitativo" de los AII;
 - 6) Modificar las normas sobre las consecuencias del incumplimiento con alguna disposición de los AII, por ejemplo, vincular la compensación con el derecho interno, para que los inversionistas extranjeros únicamente puedan acceder a la misma compensación a la que pueden acceder los inversionistas nacionales; y/o establecer expresamente que las compensaciones o indemnizaciones no podrán ser superiores, en ningún momento, a la inversión hecha por el inversionista. Sin una disposición en este sentido, los AII contribuirán al empobrecimiento de los Estados, en especial aquellos en desarrollo y con una institucionalidad frágil;
 - 7) Incluir disposiciones para mejorar la integración del derecho internacional ambiental, de derechos humanos y el derecho económico.

Además, los AII deberían incluir disposiciones que promuevan la cooperación internacional y la canalización de recursos internacionales públicos y privados hacia el desarrollo sostenible, por ejemplo:

- 1) Incentivos para inversiones en la conservación y restauración de los ecosistemas, la producción de alimentos de manera sostenible y la descarbonización de las economías;
- 2) La eliminación de subsidios perversos e incentivos a las industrias fósiles, extractivas o industriales altamente contaminantes,
- 3) Criterios de impacto ambiental y social en la definición de "inversión", posiblemente siguiendo el modelo del Reglamento 2020/852 sobre el establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles;
- 4) Criterios de sostenibilidad en la definición de "inversionista", como por ejemplo, exigir que los documentos constitutivos de las empresas y sus reglamentos obliguen a sus directores a cumplir con el derecho interno, los derechos humanos y lograr un impacto ambiental positivo en las operaciones de la empresa;
- 5) La inclusión de cuotas o compromisos de los países de Norte global de financiar iniciativas de sostenibilidad en el Sur global (de manera coordinada), disposiciones concretas sobre la transferencia de tecnología, de investigación y desarrollo, intercambios de experiencias sobre metodologías de contabilidad natural, cooperación para el uso de tecnologías satelitales para el monitoreo de los ecosistemas, o desarrollo conjunto de instrumentos financieros dirigidos a impulsar nuevos modelos de negocios que sean ambientalmente sostenibles;

Conclusiones

- 6) La inclusión de impuestos a la contaminación o al uso insostenible de los recursos naturales, impuestos a la producción (y no a la renta), modelos de responsabilidad extendida de los productores, y/o prohibiciones a hacer exenciones fiscales o tratos más favorables a las empresas transnacionales con la intención de "atraerlas", entre otras opciones.

En resumen, sí resulta urgente reformar el DIIE, pero su reforma debe transitar de un enfoque de protección, liberalización e internacionalización de las inversiones, a otro de *regulación* para la inversión y cooperación internacional en pro del desarrollo sostenible.

Séptima: La UNCTAD es el órgano de las Naciones Unidas que está liderando el proceso global de reforma del DIIE. En este mandato, ha elaborado una serie de principios y directrices para ayudar a los países a definir sus propias necesidades de reforma y negociar nuevos AII que promuevan el desarrollo sostenible.

El análisis de las propuestas de reforma de la UNCTAD, a la luz de las necesidades de regular la inversión para lograr el desarrollo sostenible expuestas en la conclusión sexta, muestra que estas propuestas tienen varias fortalezas y debilidades.

Primero, la UNCTAD se ha concentrado en que los AII deben encontrar un equilibrio entre el *derecho a regular* de los Estados en el interés público y *la protección de la inversión extranjera*, por lo que únicamente pretende recuperar un poco de la soberanía de los Estados, pero no pretende regular a la inversión extranjera.

La UNCTAD argumenta que el objetivo de los AII debería ser promover el desarrollo sostenible, pero no se sugiere ni la inclusión de principios básicos de derecho internacional ambiental que guíe la aplicación e interpretación de los AII, ni tampoco se observa un enfoque de responsabilidad compartida entre los Estados y los inversionistas de garantizar la vida en el planeta.

Respecto a la regulación de las empresas en el ámbito internacional, la UNCTAD hace una tímida recomendación de incluir disposiciones sobre RSE, pero no se atreve a recomendar establecer *obligaciones concretas* o estándares mínimos de conducta vinculantes a cargo de los inversionistas. No obstante, sí recomiendan la regulación de las inversiones en el derecho interno y sugiere que los AII obliguen a los inversionistas a cumplir con el derecho interno del Estado anfitrión; y que establezcan que los inversionistas serán responsables por los daños en la salud humana y ambiental derivados de sus operaciones.

La UNCTAD es silenciosa sobre la importancia de incluir el derecho interno en las disposiciones relacionadas con el *derecho aplicable* a las diferencias relacionadas con las inversiones. En mi opinión, esta es una de las grandes deficiencias de las propuestas de la UNCTAD porque de nada sirve recomendar que los AII obliguen a las empresas a cumplir con el derecho interno, si después el derecho interno no se aplicará para resolver las diferencias relacionadas con las inversiones.

Por lo que se refiere a corregir los elementos clave que lograron la internacionalización y liberalización de las inversiones, se observa que:

Conclusiones

- 1) La UNCTAD sí incluye una recomendación de excluir las cláusulas paraguas de los AII;
- 2) No hay recomendaciones en el sentido de sustituir el consentimiento unilateral del Estado de someter la diferencia de inversiones a arbitraje, por un consentimiento mutuo entre el inversionista y el Estado, previo al surgimiento de una diferencia;
- 3) Sí se recomienda el agotamiento de los recursos internos;
- 4) Sí se incluye entre las opciones de reforma la omisión de la expropiación indirecta y/o su exclusión explícita del contenido del tratado. No obstante, esta opción se ofrece junto con dos enfoques alternativos que podrían tener un menor valor correctivo;
- 5) Sí se contempla la exclusión del estándar de trato justo y equitativo de los AII de nueva generación o, como mínimo, la prohibición expresa de las "expectativas legítimas" como un elemento de este estándar;
- 6) Sí se hacen algunas recomendaciones sobre la inclusión de disposiciones sobre las consecuencias del incumplimiento con el AII, que limiten los poderes de los Tribunales.

Por lo que se refiere a establecer disposiciones para catalizar las inversiones sostenibles, la UNCTAD no hace recomendaciones específicas a la inclusión de disposiciones en los AII para la priorización de áreas. Sí se hacen recomendaciones para delimitar las definiciones de inversión e inversionistas, pero están más bien orientadas a reducir los riesgos de arbitraje y la jurisdicción de los Tribunales arbitrales que a garantizar que las inversiones que se promuevan cumplan con criterios mínimos de sostenibilidad.

Algunas de las propuestas de la UNCTAD son muy valiosas para la promoción y catalización de inversiones sostenibles, en especial, las que se refieren a la inclusión de disposiciones sobre los países de origen de la inversión quienes pueden ofrecer apoyo financiero para proyectos que puedan demostrar un impacto de desarrollo sostenible y el establecimiento de vínculos entre centros de investigación de ambos países. También se valora muy positivamente la propuesta de la UNCTAD de condicionar el acceso a incentivos para los negocios en el país anfitrión a la persecución de un impacto positivo de desarrollo sostenible.

Otras propuestas de la UNCTAD, tales como la de establecer una plataforma de agencias de promoción de las inversiones para el intercambio de experiencias y mejores prácticas sobre la promoción de las inversiones, el intercambio de información sobre necesidades y oportunidades de inversión o la preparación conjunta de megaproyectos de inversión, se valoran muy positivamente porque podría tener un gran valor catalizador de las inversiones.

Asimismo, la propuesta de la UNCTAD de establecer mecanismos para la promoción de inversiones conjuntas en los AII regionales o interregionales también podría ser muy positiva. Desde mi perspectiva, dichos mecanismos podrían tener un gran valor catalizador de inversiones de impacto si también desarrollaran redes de áreas naturales protegidas o de conservación, tales como los corredores

Conclusiones

ecológicos, y trabajaran de manera conjunta para establecer políticas habilitantes de inversiones de impacto en áreas como la agricultura, la pesca, la energía, entre otros.

El menú de opciones de la UNCTAD es silenciosa sobre la necesidad de establecer mecanismos de cooperación internacional en materia fiscal e incentivos económicos para el desarrollo sostenible. Desde mi perspectiva esta es una deficiencia importante porque no permiten resolver uno de los grandes problemas del financiamiento del desarrollo sostenible: la insuficiencia de recursos públicos precisamente porque los Estados no recaudan suficiente al dar tratos preferenciales a las empresas extranjeras con la finalidad de atraerlas a su territorio.

Por lo que se refiere a la fragmentación del derecho internacional, la UNCTAD no llega a dar un mensaje claro sobre la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos, ambiental o laboral sobre las protecciones de los inversionistas, en caso de conflicto normativo entre distintos elementos del derecho internacional. No obstante, sí recomienda incluir excepciones para medidas amparadas en otras áreas de derecho internacional o dirigir a los tribunales a interpretar los AII de conformidad con los tratados de derechos humanos y ambientales.

En resumen, las recomendaciones de la UNCTAD tienen muchos elementos positivos pero parecen poco ambiciosos para resolver los problemas estructurales del DIIE a fin de poner la inversión extranjera al servicio del desarrollo sostenible.

Octava: En la práctica, la reforma del DIIE se muestra compleja y descoordinada, con múltiples procesos paralelos.

En esta investigación se analizaron tres AII modelo que han atraído la atención de la comunidad internacional por su ambición de efectuar una reforma del DIIE: el AII Modelo del SADC, el ACFI y el AII modelo de India. Se concluye que hay una gran variedad de enfoques, algunos más pro-inversionistas, que mantienen las claves de los AII neoliberales, y otros más pro-desarrollo (económico), que adoptan algunas disposiciones para regular la conducta de las empresas o para facilitar las inversiones.

De los tres AII modelos analizados, sólo uno establece claramente que el objetivo del AII es financiar el desarrollo sostenible e incluye principios ambientales que orienten la aplicación de los AII; y ninguno de los AII modelo analizados adoptan un enfoque de responsabilidad compartida entre los Estados y los inversionistas para garantizar la vida en el planeta. De igual forma, sólo un AII incluye disposiciones para regular la conducta de las empresas, tanto en el derecho internacional como en el derecho interno. Los tres AII analizados establecen que, en caso de surgir una diferencia relacionada con la interpretación del AII, se deberá aplicar el derecho interno y el derecho internacional de manera concurrente, lo cual es muy positivo.

Conclusiones

En lo que se refiere a corregir la liberalización e internacionalización de la inversión extranjera, sólo el ACFI logra este objetivo al abandonar por completo el arbitraje inversionista-Estado. El AII modelo del SADC adopta disposiciones importantes para controlar los efectos de las protecciones neoliberales, como excluir las cláusulas paraguas de los AII, requerir un consentimiento mutuo y amplio al arbitraje (donde las empresas también se comprometan a someterse a arbitraje por reclamaciones relacionadas con sus conductas en el país anfitrión), y el agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, no excluye la expropiación indirecta, ni el estándar de trato justo y equitativo, ni tampoco establece que la indemnización/compensación no puede ser superior a la inversión hecha ni se vincula su cálculo a los parámetros establecidos en el derecho interno, por lo que se mantiene el enfoque de protección contra los efectos económicos de las regulaciones sobre las inversiones. El AII modelo de India mantiene las características neoliberales de liberalización e internacionalización de las inversiones, excepto que excluye el estándar de trato justo y equitativo del AII, sí obliga al agotamiento de los recursos internos y sí establece que la indemnización por la violación a alguna disposición del AII no puede ser superior a la inversión hecha por el inversionista.

Finalmente, por lo que se refiere a las disposiciones para catalizar las inversiones para alcanzar el desarrollo sostenible, ninguno de los AII modelo analizados incluye indicaciones para la priorización de inversiones que contribuyan a la restauración de ecosistemas, la producción de alimentos o la mitigación y adaptación al cambio climático, tampoco se incluyen criterios de sostenibilidad en las definiciones de inversiones, ni de inversionista, no se incluyen sectores y actividades contaminantes ni se dispone la eliminación de incentivos a estos sectores. Tampoco se observan disposiciones de cooperación internacional en materia fiscal para evitar la evasión fiscal o para gravar la contaminación. Sólo los AII modelo del SADC y el ACFI incluyen algunas disposiciones para facilitar las inversiones en forma de intercambios de información, celebración de ferias para promover las inversiones en los Estados parte, entre otros.

Ahora bien, la práctica muestra que al pasar de los AII modelo a la firma de un AII nuevo, los países han tenido que hacer algunas concesiones, por ejemplo, no todos los ACFI firmados por Brasil mantienen las mismas características. En ocasiones ha tenido que incluir disposiciones más pro-inversionistas.

En resumen, no hay enfoques uniformes en los AII modelo, sino que cada uno sigue sus propios matices, con lo cual no es posible concluir que la reforma del DIIE está siguiendo una dirección concreta, lo único que se puede concluir es que ni siquiera los AII modelo más pro-desarrollo logran plantear un marco normativo adecuado para regular las inversiones y catalizar inversiones para financiar el desarrollo sostenible de corte ecológico.

Novena: Durante la última década se observa una tendencia a migrar del enfoque bilateral de AII hacia la firma de tratados plurilaterales, donde también existe una gran diversidad de enfoques.

Conclusiones

Los países africanos parecen estar reclamando un rol más activo en la formación de las normas relativas a las inversiones y lo están haciendo a través de AII regionales y protocolos que guíen sus relaciones con regiones y países del Norte global. En este sentido, los AII regionales tienen algunas características interesantes para lograr el desarrollo sostenible tales como delimitar la definición de inversión, la inclusión de obligaciones directas a cargo de los inversionistas en temas de corrupción, derechos humanos y RSE, pero sin llegar realmente a excluir sectores que son altamente contaminantes y que mantienen a estos países cautivos en dinámicas de explotación, tales como las inversiones en los sectores de minería, hidrocarburos o agricultura intensiva.

Los AII plurilaterales en América se muestra aún menos uniformes y más polarizado que en otras regiones. En un extremo, los países del ALBA firmaron un Tratado de comercio entre los Pueblos (ALBA-TCP) que es diametralmente distinto a los TLC neoliberales en que se centran en la reducción de la pobreza, la preservación de las comunidades indígenas y el respeto a la Naturaleza. El ALBA-TCP se enfoca en la regulación de la IED y se esfuerza por fortalecer a los pequeños productores, microempresarios, cooperativas y empresas comunitarias, facilitando el intercambio de mercancías entre sus Estados miembros. En el extremo opuesto, EEUU, Canadá y México firmaron el T-MEC que sustituye al TLCAN, donde se incluyen disposiciones aún más proteccionistas para los inversionistas extranjeros que las que se encontraban en el TLCAN. En medio de estos dos extremos, se encuentran otros muchos AII con distintos matices para controlar los excesos del DIIE neoliberal, pero siempre manteniendo el régimen de liberalización e internacionalización de las inversiones, con un enfoque de protección contra los efectos económicos de las actividades regulatorias.

La cooperación económica y política en Asia está mucho menos consolidada que en otras regiones, siendo la parte de Asia-pacífico la que parece mostrar una mayor integración económica entre los países vecinos a través del ASEAN. Los AII firmados por ASEAN con otros países, presentan algunos tímidos elementos de cambio, como una mayor delimitación del contenido de los estándares de trato, un cierto grado de flexibilidad en atención al nivel de desarrollo de los Estados obligados por los tratados, así como un mayor detalle en relación con el arbitraje inversionista-Estado. Sin embargo, estos elementos de cambio parecen reafirmar los AII de corte neoliberal, sólo que con protecciones más restringidas.

En el caso de Europa, el derecho de la Unión Europea (UE) coexiste con una compleja red de AII firmados en la década de 1990, tanto entre países de la Unión (AII intra-EU) como entre estos con terceros países. Dado que esta interrelación se ha mostrado compleja, la UE está en proceso de terminar todos los AII intra-EU, lo que podría permitir una mayor regulación de las inversiones extranjeras entre los países miembros de la Unión, mismas que estarían guiadas por los múltiples instrumentos de política ambiental de la UE. Por lo que se refiere a AII firmados entre la UE y terceros países, se observa que la UE se ha esforzado por mantener la internacionalización y liberalización de las inversiones propia de los AII neoliberales, incluso a través de la inclusión de capítulos de "regulación" que

Conclusiones

está orientada a regular la conducta de las autoridades para prevenir medidas arbitrarias en contra de los inversionistas en procesos de licencias, permisos u otras medidas similares, pero de ninguna manera para regular la conducta de las empresas o los inversionistas extranjeros.

En resumen, el estudio de los AII regionales confirma la conclusión anterior de que hay una gran diversidad de enfoques y matices, pero aun dentro de esta diversidad, los AII regionales no logran tampoco establecer un marco normativo adecuado para convertir la inversión extranjera en un vehículo para el desarrollo sostenible.

Décima: En esta investigación se han analizado a detalle tres AII megaregionales: el CPTPP, el CETA y el T-MEC. El análisis demuestra que ninguno ha incorporado de manera expresa un objetivo de lograr el desarrollo sostenible, ninguno tiene un enfoque de responsabilidad entre los Estados y las empresas para garantizar la vida en el planeta y ninguno incorpora principios ambientales para guiar la aplicación e interpretación de los tratados. De igual manera, ninguno incluye obligaciones internacionales a cargo de las empresas, sino que únicamente se apoyan enfoques de RSE de carácter voluntario.

Ninguno de los tratados incluye tampoco obligaciones a cargo de los Estados de regular a las empresas en materias ambiental y de derechos humanos, pero el CPTPP sí dispone que los Estados deben regular el comercio en ciertos aspectos, como la pesca y productos forestales. Ninguno de los tratados hace referencia expresa a la obligación de las empresas de cumplir con el derecho interno del país anfitrión, aunque sí se observan disposiciones que implícitamente implican dicho cumplimiento.

Ninguno de estos tratados dispone que, en caso de surgir una diferencia relacionada con las inversiones protegidas por el tratado, se deberá aplicar el derecho interno y el derecho internacional de manera concurrente.

Los tres tratados tienen un claro objetivo de liberalización e internacionalización de las inversiones, motivo por el cual no modifican sustancialmente las protecciones a los inversionistas con enfoques basados en los efectos de las medidas. Sólo el CETA excluye las cláusulas paraguas; el CPTPP sí incluye una cláusula paraguas cualificada, para limitar sus efectos, pero que también tiene alcances diferenciados para las distintas Partes porque algunos países han decidido ampliar las protecciones y otros no; y el T-MEC no sólo incluye las cláusulas paraguas para proteger contratos y concesiones en sectores altamente contaminantes, tales como el de hidrocarburos, sino que además dispone que la frustración de estos contratos conlleva la obligación de pagar una indemnización total por las pérdidas de las empresas a causa de las medidas gubernamentales.

Ninguno de los AII modifica el consentimiento unilateral de los Estados para someter las diferencias al arbitraje, ni tampoco obligan al agotamiento de los recursos internos. De hecho, el CPTPP desincentiva el inicio de procedimientos administrativos o judiciales en el país anfitrión y el T-MEC, solo autoriza a iniciar

Conclusiones

un arbitraje inversionista-Estado, si pasados 30 meses del inicio de un procedimiento administrativo o judicial en contra de la medida dañosa, el inversionista no ha obtenido una decisión.

De igual manera, todos los tratados incluyen las protecciones de la expropiación indirecta y las "medidas equivalentes a la expropiación", pero con algunas cualificaciones para limitar los alcances de estas medidas. Y lo mismo sucede con el estándar de trato justo y equitativo.

Todos estos tratados cuentan con un capítulo de "medio ambiente" y/o un capítulo de "desarrollo sostenible", donde las partes incluyen diversas declaraciones de intenciones de cooperación en materia ambiental. En mi opinión, ninguna de estas disposiciones son lo suficientemente específicas, ni operativas porque ni son vinculantes ni se prevén mecanismos de implementación.

Tampoco he podido observar que estos tratados incluyan mecanismos para priorizar inversiones hacia sectores clave como la conservación o restauración de los ecosistemas, la adaptación o mitigación del cambio climático criterios de sostenibilidad. Las definiciones de inversión e inversionista no incluyen criterios de sostenibilidad que permitan discriminar o seleccionar únicamente aquellas inversiones que son sostenibles. Tampoco se observan disposiciones para prohibir incentivos perversos a los hidrocarburos u otras actividades contaminantes, o disposiciones de cooperación fiscal para tributar la contaminación o establecer mecanismos de responsabilidad extendida de los productores.

En base a todo lo anterior, concluyo que el DIIE es cada vez más complejo, con efectos aún inciertos. La uniformidad que existía previamente en los AII ya no es la regla, ahora nos encontramos ante AIIs mucho más detallados y matizados y que crean relaciones distintas para cada una de las Partes en el tratado, llevando en ocasiones a relaciones más desiguales entre las Partes contratantes. A pesar de todos los matices y de la inclusión de capítulos específicos para fomentar el desarrollo sostenible y la cooperación en materia de medio ambiente, ninguno de los tratados analizados parece establecer un marco regulatorio adecuado para salir de la crisis ambiental en que nos encontramos, regular la inversión extranjera y canalizar recursos para financiar el desarrollo sostenible.

Décima primera: Los esfuerzos tanto individuales como colectivos de los Estados para reformar el DIIE se muestran inadecuados, insuficientes y engañosos para cumplir con la supuesta promesa del desarrollo sostenible.

Inadecuados porque ignoran el origen colonialista del DIIE y sus efectos sobre la justicia global, en especial en las relaciones entre el Norte y Sur global, y entre los inversionistas y las poblaciones locales afectadas por los efectos adversos de la inversión. Al ignorar su origen y sus efectos sobre la justicia global, la reforma no se cuestiona si el enfoque de internacionalización y liberalización de las inversiones es conveniente o si es mejor abandonarlo, sino simplemente propone algunos cambios paliativos que pueden tener mayores o menores efectos, dependiendo del lenguaje y las estrategias que se sigan en cada AII concreto.

Conclusiones

Insuficientes porque las reformas propuestas se enfocan en múltiples aspectos que, sin dejar de ser importantes, no atacan los puntos fundamentales que permitieron la internacionalización de las inversiones extranjeras en el período neoliberal. No corrigen los problemas de fondo, sino que únicamente hacen reformas estéticas.

Engañosos porque se intenta convencer al público de que el DIIE es *necesario* para acelerar el *desarrollo sostenible*, pero ni las propuestas de reforma ni los nuevos tratados tienen disposiciones claras para lograr este objetivo de desarrollo sostenible. Sí se encuentran disposiciones para la facilitación de las inversiones, pero ninguna de ellas tiene requisitos o criterios de sostenibilidad. La facilitación de las inversiones en los AII de nueva generación se entiende como un mecanismo de transparencia y cooperación en materia de inversiones, que puede incluir aspectos como: 1) el establecimiento de ventanillas únicas a las que puedan acudir los inversores o posibles inversores en sus relaciones con los Estados anfitriones, con el objetivo de reducir la burocracia para los inversionistas; 2) la creación de un *ombudsman* al cual los inversionistas puedan acudir cuando sienten que el trato que han recibido es injusto, mismo que puede investigar el caso y hacer recomendaciones a las autoridades competentes; o 3) el intercambio de información entre los Estados respecto de las políticas de inversión, el desarrollo de ferias y otros eventos para impulsar las inversiones. Sin embargo, no se observa que las definiciones de inversión o inversionista tengan criterios de impacto sostenible como un requisito para acceder a la protección del tratado, no se observan mecanismos de cooperación en materia fiscal para que los países anfitriones puedan beneficiarse de la inversión y evitar la evasión fiscal de las grandes corporaciones, ni tampoco mecanismos de cooperación internacional para eliminar los incentivos perversos a los combustibles fósiles, las agricultura intensiva, la minería, etc. No hay disposiciones para lograr una cooperación interestatal en materia de ciencia y tecnología para mejorar la observación del estado de los ecosistemas, de la aplicación de metodologías de contabilidad natural, ni tampoco de transferencia de tecnología y *know how*. En otras palabras, la promesa de que los AII son una herramienta para financiar el desarrollo sostenible se muestra poco sustanciada.

Décima segunda: Ante este panorama, en esta investigación he analizado qué mecanismos legales existen a la mano de los ciudadanos para exigir cambios profundos en el DIIE para que este pueda cumplir la promesa de acelerar el desarrollo sostenible.

Los derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales se muestran como herramientas útiles disponibles para este fin. En mi opinión, dado que la inversión extranjera tiene una tendencia natural a acelerar la degradación ambiental, las políticas y las decisiones en torno a la inversión extranjera se deberían considerar "decisiones ambientales". Por tanto, en esta tesis, concluyo que la aplicación de los derechos procedimentales ambientales a las distintas esferas de regulación de la inversión extranjera esta justificada, pero no está libre de retos.

Conclusiones

En relación con la negociación de AII, se observa que tanto el Convenio de Aarhus como el Acuerdo de Escazú contienen disposiciones para el acceso a la información y la participación pública en foros internacionales, incluyendo aquellos que pueden tener efectos sobre el medio ambiente. Dado que diversos informes de las Naciones Unidas ya han concluido que los AII tienen efectos adversos sobre el medio ambiente y sobre los derechos humanos, es válido argumentar que los derechos procedimentales ambientales sí aplican a la negociación de AII. No obstante, el lenguaje utilizado en el Convenio de Aarhus y en el Acuerdo de Escazú sobre la participación pública en foros internacionales no es vinculante (se utilizan verbos como "procurar"), lo cual puede afectar el ejercicio y ejecución de estos derechos.

De hecho, la práctica en la negociación de AII demuestra que, aunque algunos foros internacionales relacionados con las inversiones, tales como la UNCTAD, la CNUDMI o la OECD, están llevando a cabo procesos más inclusivos que involucran a la sociedad civil en sus diálogos, los Estados aún están lejos de garantizar los derechos procedimentales ambientales en la negociación de AII. Específicamente, no se garantiza el acceso a documentos clave, como los borradores de acuerdo, y tampoco hay una oportunidad de participar -muchas veces ni siquiera a través de la democracia representativa en los parlamentos- cuando las negociaciones aún están abiertas y hay posibilidades de influir en el contenido del AII.

Por lo que se refiere a las políticas internas relacionadas con la inversión (extranjera), el Convenio de Aarhus claramente extiende el ámbito de aplicación a planes, programas, políticas, leyes y otras normas de aplicación general que puedan tener efectos sobre el medio ambiente, lo que incluye a las políticas de inversiones, pero el Acuerdo de Escazú es un poco más restrictivo pues sólo abarca aquellos en materia ambiental. Al menos conforme al Convenio de Aarhus, el derecho al acceso a la información incluye no sólo el texto de los planes y programas, sino también los diversos análisis y estudios que justifiquen una política de inversión extranjera, por ejemplo, la minería de metales, hidrocarburos, transporte, etc. El derecho a la participación pública en esta esfera de regulación de la inversión extranjera admite más matices, pues cuando se trata de planes y programas, los Estados solo están obligados a "adoptar disposiciones" para que el público participe, y cuando se trata de políticas, los Estados sólo están obligados a "esforzarse" para que el público participe en la toma de decisiones. En otras palabras, conforme al Convenio de Aarhus, los derechos procedimentales ambientales son aplicables a la elaboración de planes, programas y políticas de inversiones, pero tampoco son derechos ejecutables porque los Estados no están obligados a garantizar estos derechos.

Por lo que se refiere a los contratos de inversión, se concluye que el derecho al acceso a la información conforme al Convenio de Aarhus sí aplica a los contratos, en la medida en que la *información* contenida en ellos se relacione con el medio ambiente o los efectos reales o potenciales de la actividad objeto del contrato pueda tener sobre el medio ambiente. El derecho a la participación pública en la toma de decisiones puede abarcar algunos tipos o aspectos de contratos de

Conclusiones

inversión, como las EIA, pero no a todos los contratos. Asimismo, los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en relación con los contratos puede resultar muy difícil debido a que cada proyecto de inversión específico puede involucrar una gran variedad de contratos, cuya existencia puede ser desconocida para el público.

En resumen, la aplicación de los derechos procedimentales aun enfrenta algunos retos: 1) que las autoridades reconozcan la negociación de AII, la formulación de políticas de inversiones y la negociación de contratos como información ambiental y como procesos de toma de decisiones ambientales; 2) que el acceso a la información y la participación pública en la toma de decisiones respecto a estas esferas de regulación no es obligatoria conforme al Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú; y 3) que al no ser vinculantes, el acceso a la justicia contra la negativa de proveer información sobre estos o por la falta de participación pública en el proceso de toma de decisiones también se ve afectado. La solución podría ser que los ciudadanos exijamos una ampliación de los derechos procedimentales ambientales para abarcar, de manera vinculante, todas estas esferas de regulación.

Décima tercera: Algunas organizaciones ambientalistas han trabajado por expandir las fronteras de los derechos procedimentales ambientales e importarlos en el derecho internacional de la inversión extranjera y en el arbitraje inversionista-Estado. Sus esfuerzos se han mostrado exitosos, aunque aún queda más camino por recorrer.

Han logrado que los AII introduzcan cada vez con más frecuencia disposiciones sobre la transparencia relacionada con las inversiones, y algunas disposiciones, aún poco comunes, sobre participación del público en las EIA relacionadas con las inversiones o sobre el acceso a la justicia para las personas afectadas por los proyectos de inversión. Asimismo, han impulsado la negociación y la firma del Reglamento de Transparencia de la CNUDMI y la Convención de Mauricio, que son tratados específicos sobre transparencia en el arbitraje inversionista-Estado y la participación de terceros como *amicus curiae*.

Luego de un análisis detallado de la conformidad de las disposiciones de dichos tratados específicos, esta investigación concluye que aun hay necesidad de luchar un poco más por que dichos tratados alcancen los estándares establecidos en el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú con el fin de garantizar el acceso a la justicia en relación con las inversiones, así como para poder influenciar la reforma del DIIE.

Conclusión final: En base a todo lo expuesto anteriormente y volviendo a la pregunta inicial de investigación, esta tesis concluye que derecho internacional de la inversión extranjera, en su versión actual, no facilita la transición hacia un desarrollo sostenible, al contrario, podría aumentar los costos de la transición, por lo que es necesario que los ciudadanos impulsemos reformas más profundas al régimen ejerciendo los derechos procedimentales ambientales en la negociación

Conclusiones

de AII, la formulación de políticas ambientales y la firma de contratos de inversiones.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández

FUENTES

1. Tratados internacionales

1.1. Tratados bilaterales de inversiones

- Accord de Cooperation et Facilitation en Matière D'Investissements entre el Royaume du Maroc et La République Fédérative du Brésil (Maroc-Brésil) (signé le 13 juin 2019).
- Accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Aémocratique et Populaire et le Gouvernement du Royaume de Suède relatif à la promotion et à la protection récriproques des investissements (Algeria-Suède) (signé 15 février 2003, entré en force 1 april 2005).
- Acordo de Cooperaçã o e Facilitaçã o de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola (Brasil-Angola) (feito 1 abril 2015, entrada em vigor 28 de julio de 2017).
- Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos (Brasil-México) (firmado 26 mayo 2015, entrada en vigor 7 de octubre de 2018).
- Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile (Brasil-Chile) (firmado el 23 de noviembre de 2015).
- Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Colombia (Brasil-Colombia) (firmado el 9 de octubre de 2015).
- Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República del Ecuador (Brasil- Ecuador) (firmado el 25 de septiembre de 2019).
- Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia (Chile-Colombia) (firmado 27 de noviembre de 2006, entrada en vigor 8 de mayo de 2009).
- Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil (Perú-Brasil) (firmado el 29 de abril de 2016).
- Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Argentina para la promoción y protección recíproca de las inversiones (Estados Unidos Mexicanos y Argentina) (firmado 13 de noviembre de 1996, entrada en vigor el 22 de junio de 1998).
- Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (Estados Unidos Mexicanos-Confederación Suiza) (firmado 10 de julio de 1995, entrada en vigor 13 de marzo de 1996).
- Agreement between Japan and Ukraine for the promotion and protection of investments (Japan-Ukraine) (signature 5 February 2015, entry into force 26 November 2015).

Fuentes

- Agreement between the Council of Ministers of the Republic of Albania and the Government of the Republic of Azerbaijan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Albania-Azerbaijan) (signature on 9 February 2012, entry into force 13 July 2012).
- Agreement between the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Ethiopia-Denmark) (signature 24 April 2001, entry into force 21 August 2005).
- Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation (Brazil-Ethiopia) (signature 11 April 2018).
- Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment (Canada-Argentina) (signature 5 November 1991, entry into force 29 April 1993)
- Agreement between the Government of Sweden and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Sweden- Russian Federation) (signature 19 April 1995, entry into force 07 July 1996).
- Agreement between the Republic of Rwanda and the United Arab Emirates in the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Rwanda-UAE) (signature 1 November 2017, not in force).
- Agreement between the Republic of the Philippines and the Swiss Confederation on the Promotion and Reciprocal Protection (Philippines-Switzerland) (signature 31 March 1997, entry into force 23 April 1999).
- Agreement between the State of Israel and Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investments (Israel-Japan) (signature 1 February 2017, entry into force 5 October 2017).
- Agreement between the United Mexican States and the Federal Republic of Germany on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Mexico-Germany) (signature 25 August 1998, entry into force 23 February 2001).
- Agreement for the Promotion and Protection of Investment (Austria-Nigeria) (signed on 8 April 2013).
- Agreement on economic cooperation (with protocol and exchanges of letters dated on 17 June 1968) (Indonesia – Netherlands) (signature on 7 July 1968, entry into force 17 July 1971) 799 *UNTS* p. 13.
- Agreement to Amend the Singapore-Australia Free Trade Agreement (Singapore-Australia) (signature 13 October 2016, entry into force 1 December 2017).
- Convención para el Arreglo de Reclamaciones (Estados Unidos de América – Estados Unidos Mexicanos) (firmado el 4 de julio de 1868, entrada en vigor 22 de mayo de 1869).
- Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Argentina-Rusia) (firmado 25 de junio de 1998, entrada en vigor 20 de noviembre de 2000).

Fuentes

- Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (República del Perú – Confederación Suiza) (firmado 22 de noviembre de 1991, entrada en vigor 23 de noviembre de 1993).
- Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates (Brazil-United Arab Emirates) (signature 15 March 2019).
- Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Co-operative Republic of Guyana (Brazil-Guyana) (signature 13 December 2018).
- Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Suriname (Brazil-Suriname) (signature 2 May 2018).
- Fra la Repubblica Italiana e la Repubblica Argentina sulla Promozione e Protezione degli investimenti (Italia-Argentina) (signature 22 May 1990, entry into force 14 October 1993).
- Investment Cooperation and Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Malawi (Brazil-Malawi) (signature 25 June 2015).
- Investment Cooperation and Facilitation Treaty Between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India (Brazil-India) (signature 25 January 2020).
- Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria (Morocco-Nigeria) (signature 3 December 2016).
- Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (USA-Argentina) (signature 14 November 1992, entry into force 20 October 1994).

1.2. Tratados multilaterales

- Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (30 de abril de 2021) *Diario Oficial de la Unión Europea* L149/10.
- Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam (12 de junio de 2020) *Official Journal of the European Union* L186.
- Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (14 de enero 2017) *Diario Oficial de la Unión Europea*, L11/23.
- Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una asociación económica (27 de diciembre de 2018) *Diario Oficial de la Unión Europea* L330/3.
- Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (firmado el 6 de junio de 2012, entrada en vigor 20 julio de 2015).

Fuentes

- Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea (29 de mayo de 2020) *Diario Oficial de la Unión Europea* L169/1.
- Acuerdo regional sobre acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (firmado 4 de marzo de 2018, entrada en vigor 22 de abril de 2021).
- Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area (signature 21 March 2018, entry into force 30 May 2019).
- Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area (signature 27 February 2009, entry into force 10 January 2010).
- Agreement on Comprehensive Economic Partnership among Japan and Member States of the Association of Southeast Asian Nations (signature 28 March 2008, entry into force 01 December 2008).
- Agreement on Investment among the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations (signature 12 November 2017, entry into force 17 June 2019).
- Agreement on Investment of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the People's Republic of China and the Association of Southeast Asian Nations (signature 2 August 2009, entry into force 1 January 2010).
- Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation among the Governments of the member countries of the Association of Southeast Asia Nations and the Republic of Korea (signature 2 June 2009, entry into force 1 September 2009).
- Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of India (signed 12 November 2014).
- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (signature 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C) 1869 *UNTS* p. 299.
- Agreement on Trade-Related Investment Measures (signature 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A) 1868 *UNTS* p. 186
- ASEAN Comprehensive Investment Agreement (signature on 26 February 2009, entry into force 24 February 2012).
- Carta de las Naciones Unidas (firmada 26 de junio de 1945, entrada en vigor 24 de octubre de 1945).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (firmada 23 de mayo 1969, entrada en vigor 27 de enero de 1980) 1155 *UNTS* p. 331.
- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (firmada 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor 4 de enero de 1969) 660 *UNTS* p. 1.

Fuentes

- Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (firmada 3 de marzo de 1973, entrada en vigor 1 de julio de 1975) 993 *UNTS* p. 243.
- Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (firmada 10 de junio de 1958, entrada en vigor 7 de junio de 1959) 330 *UNTS* p. 3.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (firmada 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981) 1249 *UNTS* p. 1.
- Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (firmada 16 de noviembre de 1972, entrada en vigor 17 de diciembre de 1975) 1037 *UNTS* p. 151.
- Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados (firmada el 26 de diciembre de 1933, entrada en vigor el 26 de diciembre de 1934) *Serie Derecho y Tratados*, OEA No. 24.
- Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (firmado el 22 de marzo de 1989, entrada en vigor el 5 de mayo de 1992) 1673 *UNTS*, Anexo I, Y 10.
- Convenio relativo a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales (firmado 18 de octubre de 1907) 537 *USTS*.
- Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (firmado el 25 de junio de 1998, entrada en vigor 30 de octubre de 2001) 2161 *UNTS* p. 447.
- Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (signature 11 October 1985, entry into force 12 April 1988) 1508 *UNTS* p. 99.
- First Protocol to Amend the Agreement on the Comprehensive Economic Partnership among Japan and Member States of the Association of Southeast Asian Nations (signature 26 February 2019, entry into force 3 August 2020).
- Free Trade Agreement between the Eurasian Economic Union and its Member States, of the one Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the other Part (signature 29 May 2015, entry into force 5 October 2016).
- General Agreement on Trade in Services (signature 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B) 1869 *UNTS* p. 183.
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos (firmado 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976) 999 *UNTS* p. 171.
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (firmado 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976) 993 *UNTS* p. 3.
- Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR (firmado 7 de abril de 2017, entrada en vigor 30 de julio de 2019).
- Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al

Fuentes

- Convenio de Diversidad Biológica (firmado 29 de octubre de 2010, entrada en vigor 12 de octubre de 2014) 3008 *UNTS*.
- Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (signature 15 November 2020).
- SADC Protocol on Finance and Investment (signed 18 August 2006, entry into force 16 April 2010) and its Agreement Amending Annex 1 (Co-operation on Investment) of the Protocol on Finance and Investment (signature 31 August 2016).
- The Energy Charter Treaty (signature 17 December 1994, entry into force 16 April 1998) 2080 *UNTS* p. 95.
- Trade and Investment Framework Agreement between the United States and ASEAN (signature 25 August 2006, entry into force 25 of August 2006).
- Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del mercado único y la economía de la CARICOM (firmado el 5 de julio de 2001, entrada en vigor 1 enero de 2006).
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte (firmado 17 de agosto de 1992, entrada en vigor 1 de enero de 1994).
- United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (signature 10 December 2014, entry into force 18 October 2017) 54749 *UNTS*.

1.3. Tratados modelo de inversiones

- 2003 Italian Model Agreement on the Promotion and Protection of Investments.
- 2003 Indian Model Agreement for the Promotion and Protection of Investments.
- 2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.
- 2004 Canada Model Agreement for the Promotion and Protection of Investments.
- 2012 SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary.
- 2015 Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil.
- 2020 Treaty On Sustainable Investment For Climate Change Mitigation And Adaptation

2. Documentos de organizaciones internacionales

2.1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones

- CIADI, "Model Clauses Relating to the Convention on the Settlement of Investment Disputes Designed for Use in Bilateral Investment Agreements" (1969) *International Legal Materials* Vol. 8 no. 6, pp. 1341-1352.
- CIADI, "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention" (1970) ICSID Vol. I.

Fuentes

CIADI, "Commentary on the ICSID Convention: Article 26" (1997) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 12, no. 1, pp. 151-204.

CIADI, "Reporte de los directores ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo en la Convención para el Arreglo de Disputas de Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados" (2006).

CIADI, "Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules" (3 August 2018) <
https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendment_Backgrounder.pdf
>.

CIADI, "Proposals for Amendment of the ICSID Rules. Working Paper #6" (November 2021).

CIADI, "ICSID Model Clauses" (sin fecha) <
<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-en/main-eng.htm>>.

2.2. Comunidad del Caribe (CARICOM)

CARICOM, "The Caribbean Community (CARICOM) Prospective Vision for Integration", presentation at Seminar: Prospective Vision for Latin America and the Caribbean (6-7 March 2018 Mexico City) organized by the Permanent Secretariat of the Latin American and Caribbean Economic System (SELA) and the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC).

The Caribbean Council, "CARICOM heads try to accelerate economic integration" (sin fecha). < <https://www.caribbean-council.org/caricom-heads-try-accelerate-economic-integration/>>.

2.3. Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE)

OCDE, "Líneas Directrices para Empresas Multinacionales" (2011).

OCDE, "G20 serves an appetizer to a potential investment policy feast" (13 July 2013) *OECD Insight Debate the Issues* <
<http://oecdinsights.org/2016/07/13/g20-serves-an-appetiser-to-a-potential-investment-policy-feast/>>.

OCDE, "G20/OECD Principles of Corporate Governance: OECD Report to G20 UNCTAD, "World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge" (2008).

Finance Ministers and Central Bank Governors" (2015).

OCDE, "OECD Investment Policy Reviews: Southeast Asia" (2019) <
<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Southeast-Asia-Investment-Policy-Review-2019.pdf>>.

2.4. Organización de las Naciones Unidas (ONU)

2.4.1. Asamblea General de las Naciones Unidas

Fuentes

- AGNU Resolución 1803 (XVII), "Soberanía permanente sobre los recursos naturales" (14 de diciembre de 1962).
- AGNU Resolución 3201 (S-VI), "Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional" (1 de mayo de 1974).
- AGNU Resolución 3281 (XXIX), "Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados" (12 de diciembre de 1974).
- AGNU, Resolución S-19/2, "Plan para la ulterior ejecución del Programa 21 anexo a la presente resolución" (28 de junio de 1997).
- AGNU, Resolución 56/83, "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" (12 de diciembre de 2001).
- AGNU Resolución 56/83, "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" (28 de enero de 2002).
- AGNU, "Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Olivier de Schutter. Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos" (19 de diciembre de 2011).
- AGNU, Resolución 68/109, "Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y Reglamento de Arbitraje (según el texto revisado de 2010, con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" (16 de diciembre de 2013).
- AGNU, Resolución 69/323, "Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo" (27 de julio de 2015).
- AGNU, "Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas" (7 de agosto de 2015).
- AGNU, Resolución 70/1, "Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible" (25 de septiembre de 2015).
- AGNU, Resolución 73/223, "Seguimiento y aplicación de los resultados de las Conferencias Internacionales sobre la Financiación para el Desarrollo" (20 de diciembre de 2018).
- AGNU, Resolución 75/220, "Armonía con la Naturaleza" (12 de diciembre de 2020).

2.4.2. Comisión de Derecho Internacional

- CDI, "Formation and evidence of customary international law" (2013) *Yearbook of the International Law Commission* Vol. II, Part. 1, pp. 109-164.

2.4.3. Comisión Económica para América Latina y el Caribe

- CEPAL, "Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2014" (2014).

Fuentes

CEPAL, "Sociedad, derechos y medio ambiente. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la información, a la participación pública y al acceso a la justicia" (2016).

CEPAL, "Texto compilado por la mesa directiva que incluye las propuestas de texto de los países relativas al preámbulo y los artículos 1 a 10 del documento preliminar del acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. Cuarta versión", discutido en la Quinta Reunión del Comité de Negociación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (21 a 25 de noviembre de 2016).

CEPAL, "La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en el nuevo contexto mundial y regional: escenarios y proyecciones en la presente crisis" (2020).

2.4.4. Comisión Económica para Europa

UNECE, "The Aarhus Convention as a tool for enhancing the role of the public in tackling climate change" (sin fecha) <
https://unfccc.int/files/cooperation_and_support/education_and_outreach/application/pdf/aarhus_convention.pdf>.

UNECE, "Report on the Second Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Decision II/4" (25-27 May 2005).

UNECE, "Report on the Third Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Decision III/4, Promoting the Application of the Principles of the Convention in International Forums" (26 September 2008).

UNECE, "Compendium of case studies of good practice on promoting public participation in international forums" (2011).

Submission by the UNECE Aarhus Convention Secretariat provided as input to the report being prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights pursuant to Resolution 19/20 "The role of good governance in the promotion and protection of human rights" (September 2012).

UNECE, "The Aarhus Convention: An implementation Guide" (2nd ed. 2014).

UNECE, "Report on the Sixth Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Decision VI/4 on promoting the application of the principles of the Convention in international forums" (11-13 September 2017).

UNECE, "Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date" (14 of December 2021).

2.4.5. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Fuentes

CNUDMI, "Status: UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration" (1 April 2014) <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status>.

CNUDMI, "Guía relativa a la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras" (2016).

2.4.6. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

CDESC, "Observación general no. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)" (1990).

CDESC, "Observación general No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)" (11 de agosto de 2000).

CDESC, "Examen de los Informes Presentados por los Estados Parte de Conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Paraguay" (28 de noviembre de 2007).

CDESC, "Observación general no. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales" (29 de mayo a 23 de junio de 2017).

2.4.7. Comité de Derechos Humanos

CCPR, "Observación General no. 18. No discriminación" (1989).

CCPR, "Observación General no. 31 [80]. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto" (2004).

CCPR, "Observación General no. 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión" (29 de julio de 2011).

2.4.8. Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

UNCTAD, "Final Act and Related Documents. Interim Commission for the International Trade Organization" (21 November 1947 to 24 March 1948).

UNCTAD, "World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development" (1999) pp. 224-225.

UNCTAD, "Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s" (15 December 2000) TAD/INF/2877.

UNCTAD, "World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness" (2002).

UNCTAD, "2.3. Consent to Arbitration" (2003) *UNCTAD Dispute Settlement Series* No. 2.3.

Fuentes

- UNCTAD, "Nota de la Secretaría de la UNCTAD. Oportunidades y desafíos de comercio e inversión en el marco del Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL)" (21 de enero de 2009).
- UNCTAD, "Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impacts on Investor-State Claims" (2010) *IIA Issues Note No. 2*.
- UNCTAD, "World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy" (2010).
- UNCTAD, "Expropriation" (2012) *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements Vol. II*
- UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment" (2012) *Series on Issues in International Investment Agreements Vol. 2*.
- UNCTAD, "World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies" (2012).
- UNCTAD, "World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan" (2014).
- UNCTAD, "Investment Policy Framework for Sustainable Development" (2015).
- UNCTAD, "World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance" (2015).
- UNCTAD, "World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges" (2016).
- UNCTAD, "World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy" (2017).
- UNCTAD, "UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime" (2018).
- UNCTAD, "World Investment Report 2019: Special Economic Zones" (2019).
- UNCTAD, "International Investment Agreements and their implications for tax measures: What tax policymakers need to know. A guide based on UNCTAD's Investment Policy Framework for Sustainable Development" (2021).
- UNCTAD, "Recent developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform" (2021) *IIA Issues Note No. 3*.
- UNCTAD, "Recent developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform" (2021) *IIA Issues Note No. 3* < https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d6_en.pdf>.
- UNCTAD, "World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery" (2021).

2.4.9. Consejo de Derechos Humanos

- CDH, "Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos" (15 febrero 2005).

Fuentes

- CDH, "Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a desarrollo. Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie" (7 de abril de 2008).
- CDH, "Principios para contratos responsables: la integración de la gestión de los riesgos para los derechos humanos en las negociaciones contractuales entre Estados e inversionistas: orientación para los negociadores" (25 de mayo de 2011).
- CDH, "Exposición conjunta escrita presentada por Centro Europa-Tercer Mundo, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva general, Institute for Policy Studies (IPS), organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial, y Ceter for International Environmental Law (CIEL), organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva de la lista. Proyectos de minería en El Salvador e Impunidad, violación de los Derechos Humanos, la democracia y la soberanía nacional" (26 de mayo de 2014).
- CDH, "Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para superar esas trabas" (30 junio de 2014).
- CDH, "Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas" (7 de agosto de 2015).
- CDH, Resolución 30/9, "Participación en condiciones de igualdad en la vida política y pública" (12 de octubre de 2015)
- CDH, "Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas" (11 de agosto de 2016).
- CDH, "International Investment Agreements and Industrialization: Realizing the Right to Development and the Sustainable Development Goals" (23-27 April 2018).
- CDH, "Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: balance del primer decenio" (22 de abril de 2021).
- CDH, "Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos" (sin fecha) <
<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>>.

2.4.10. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos

- OHCDR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos" (2011).
- OHCHR, "Corporate human rights due diligence- emerging practices, challenges and ways forward" (16 October 2018).

Fuentes

OHCHR, "Crowd-drafting: Designing a Human Rights-Compatible International Investment Agreement" *UN Forum on Business and Human Rights* (26-28 November 2018).

OHCHR, "Harnessing international investment agreements to prevent human rights abuses" *9th UN Forum on business and human rights* (16 November 2020).

OHCHR, "Human Rights-compatible International Investment Agreements (IIAs)" Questionnaire for Governments under the Mandate of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises" (April 2021).

OHCHR, "International Investment Agreements and Human Rights" (sin fecha) <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/IIAs.aspx>>.

OHCHR, "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos" (2011).

OHCHR, "State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nation's core Human Rights Treaties" (May 2007).

2.4.11. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente

PNUMA, "Guidelines for the Development of National Legislation on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters" (26 February 2010).

PNUMA, "Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas" (Naciones Unidas y Grid Arendal 2011).

PNUMA, "Environmental Assessment of Ogoniland" (2011).

PNUMA, "Putting Rio Principle 10 into Action. An implementation Guide" (2015).

PNUMA, "El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global" (2017).

PNUMA, "Environmental Rule of Law: First Global Report" (2019).

PNUMA, "Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review" (2021).

PNUMA, "Making Peace with Nature. A Scientific Blueprint to Tackle the Climate, Biodiversity and Pollution Emergencies" (2021).

2.4.12. Otros documentos de la ONU

ONU, "Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo" Vol. I Resoluciones aprobadas por la Conferencia (3 al 14 de junio de 1992).

ONU, "Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo sostenible" (12 de agosto de 1992).

ONU, "Resúmenes de fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991" (Naciones Unidas 1992).

Fuentes

- ONU, "Nota del Secretario General. Proyecto de documento final de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo" (18-22 de marzo de 2002).
- ONU, "Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible" (4 de septiembre de 2002).
- ONU, "Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible" (26 de agosto a 4 de septiembre de 2002).
- ONU, "Plan de aplicación de las decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible" (26 de agosto al 4 de septiembre de 2002).
- ONU, "Documento final de la Conferencia Río + 20 de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. El Futuro que queremos" (20 a 22 de junio de 2012).
- ONU, "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: guía de referencia para las empresas" (2013).
- ONU, "Para combatir el cambio climático y la pobreza necesitamos rediseñar el sistema financiero mundial" (4 de abril de 2019) <<https://www.un.org/development/desa/es/news/sustainable/2019-financing-for-sustainable-development-report.html>>.
- ONU, "Financing for Sustainable Development Report 2020" (2020).
- ONU, "Second World Ocean Assessment" (2020).
- ONU, "Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivo 17. Revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible" (sin fecha) <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/globalpartnerships/>>.
- ONU, "Objetivos de Desarrollo Sostenible" (sin fecha) <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>>.
- ONU, "Principios para la inversión responsable" (sin fecha) <<https://www.unpri.org/>>.
- ONU, "United Nations Global Compact" (sin fecha) <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>>.
- ONU, El Pacto Mundial de las Naciones Unidas, "Los diez principios" (sin fecha). Disponible en <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>>.

2.5. Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura

- FAO, "Dry Corridor Central America: Situation Report" (June 2016) <<http://www.fao.org/3/br092e/br092e.pdf>>.

2.6. Unión Africana

- African Union Commission, "Draft Pan-African Investment Code" (December 2016).

2.7. Unión Europea

2.7.1. Legislación

Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (21 de junio de 2001) *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L197/30.

Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, *Diario Oficial de la Unión Europea* (14 de febrero de 2003).

Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono y por la que se modifican la Directiva 85/337/CEE del Consejo, las Directivas 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/DE, 2006/12/CE, 2008/1/CE y el Reglamento no. 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (*Diario Oficial de la Unión Europea* 5 junio 2009).

Reglamento (EU) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (*Diario Oficial de la Unión Europea* 22 de junio de 2020) L198/13.

Notice concerning the date of entry into force of the Amendments to Annexes 14-A and 14-B and Appendices 2-C-1 and 2-C-2 of the Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership (1 February 2021) *Official Journal of the European Union* L35, Vol. 64.

2.7.2. Otros documentos

2.7.2.1. Comisión Europea

Comisión Europea, "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso del público a la información medioambiental (29 de junio de 2000) COM 2000 402 final, pp. 10-11.

Comisión Europea, "Invitation to tender related to a contract to provide a Trade Sustainability Impact Assessment (Trade SIA) in support of negotiations on a plurilateral Trade in Services Agreement" (21 May 2013, Brussels) < https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/may/tradoc_151359.pdf>.

Comisión Europea, "EU negotiation texts in TTIP" (14 July 2016) < <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>>.

Comisión Europea, "Trade SIA in support of negotiations on a plurilateral Trade in Services Agreement (TiSA): Final Report", prepared by Ecorys (June 2017) p. 11 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155772.pdf>.

Comisión Europea, "Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (ACS)" (última actualización 17 Julio 2017) < https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/index_es.htm>.

Fuentes

- Comisión Europea, "CETA explained" (21 September 2017) <<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/>>.
- Comisión Europea, "El Pacto Verde Europeo" *Comunicación de la Comisión* COM(2019) 640 final (11 de diciembre de 2019) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>>
- Comisión Europea, "El Pacto Verde Europeo por el Clima" *Comunicación de la Comisión* COM (2020) 788 final (9 de diciembre de 2020) <<https://europa.eu/climate-pact/system/files/2020-12/20201209%20European%20Climate%20Pact%20Communication.pdf>>.
- Comisión Europea, "Third EU-Canada (CETA) Civil Society Forum" (8 and 9 December 2020).
- Comisión Europea, "EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI): list of sections" (22 January 2021) <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237>>.
- Comisión Europea, "United States" (last update 24 April 2021) <<https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states/>>
- Comisión Europea, "Joint European Union- United States statement on addressing global steel and aluminum excess capacity" (17 May 2021, Brussels) <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2271>>
- Comisión Europea, "Negociaciones y acuerdos. Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión" (sin fecha) <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm>.
- Comisión Europea, "Trade" (sin fecha) <<https://ec.europa.eu/trade/>>.

2.7.2.2. Consejo Europeo

- Consejo Europeo, "Human Rights for the Planet" (5 October 2020) *High Level International Conference on Human Rights and Environmental Protection*. Disponible en <<https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights-for-the-planet>>.
- Consejo Europeo, "Decision authorizing the opening of negotiations with the United States of America for an agreement on the elimination of tariffs for industrial goods" (9 April 2019) Doc. 6052/19 <<https://www.consilium.europa.eu/media/39180/st06052-en19.pdf>>.
- Consejo Europeo, "EU-Canada trade negotiating mandate made public" (15 December 2015) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/12/15/eu-canada-trade-negotiating-mandate-made-public/>>.
- Consejo Europeo, "Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes" (1 March 2018) Doc. 12981/17 Add 1.

2.7.2.3. Parlamento Europeo

- Parlamento Europeo, "All MEPs to Have Access to All Confidential TTIP Documents" European Parliament Press Release (2 December 2015) <

Fuentes

<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20151202IPR05759/all-meps-to-have-access-to-all-confidential-ttip-documents> > .

Parlamento Europeo, "Can nature get it right? A study on rights of nature in the European Context" (2021). Disponible en <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPO_L_STU\(2021\)689328_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPO_L_STU(2021)689328_EN.pdf)>.

Parlamento Europeo, "EU Investment Protection after the ECJ Opinion on Singapore: Questions of competence and coherence" (20 of February 2019) *Workshop Policy Department, DG Expo for the Committee on International Trade (INTA)*.

2.8. Otras organizaciones internacionales

CMNUCC, Decisión 1/CP.21, "Aprobación del Acuerdo de París" (29 de enero de 2016).

CMNUCC, Decisión 11/CMA.1, "Cuestiones a que se hace referencia en los párrafos 41, 42 y 45 de la Decisión 1/CP.21" (19 de marzo de 2019); CMNUCC, Decisión 14/CMA.1, "Establecimiento de un nuevo objetivo colectivo cuantificado de financiación, de conformidad con la Decisión 1/CP.21, párrafo 53" (19 de marzo de 2019).

Comisión de Libre Comercio del TLCAN, "Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11" (31 de julio de 2001).

Energy Charter Secretariat, Decision of the Energy Charter Conference No. CCDEC 2019 10 STR (6 November 2019).

FIAS-OECD, "Special Economic Zones: Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development" (2008) <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/343901468330977533/pdf/458690WP0Box331s0April200801PUBLIC1.pdf>>.

IFC y OHCHR, "Stabilization Clauses and Human Rights" (27 May 2009).

International Chamber of Commerce, "Fair Treatment for Foreign Investment. International Code" (1949) *ICC Brochure* no. 129.

IPBES, "Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services" (IPBES Secretariat 2019).

IPCC, "Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty" (In Press 2018).

ISO, "ISO 2600 Guidance on Social Responsibility" (2018) <<https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100258.pdf>>.

LEAGUE OF NATIONS, "Report of the Committee of the League of Nations for the Study of International Loan Contracts" (1939) II.A.10, p. 21.

OAS, "Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision-Making for Sustainable Development" (2001).

WBG, "Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment" Vol. II: Guidelines (World Bank Group 1992).

WWF y SZL, "Living Planet Report 2020" (2020).

3. Jurisprudencia internacional

3.1. Arbitrajes inversionista-Estado

9REN Holding S.A.R.L. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15.

A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33.

Abaclat and Others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/5.

Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2.

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case no. ARB/06/16.

ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1.

Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/18.

Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3.

AIG Capital Partners, Inc. And CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6.

Alicia Grace et. al. v. United Mexican States, Case No. UNCT/18/4.

Alten Reveable v. Kingdom of Spain (caso sin acceso al público).

American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1.

Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana, Ad hoc arbitration.

Antonio del Valle Ruiz et. al. v. Kingdom of Spain, UNCITRAL.

Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1.

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3.

ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2.

AWG Group v. The Argentine Republic, UNCITRAL.

Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29.

Baywa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/16.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21.

Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15.

Fuentes

- BG Group Plc. V. Republic of Argentina*, UNCITRAL.
- Border Timber Limited and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/25.
- Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34.
- Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2.
- Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL.
- Canepa Green Energy Opportunities I, S.A.R.L. and Canepa Green Energy Opportunities II, S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/19/4.
- Cargill Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2.
- Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/34.
- CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India*, PCA Case No. 2013-09.
- Charanne B.V. y Constructions Investments S.A.R.L. v. El Reino de España*, Arbitraje No. 062/2012.
- Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) v. Government of Canada*, UNCITRAL.
- Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador II*, PCA Case No. 2009-23.
- CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/01/8.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*).
- Corcoesto v. Kingdom of Spain* (caso sin acceso al público).
- CSP Equity Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, SCC (caso sin acceso para el público).
- Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20.
- Daimler Financial Services AG V. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1.
- DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/17/41.
- Dow Agrosciences LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL.
- E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH and E.ON Iberia Holding GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/35.
- EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) and Tibo Sol PE2 S.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/18/42.
- Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41.
- EDF v. Kingdom of Spain* (caso sin acceso al público).
- Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxemburg S.A.R.L. V. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36.

Fuentes

- El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15.
- Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19.
- Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7.
- Empresa Lucchetti S A and Lucchetti Peru SA v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4.
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3.
- Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL.
- European Solar Farms A.S. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/18/45.
- Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/4.
- Fireman´s Fund Insurance Company v. Estados Unidos Mexicanos*, caso del CIADI No. ARB(AF)/02/01, Laudo (17 de julio de 2006).
- Foresight Luxembourg Sola 1 S.A.R.L., et. al. v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/150.
- FREIF Eurowind v. Spain* (caso sin acceso al público).
- Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/15/31.
- GAMI Investments, Inc. v. Government of the United Mexican States*, UNCITRAL
- Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20.
- Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10.
- Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9.
- Glamis Gold Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL.
- Gran Colombia Gold Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/23.
- Gravrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39.
- Hochtied Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31.
- Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1.
- Hydro Energy 1 and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/42.
- Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/15/28.
- ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. Argentine Republic*, PCA Case No. 2010-9.
- Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic I*, ICSID Case No. ARB/07/17.
- Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5.
- Infracapital F1 S.A.R.L. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18.
- InfraRed Environmental Infrastructure and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/12.

Fuentes

- Infrastructure Services Luxemburg S.A.R.L. and Energía Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31.
- Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18.
- Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/84/3.
- Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153.
- Itochu Corporation v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/18/25.
- Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13.
- JGC Holdings Corporation (formerly JGC Corporation) v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/27.
- Joseph Charles Lemire V. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18.
- Krederi Ltd. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/14/17.
- KS Invest GmbH and and TLS Invest GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/25.
- Lanco International Inc. v. The Argentinian Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6.
- Landesbank Baden-Wüttemberg et. Al. V. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/45.
- LESI, S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. People's Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3.
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1.
- Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Lybian Arab Republic*.
- Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/99/1.
- Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1.
- Mathias Kruck and others v. the Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23.
- Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*, ICSID Case No. ARB/17/2.
- Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, ICSID Administered Case.
- Metalcald Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1.
- Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL.
- Mobil Exploration and Development Inc. Sec. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/16.
- Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case no. ARB(AF)/99/2.
- Mr. Frank Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23.
- MTD Equity Sdn and MTD Chile SA v. the Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7.

Fuentes

- Mytilineos Holding SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia I*, UNCITRAL.
- NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11.
- Novenergia II- Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxemburg), SICAR v. the Kingdom of Spain*, SCC Arbitration No. 2015/063.
- Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. la República del Ecuador*, Caso CIADI no. ARB/06/11.
- OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/36.
- Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12.
- PACC Offshore Services Holding LTD v. the United Mexican States*, UNCITRAL Case No. UNCT/18/5.
- Parkerings Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case no. ARB/05/8.
- Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6.
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.
- Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICISD Case No. ARB/06/5.
- Piero Foresti, Ida Laura del Carli, Dora Foresti, Maria Teresa Suardo, Paola Suardo, Antonio Foresti, Luigi Foreste, Massimiliano Foresti, Franca Conti, Daniela Conti, Finstone s.a.r.l. v. The Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1.
- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24.
- Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL.
- Portigon A.G. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/17/15.
- Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2.
- RENERGY S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/18.
- RosInvestCo UK Ltd. V. Russia*, SSC Case No. Arb V 079/2005.
- RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/39.
- Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSDI Case No. ARB/05/16.
- RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/34.
- S.D. Myers, Inc. V. Government of Canada*, UNCITRAL.
- Saar Papier Vertriebs v. Republic of Poland*, UNCITRAL.
- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL.
- Saptec, S.A. V. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/19/23.
- Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16.

Fuentes

- Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia.*
- Sevilla Beheer and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/27.*
- SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13.*
- SGS Societé Générale de Surveillance v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29.*
- Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6.*
- Solarpark v. Kingdom of Spain (caso sin acceso al público).*
- SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/38.*
- South American Silver Limited v. el Estado Plurinacional de Bolivia, CPA Caso No. 2013-15.*
- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3.*
- Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/1.*
- STEAG GmbH v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/4.*
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17.*
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. and The Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/03/19.*
- Sun-Flower Olmeda GmbH & Co KG and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/17.*
- Swembalt AB, Sweden v. the Republic of Latvia, UNCITRAL.*
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI Caso No. ARB(AF)/00/2.*
- Telefónica S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/20.*
- Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15.*
- Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/12/1.*
- Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of Lybian Arab Republic.*
- The PV Investors v. the Kingdom of Spain, PCA Case No. 2012-14.*
- Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18.*
- Toto Construzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12.*
- TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America, ICSID Case No. ARB/16/21.*
- Triodos SICAV II v. Kingdom of Spain (caso sin acceso al público).*
- UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia, ICSID Case No. ARB/12/33.*

Fuentes

- United Parcel Service of America Inc and Government of Canada*, UNCITRAL.
- United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24.
- Urbaser and CABB v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26.
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26.
- Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.
- Vattenfall AB, Vattenfal Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6.
- Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile I*, ICSID Case No. ARB/98/2.
- VM Solar Jerez GmbH and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/19/30.
- Waste Management Inc. V. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3.
- Watkins Holdings S.A.R.L. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/44.
- Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4.
- Westmoreland Mining Holdings LLC, v. Government of Canada*, Case No. UNCT/20/3.
- William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04.
- World Duty Free Co Ltd. V. Republic of Kenya*, ICSID Case No. Arb/00/7.

3.3. Comisión de Reclamaciones Generales

- General Claims Commission, *L. F. H. Neer and Pauline E. Neer (United States) v. United Mexican States*, Decision (15 October 1926) *United Nations Reports of International Arbitral Awards Vol. IV, Section I*, pp. 60-66.

3.4. Comité de Derechos Humanos

- HRC, *Bernard Ominayak and the Lubicon Band v. Canada*, Communication No. 167/1984 (26 March 1990).
- HRC, *Robert W. Gauthier v. Canada*, Communication No. 663/1995 (5 May 1999).
- HRC, *Vladimir Velichkin v. Bielorrusia*, Communication 1022/2001 (20 October 2005).

3.5. Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus

- Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, Caso ACCC/C/2004/08 contra Armenia, Hallazgos (31 de marzo 2006).
- Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, Caso ACCC/C/2007/21 contra la Comunidad Europea, Hallazgos (3 de abril de 2009).

Fuentes

Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, Caso ACCC/C/2008/24 contra España, Hallazgos y recomendaciones (15-18 de diciembre de 2009).

3.6. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Sentencia (31 de agosto de 2001).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Canese v. Paraguay*, Sentencia (31 de agosto 2004).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez v. Honduras*, Sentencia (1 de febrero de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Sentencia (29 de marzo de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso of Claude Reyes et. al. v. Chile*, Sentencia (19 de septiembre de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/4 solicitada por la República de Colombia sobre el Medio Ambiente y los Derechos Humanos. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal- interpretación y alcance de los artículos 4.1. y 5.1., en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (15 de noviembre de 2017).

3.7. Corte Internacional de Justicia

CJI, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (New application: 1962) (Belgium v. Spain) *I.C.J. Reports* Vol. I.

3.8. Corte Permanente de Justicia Internacional

CPJI, *Case of the Mavrommatis Palestine Concessions (Greece vs. Palestine) Judgment (30 August 1924) PCIJ Series A: Collection of Judgements (1923-1930) No. 2.*

CPJI, *Case Concerning certain German Interest in Polish Upper Silecia (Germany and the Polish Republic) Judgment on the Merits (25 May 1926) PCIJ Series A: Collection of Judgements (1923-1930) No. 7.*

CPJI, *Case of The S.S. "Lotus" (France v. Turkey) Judgment (7 September 1927) PCIJ Series A: Collection of Judgements (1923-1930) No. 10.*

3.9. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TJUE, Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) (30 de abril de 2019).

TJUE, Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) (16 de mayo de 2017).

Fuentes

TJUE, *Dimos Kropias Attikis contra Ypourgos Perivallontos, Energeias kai Klimatikis Allagis*, Caso C-473/14, Sentencia (10 de septiembre de 2015) ECLI:EU:C:2015:582.

TJUE, *Slowakische Republik contra Achmea BV*, Caso C-284/16, Sentencia (6 de marzo de 2018) ECLI:EU:C:2018:158.

TJUE, *the Queen, a instancias de David Edwards y Lilian Palliakaropoulos contra Environment Agency y otros*, Caso C-260/11, Sentencia (11 de abril de 2013) ECLI:EC:C:2013:221.

3.10. Tribunal de Reclamaciones EEUU-Irán

Amoco International Finance Corporation v The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited, Iran- United States of America Claims Tribunal Case No. 56.

4. Legislación nacional

4.1. Alemania

Abgabeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), die zuletzt durch Artikel 33 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist.

4.2. Ecuador

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008).

4.3. España

Ley 27/2006 del 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) BOE No. 171 (19 de julio de 2006) p. 27109

4.4. Francia

Loi no. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (27 mars 2017) Journal Officiel de la République Française No. 0074.

4.5. México

Ley de Zonas Económicas Especiales, Diario Oficial de la Federación (1 de junio de 2016).

Reglamento de la Ley Federal de Zonas Económicas Especiales, Diario Oficial de la Federación (30 de junio de 2016).

Fuentes

Decreto por el que se abrogan los diversos de Declaratorias de las Zonas Económicas Especiales de Puerto Chiapas, de Coatzacoalcos, de Lázaro Cárdenas-La Unión, de Progreso, de Salina Cruz, de Campeche y de Tabasco, publicados el 29 de septiembre y 19 de diciembre, ambos de 2017, y el 18 de abril de 2018, Diario Oficial de la Federación (19 de septiembre de 2019).

4.6. Países Bajos

Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, Wet 253 van 2 jule 2019, houdende een kader voor het ontwikkelen van beleid gericht op onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de Nederlandse emissies van broeikasgassen teneinde wereldwijde opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat te beperken. Resumida en inglés en: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, Climate Change Laws of the World, Netherlands, Climate Act <<https://climate-laws.org/geographies/netherlands/laws/climate-act-7e97c6bc-9baf-4ccc-be38-b8a1dbc5af08>>.

4.7. Sudáfrica

Constitution of the Republic of South Africa No. 108 of 1996 (Date of promulgation: 18 December 1996; Date of Commencement: 4 February 1997).

5. Jurisprudencia nacional

5.1. Alemania

Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 06. Dezember 2016
- 1 BvR 2821/11 -, Rn. 1-407.

5.2. Argentina

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F. S.A.*,
Caso 37747/2013/1/RH1, fallo (10 de noviembre de 2015)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental*, Caso 714/2016/RH1, fallo (11 de julio de 2019).

5.3. Colombia

Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-622/16 (10 de noviembre de 2016).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-361/17 (30 mayo de 2017)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-035/16 (8 febrero de 2016).

5.4. Estados Unidos de América

United States District Court Southern District of New York, *Republic of Ecuador v. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company*, Case. 09 CIV 9958, Petition to Stay Arbitration (3 December 2009).

United States Court of Appeals for the Second District, *Republic of Ecuador and Daniel Carlos Lusitand Yaiguaje et. al. v. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company*, Case No. 10-1020-CV(L) 10-1026(Con), Ruling (17 March 2011).

5.5. Nueva Zelanda

New Zealand High Court 2497, *Jane Kelsey, Consumer New Zealand Inc, Ngati Kahungunu Iwi Inc, Oxfam New Zealand, Greenpeace of New Zealand, Association of Salaried Medical Specialists, New Zealand Nurses Association Inc, New Zealand Tertiary Education Union Te Hautu Kahurangi o Aotearoa v. The Minister of Trade*, CIV-2015-485-000583, Judgement (13 October 2015).

6. Doctrina

6.1. Libros

A. ANGHIE, A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press 2004).

AMADO, J. D., J. S. KERN y M. D. RODRIGUEZ, *Arbitrating the Conduct of International Investors* (Cambridge University Press 2018).

Fuentes

- BAHRO, R., *Avoiding Social and Ecological Disaster: The Politics of World Transformation: An Inquiry into the Foundations of Spiritual and Ecological Politics* (Gateway 1994).
- BARBIER, E., *Rethinking the Economic Recovery: A Global Green New Deal. Report prepared for the Economics and Trade Branch, Division of Technology, Industry and Economics, United Nations Environment Program* (UNEP 2009).
- BARNEY, O. C. y C. H. REYES DÍAS, *El T-MEX/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones. Serie opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional*, no. 1 (UNAM 2018)
- BARTELMUS, P., *Environment, Growth and Development: The Concepts and Strategies to Sustainability* (Routledge 1994).
- BAUMGARTNER, J., *Treaty Shopping in International Investment Law* (Oxford University Press 2016).
- BECKERMAN, W., *In Defense of Economic Growth* (Jonathan Cape 1974).
- BERNSTEIN, S. F., *The Compromise of Liberal Environmentalism* (Columbia University Press 2001).
- BJORKLUND, A. K. and A. REINISCH, *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar Publishing 2012).
- BOSELMANN, K., *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance* (Ashgate 2008).
- BREMER, J. J., *De Westfalia a Post-Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional* (Universidad Nacional Autónoma de México 2013).
- BROWN, C., *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press 2013).
- BROWN, W., *El pueblo sin atributos: La secreta revolución del neoliberalismo* (Traducción de Víctor Altamirano, Malpaso 2015).
- BRUNCH, C. (ed.), *The New "Public". The Globalization of Public Participation* (Environmental Law Institute 2002).
- BURKETT, P., *Marxism and Ecological Economics. Toward a Red and Green Political Economy* (Brill 2006).
- CÁRDENAS GRACIA, J., *El modelo jurídico del neoliberalismo* (UNAM 2016).
- CINGOTTI, N. P. EBERHARDT, N. GROTEFEND, C. OLIVET y S. SINCLAIR, *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba: la nueva propuesta europea perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente* (CCPA, CEO, German NGO Forum on Environment and Development, Friends of the Earth Europe, TNI 2016)
- COMMON, M. y S. STAGL, *Introducción a la economía ecológica* (Reverte Editorial Sa 2008).
- COTULA, L., *Investment contracts and sustainable development: How to make contracts for fairer and more sustainable natural resource investment* (IIED 2010).
- DE BRABANDERE, E. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications* (Cambridge University Press 2014).

Fuentes

- DE VATTEL, M., *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (6th Ed., From a new edition by Joseph Chitty, T & J. W. Johnson 1849).
- DIEHL, A., *The Core Standard of International Investment Protection* (Wolters Kluwer International 2012).
- DOBSON, A., *Justice and the Environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice* (Oxford University Press 1998).
- DOLZER, R. y SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press 2008).
- EBERHARDT, P. y C. OLIVET, *Profiting from injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financers are Fueling an Investment Arbitration Boom* (CEO, TNI 2012).
- ESCALANTE GONZALBO, F., *Historia mínima del neoliberalismo* (Colegio de México 2015).
- FABELA, I., *Homenaje a Isidro Fabela. Tomo I. Antología del pensamiento universal de Isidro Fabela* (Universidad Nacional Autónoma de México 1959).
- FABELA, I., *Las doctrinas Monroe y Drago* (Universidad Nacional Autónoma de México 1957).
- FAROLE, T. y G. AKINCI (eds.), *Special Economic Zones: Progress, Emerging Challenges and Future Directions* (World Bank 2011).
- GAILLARD, E. y J. SAVAGE (eds.) *Fouchards, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999).
- GARCIA-AMADOR, F. V. *The Changing Law of International Claims* (Oceana Publications Inc. 1984).
- GINN, W. J., *Valuing Nature: a Handbook for Impact Investing* (Island Press 2020).
- GJUZI, J., *Stabilization Clauses in International Investment Law: A Sustainable Development Approach* (Springer 2018).
- GOLDSMITH, E., et. al., *Blueprint for Survival* (Tom Stacey 1972).
- GOLDSMITH, E., *The Way: An Ecological Worldview* (Rider 1992).
- GÓMEZ ROBLEDO, A., *México y el arbitraje internacional. El Fondo Piadoso de las Californias. La Isla de la Pasión. El Chamizal* (Porrúa 1965).
- HART, A. B., *Monroe Doctrine an Interpretation* (Little, Brown and Company 1916).
- HARVEY, D., *Breve historia del neoliberalismo* (Akal 2005).
- HENCKELS, C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy* (Cambridge University Press, Cambridge 2015).
- HEPBURN, J., *Domestic Law in International Investment Arbitration* (Oxford University Press 2017).
- HERRERA, O. y A. SANTA CRUZ, *Historia de las relaciones internacionales de México 1821-2010, Vol. 1 América del Norte* (Secretaría de Relaciones Exteriores de México 2011).

Fuentes

- HO, J., *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts* (Cambridge University Press 2018).
- IUCN ESARO, *Closing the Gap: Financing and Resourcing of Protected Areas and Conserved Areas in Eastern and Southern Africa* (IUCN 2020).
- JACKSON, J. H., *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law* (Cambridge University Press 2006).
- JARIA I MANZANO, J., *La Constitución del Antropoceno* (Tirant lo Blanch 2020).
- JOHN, T. S., *The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law and Unintended Consequences* (Oxford University Press 2018).
- KAUFMANN-KOHLER, G. y M. POTESTÀ, *Investor State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* (Springer Open 2020).
- KJOS, H. E., *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law* (Oxford University Press 2013).
- KLÄGER, R., *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* (Cambridge University Press 2011).
- KULICK, A., *Global Public Interest in International Investment Law* (Cambridge University Press 2012).
- LEFF, E., *Ecología y Capital: Racionalidad Ambiental, Democracia Participativa y Desarrollo Sustentable* (Siglo XXI/UNAM 1998)
- LEFF, E., *Racionalidad Ambiental: Reapropiación social de la naturaleza* (Siglo XXI 2004).
- LIPPMAN, W., *An Inquiry into the Principles of The Good Society* (Little, Brown and Company 1938).
- MABEY, N. y R. MCNALLY, *Foreign Direct Investment and the Environment: From Pollution Heavens to Sustainable Development* (WWF-UK 1999).
- MAGNARELLI, M., *Privity of Contract in International Investment Arbitration* (Kluwer Law International 2020)
- MARBOE, I., *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford University Press 2017).
- MARTÍNEZ-ALIER, J., *De la economía ecológica al ecologismo popular* (2nd Ed., Icaria Editorial 1994).
- MEYER, L., *México y Estados Unidos en el conflicto petrolero: 1917-1942* (Colegio de México 1968)
- MILES, K., *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguard of Capital* (Cambridge University Press 2013).
- MORGERA, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law* (Oxford University Press 2009).
- MOSQUERA VALDERRAMA, I. J., D. LESAGE y V. LIPS (eds.), *Taxation, International Cooperation and the 2030 Sustainable Development Agenda* (Springer 2021)
- NEWCOMBE, A. y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Kluwer Law International 2009).

Fuentes

- PALOMBINO, F. M., *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles* (T.M.C. Asser Press 2018).
- PAPARINSKIS, M., *International Minimum Standard and the Fair and Equitable Treatment* (Oxford University Press 2013).
- PIERCE, D., A. MARKANDYA y E. B. BARBIER, *Blueprint for a Green Economy* (Earthscan 1974).
- PIGRAU SOLÉ, A., *Subdesarrollo y adopción de decisiones en la economía mundial: el principio de igualdad de participación de los países en desarrollo en las relaciones económicas mundiales* (Tecnos 1990).
- POLANYI, K., [1944], *La gran transformación* (Traducción y reimpresión, Quipu Editorial 2001).
- RABASA SALINAS, A. y C. S. DE WINDT (Coord.) *Antología judicial ambiental 2017-2020* (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2020)
- RAJAGOPAL, B., *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance* (Cambridge University Press 2003).
- RAYFUSE, R., *ICSID Reports: Volume 1: Reports of Cases Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965* (Cambridge University Press 1993).
- RIPINKSY, S. y K. WILLIAMS, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law 2008).
- RUGGIE, J. G., *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, C. de la Cruz Montserrat (trad.) Just Business, Multinational Corporations and Human Rights (Icaria 2014).
- SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties* (2nd Ed., Oxford University Press 2015).
- SARAVANA, A. y S.R. SUBRAMANIAN, *Role of Domestic Courts in the Settlement of Investor-State Disputes: The Indian Scenario* (Springer 2020).
- SCHILL, S. W., *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press 2010).
- SCHNEIDERMAN, D., *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise* (Cambridge University Press 2008).
- SEPÚLVEDA, C., A. MARTÍNEZ BÁEZ y A. GARCÍA ROBLES, *Carlos Calvo: Tres ensayos mexicanos* (Secretaría de Relaciones Exteriores de México 1974).
- SERRANO ÁLVAREZ, P., *Los Tratados de Bucareli y la rebelión delahuertista* (Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México 2012).
- SHEA, D. R., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy* (University of Minnesota Press 1955).
- SHIHATA, I. F., *MIGA and Foreign Investment: Origins, Operations, Policies and Basic Documents of the Multilateral Investment Guarantee Agency* (Martinus Nijhoff Publishers 1988).
- SORNARAJAH, M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 2015).

Fuentes

- SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 2010).
- STURMA, P., "Public Goods and International Investment Law: Does the New Generation of IIA Better Protect Human Rights?" (2018) *Brill Open Law* No. 1, p. 5.
- TUDOR, I., *The Fair and Equitable Standard in International Foreign Investment Law* (Oxford University Press 2008).
- TIENHAARA, K. y L. COTULA, *Raising the cost of climate action? Investor-State Dispute Settlement and Compensation for Stranded Fossil Fuel Assets* (IIED 2020).
- UNITED STATES, *Treaties and Other International Acts of the United States of America: Documents 152-172: 1852-1855* (U.S. Government Printing Office 1931).
- VADI, V. *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014).
- VADI, V., *Proportionality, Reasonableness and Standards in International Investment Law and Arbitration* (Edward Elgar 2018).
- VANDEVELDE, K. J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation* (Oxford University Press 2010).
- VIÑUALES, J. E., *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge University Press 2012).
- WALKER, T. A., *The History of the Law of Nations* (Cambridge University Press 2006).
- WALLERSTEIN, I., *El moderno sistema mundial I: la agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI* (Siglo Veintiuno 2010).
- M. WEBER, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría, J. Roura Parella, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora; ed. Preparada por J. Winckelmann; notas de J. Medina Echavarría (2ª ed. en español de la 4ª en alemán 1964, 2ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica 2002).
- WEILER, T., *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standard of Treatment in Historical Context* (Martinus Nijhoff Publishers 2013).
- WOOLLEY, O., *Ecological Governance: Reappraising Law's Role in Protecting Ecosystem Functionality* (Cambridge University Press 2014).

6.2. Capítulos de libro

- ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., "Pobreza y desarrollo sostenible, ¿alguna relación/prelación?" en W. A. GODÍNEZ MÉNDEZ y J. H. GARCÍA PEÑA, *Derecho económico y comercio exterior. 40 años de vida académica. Homenaje al Doctor Jorge Witker* (UNAM 2015) pp. 43-66.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad internacional ante la expropiación indirecta: inversión extranjera v. medio ambiente" en A. C. MOREIRA y R.

Fuentes

- PRIETO SANJUÁN (dirs.), *Responsabilidad internacional del Estado y medio ambiente. Un debate urgente* (Sociedad Latinoamericana de Derecho Ambiental – Pontificia Universidad Javeriana 2016) pp. 363-400.
- ASTERITI, A., "Regulatory Expropriation Claims in International Investment Arbitrations: A Bridge Too Far?" in A. K. BJORKLUND (ed.) *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013* (Oxford University Press 2014) p. 451.
- BERKES, A., "Extraterritorial responsibility of the home States for MNC's violations of human rights" en Y. RADY (ed.) *Research Handbook on Human Rights and Investment* (Edward Elgar 2018) pp. 304-343.
- BIANCO, G., "Article 2. Publication of information at the commencement of arbitral proceedings" en D. EULER, M. GEHRING y M. SCHERER (eds.) *Transparency in International Investment Arbitration. A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (Cambridge University Press 2015) pp. 64-90.
- BJORKLUND, A. K., "Applicable Law in International Investment Disputes" en C. GIORGETTI (ed) *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide* (Brill/Nijhoff 2014) pp. 261-286.
- BJORKLUND, A. K., "Assessing the effectiveness of soft law instruments in international investment law" in A. K. BJORKLUND y A. REINISCH (eds.) *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar Publishing 2012) pp. 51-81.
- BLACKABY, N. y C. RICHARD, "Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?" en M. WAIBEL et. al. (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) p. 253.
- BOYLE, A. y K. MCCALL-SMITH, "Transparency in International Law-making" en A. BIANCHI y A. PETERS, *Transparency in International Law* (Cambridge University Press 2013) pp. 419-435.
- CASADO CASADO, L., "El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud" en A. PIGRAU SOLÉ (Director), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus* (Atelier 2008).
- CHAISSÉ, J., y J. KIRKWOOD, "Foreign investors vs. National Tax Measures: Assessing the Role of International Investment Agreements" en I. J. MOSQUERA VALDERRAMA, D. LESAGE y V. LIPS (eds.), *Taxation, International Cooperation and the 2030 Sustainable Development Agenda* (Springer 2021) pp. 149-169.
- CIMA, E., "Parliamentary Scrutiny over Investment Projects: Case of Tanzania's Natural Resources Regulatory Reform" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 177-205.
- COLLINS, D. A., "Public Participation in Environmental Impact for Foreign Investment Projects: a Canadian Perspective" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds) *Public Participation and Foreign Investment Law:*

Fuentes

- From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 229-256.
- COTULA, L., "Public Participation and investment treaties: towards a New Settlement?" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 36-51.
- COTULA, L., "Reconsidering Sovereignty, Ownership and Consent in Natural Resource Contracts: From Concepts to Practice" in M. BUNGENBERG et. al. *European Yearbook of International Economic Law 2018* (Springer 2018) p. 165.
- COTULA, L., "Rethinking Investment Contracts through a Sustainable Development Lens" en E. BLANCO y J. RAZZAQUE, *Natural Resources and the Green Economy* (Brill 2012) pp. 13-35.
- CRAVEN, M., "Colonialism and Domination" en B. FASSBENDER y A. PETERS (eds.) *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press 2012) p. 870.
- DE BRABANDERE, E. y M. HAZELZET, "Corporate responsibility and human rights: navigating between international, domestic and self-regulation" en Y. RADI (ed.) *Research Handbook on Human Rights and Investment* (Edward Elgar 2018).
- DE LA VARGA PASTOR, A. y J. R. FUENTES I GASO, "Las autoridades públicas en las nuevas obligaciones en materia de información ambiental. Especial referencia a la difusión de información ambiental" en A. PIGRAU SOLÉ (ed), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia ambiental: diez años del Convenio de Aarhus* (Atelier 2008) pp. 187-224.
- DE LUCA, A., "Indirect Expropriations and Regulatory Takings: What Role for the "Legitimate Expectations" of Foreign Investors?" en G. SACERDOTI, P. ACCONCI, M. VALENTI y A. DE LUCA (eds) *General Interests of Host States in International Investment Law* (Cambridge University Press 2014) p. 58-76.
- DELIMATSI, P., "Trade in Services and Regulatory Flexibility – 20 Years of GATS, 20 Years of Critique" en M. BUNGENBERG, C. HERRMANN, M. KRAJEWSKI y J. P. TERHECHTE (eds.) *European Yearbook of International Economic Law 2016* Vol. 7 (Springer 2016) p. 153.
- DIMSEY, M., "Article 4. Submission by a third party" in D. EULER, M. GEHRING y M. SCHERER (eds.) *Transparency in International Investment Arbitration. A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (Cambridge University Press 2015).
- DUPUY, P. M. y J. E. VIÑUALES, "Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress", in M. BURGEBEG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH (eds), *International Investment Law* (Nomos 2012).
- FARAH, Y. y V. O. KUNUJI, "Contractualisation of Human Rights and Public Participation: Challenges and Prospects" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 122-147.

Fuentes

- FRANK, S., "Stabilization clauses in long-term investment contracts in the energy sector in Africa" en K. MILES (ed.) *Research Handbook on Environment and Investment Law* (Edward Elgar 2019) pp. 340-363.
- GRIESEL, R., "The Sources of Foreign Investment" en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN and J.E. VIÑUALES, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (Oxford University Press 2014) pp. 213-234
- HIRSCH, M. "Sources of International Investment Law" en A. K. BJORKLUND and A. REINISCH, *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar Publishing 2012).
- JACKSON, H., "Sovereignty: Outdated Concept or New Approaches" en W. SHAN, P. SIMMONS y D. SINGH (eds.) *Redefining Sovereignty in International Economic Law* (Hart Publishing 2008)
- JARIA I MANZANO, J., "Sustainability and Justice: A Constitution of Fragility" en B. FELIPE PEREZ, D. IGLESIAS MARQUEZ y L. MARTINEZ HERNANDEZ (eds), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance* (Cambridge University Scholars 2018) p. 20.
- KALDERIMIS, D., "Investment treaty arbitration as global administrative law: What this might mean in practice" en C. Brown y K. Miles (eds.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011) pp. 145-160.
- KAWHARU, A., "Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae" en M. WAIBEL et. al. (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) p. 275.
- KEE, C., "Article 3. Publication of documents" in D. EULER, M. GEHRING y M. SCHERER (eds.) *Transparency in International Investment Arbitration. A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (Cambridge University Press 2015) pp. 91-127.
- KINNEAR, M., "Damages in Investment Treaty Arbitration" in K. YANNACA-SMALL (ed) *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues* (Oxford University Press 2010).
- KROMMENDIJK, J. y J. MRIJN, "'Proportional' by what measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration" en P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN y F. FRANCONI (eds) *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University Press 2009) pp. 422-252.
- LIM, C. L., "Is the umbrella clause not just another treaty clause?" en C.L. LIM, *Alternative Visions of International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (Cambridge University Press 2016) pp. 349-376.
- LIM, C. L., "Is the umbrella clause not just another treaty clause?" en C.L. LIM, *Alternative Visions of International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (Cambridge University Press 2016) pp. 349-376.
- LUTTRELL, S., "Bias Challenges in Investor-State Arbitration: Lessons from International Commercial Arbitration" en C. BROWN y K. MILES

Fuentes

- (eds) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011) p. 445-482.
- MAGNARELLI, M., *Privity of Contract in International Investment Arbitration* (Kluwer Law International 2020), Chapter 6.
- MALINTOPPI, L. y H. HAERI, "The Non-Disputing State Party in Investment Arbitration. An Interested Plater or the Third Man Out?" en D. D. CARON, S. W. SCHILL, A. COHEN SMUTNY y E. E. TRIANTAFILOU (eds.) *Practicing Virtue: Inside International Arbitration* (Oxford University Press 2015) p. 556.
- MARCEDDU, M. L., "How to ensure Pblc Participation in FTA Negotiations? A Critical Analysis of the Instruments Used in the FTA-Making Process" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 102-121.
- MARGRIN, G. O., et. al. "Chapter 27: Central and South America" en IPCC, *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Part B: Regional Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge University Press 2014) pp. 1499-1566.
- MAVROMATI, C. y S. SPOTTISWOOD, "Public participation in Investment Treaty Making" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds.) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 83-101.
- MEDICI COLOMBO, G., "Access to environmental information in Latin America: The Inter-American Court of Human Rights to the rescue" in B. FELIPE PEREZ, D. IGLESIAS MÁRQUEZ Y L. MARTINEZ HERNÁNDEZ (eds.) *Rethinking sustainable development in terms of justice: Issues of Theory, Law and Governance* (Cambridge Scholars Publishing 2018) pp. 160-182.
- MOLINARI, C., "Principle 3: From a Right to Development to Intergenerational Equity" in J. E. VIÑUALES (ed.) *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary* (Oxford University Press 2015) pp. 141-143.
- ONONAIWU, C., "Regional Investment Treaty Arrangements in the Caribbean: Developments and Implications" en A. TANZI, A. ASTERITI, R. POLANCO LAZO y P. TURRINI (eds.), *International Investment Law in Latin America: Problems and Prospects/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas* (Brill 2016), pp. 468-496.
- ORELLANA, M., "Medio ambiente y arbitraje de inversiones" en F. SINDICO, R. FERNÁNDEZ EGEA y S. BORRAS PETINANT (eds.) *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una Visión desde Iberoamérica* (CMP Publishing 2011) p. 394.
- PALLARÉS SERRANO, A., "La participación pública en materia de medio ambiente" en A. PIGRAU SOLÉ (Director) *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus* (Atelier 2008) pp. 299-348.
- PAUWELYN, J., "Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law", en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN and J.E.

Fuentes

- VIÑUALES, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (Oxford University Press 2014).
- PETER, C. M. y S. J. MWAKAJE, "Public Participation and the Adoption of Investment Codes: Observation of the Mixed Practice from Tanzania" en E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI y A. KENT (eds) *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes* (Brill/Nijhoff 2021) pp. 148-174.
- PIGRAU SOLÉ, A., "Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas", en M. C. MARULLO y F. J. ZAMORA CABOT (eds.) *Empresas y Derechos Humanos: Temas actuales* (Editoriale Scientifica RSL 2018) pp. 27-68.
- RAZZAQUE, J., "Information, public participation and access to justice in environmental matters: Rio + 20 appraisal" en S. ALAM (eds), *Routledge Handbook of International Environmental Law* (Routledge 2012).
- SABAHI, B., K. DUGGAL y N. BIRCH, "Principles Limiting the Amount of Compensation" en C. L. BEHARRY (ed.) *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration* (Brill/Nijhoff 2018) pp. 323-346.
- SCHADENDORF, S., "Investor-State Arbitrations and the Human Rights of the Host State's Population: An Empirical Approach to the Impact of Amicus Curiae Submissions" en N. WEISS y J-M. THOUVENIN (eds.) *The Influence of Human Rights on International Law* (Springer 2015) p. 179.
- SCHLEMMER, E. C., "Investment, Investor, Nationality, and Shareholders" en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO y C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press 2008) pp. 49-88
- SCHWARTZ, P., "Principle 16: The Polluter-Pay Principle" en J. E. VIÑUALES (ed) *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (Oxford University Press 2015) p. 433.
- TITI, C., "Police Powers Doctrine and International Investment Law" en A. GATINNI, A. TANZI y F. FONTANELLI (eds.) *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (Brill 2018) pp. 323-343.
- TITI, C., "Recent Developments in International Investment Law" in M. BUNGENBERG et. al. (eds.) *European Yearbook of International Economic Law 2018* (Springer 2018) pp. 383-403.
- TYENHAARA, K. y T. TUCKER, "Regulating foreign investment: Methanexrevisited" en C. L. LIM, *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (Cambridge University Press 2016) pp. 255-288.
- TYENHAARA, K., "Does the Green Economy Need Investor-State Dispute Settlement?" en K. MILES (ed), *Research Handbook on Environment and Investment Law* (Edward Elgar 2019) pp. 292-311.
- TYENHAARA, K., "Does the Green Economy Need Investor-State Dispute Settlement?" en K. MILES (ed), *Research Handbook on Environment and Investment Law* (Edward Elgar 2019) pp. 292-311.

Fuentes

- VIÑUALES, J. E. y M. J. LANGER, "Foreign Investment in Latin America: Between Love and Hatred" en C. AUROI y A. HELG, *Latin America 1810-2020: Dreams and Legacy* (Imperial College Press 2011) p. 319-358.
- VIÑUALES, J. E., "Sovereignty in Foreign Investment Law" en J. E. VIÑUALES, Z. DOUGLAS and J. PAUWELYN (eds.) *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (Oxford University Press 2014) p. 318.
- VIÑUALES, J. E., "Foreign Direct Investment: International Investment Law and Natural Resource Governance" en E. MORGERA y K. KULOVESI, *Research Handbook on International Law and Natural Resources* (Edward Elgar 2016) pp. 26-45.
- VIÑUALES, J. E., "Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play" en K. MILES (ed) *Research Handbook on Environment and Investment Law* (Edward Elgar 2019).
- VIÑUALES, J. E., "Sustainable Development in International Law" en L. RAJAMANI y J. PEEL (eds.) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2nd ed. Oxford University Press 2021).
- WELLS, L. T., "Backlash to Investment Arbitration: Three Causes" en M. WAIBEL et. al. (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) p. 341.

6.3. Artículos de revista

- ABDOULI, M. y S. HAMMAMI, "Investigating the Causality Links between Environmental Quality, Foreign Direct Investment and Economic Growth in MENA Countries" (2017) *International Business Review* Vol. 26, No. 2, p. 264.
- ABEL, P., "Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration" (2018) *Brill Open Law* No. 1, pp. 61-90.
- ACOSTA, A., "Extractivismo y neoextractivismo: Dos caras de la misma maldición" (2011) *Más allá del Desarrollo*, pp. 83-121.
- ALI, A., et. al., "Influence of FDI on environmental pollution in selected Arab countries: a spatial econometric analysis perspective" (2020) *Environmental Science and Pollution Research*.
- AMIRANTE, D., "Del estado de derecho ambiental al Estado del Antropoceno. Una mirada a la historia del constitucionalismo medioambiental" (2020) *Revista general de derecho público comparado* Vol. 28 p. 423182.
- ANKERSMIT, L., "Achmea: ¿El comienzo del fin de la ISDS en y con Europa?" (24 April 2018) *Investment Treaty News* No. 1, Tomo 9, pp. 3-6.
- ARELLANO, J., "Resurgimiento minero en Perú ¿una versión moderna de una vieja maldición? (2008) *Colombia Internacional* Vol. 67, pp. 60-83.
- ARIAS OSPINA, F., "Dinámica del derecho a la no-intervención en América del siglo XIX" (2013) *Derecho, Constitución y Justicia* No. 36, p. 189-204.

Fuentes

- AUST, V., A. I. MORAIS y I. PINTO, "How does foreign direct investment contribute to Sustainable Development Goals? Evidence from African countries" (2020) *Journal of Cleaner Production* Vol. 245, No. 118823.
- AVILA, A. y L. E. AVILA ROMERO, "Las nuevas Zonas Económicas Especiales en México: despojo agrario y resistencia campesina" (2017) *Revista Nera* Vol. 20, No. 40, pp. 138-162.
- BALTAG, C., "The Role of *Amici Curiae* in Light of Recent Developments in Investment Treaty Arbitration: Legitimizing the System?" (2020) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 35, No. 1-2, pp. 279-310.
- BARKLEM, C. y E. A. PRIETO-RÍOS, "The Concept of "Indirect Expropriation", its appearance in the international system and its effects in the regulatory activity of governments" (2011) *Civilizar* [online] Vol. 11, No. 21, pp. 77-98.
- BARRET, J., "The United Kingdom and Parliamentary Scrutiny of Treaties: Recent Reforms" (2011) *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 60, pp. 225-245.
- BEHARRY, C. L. y M. E. KURITZKY, "Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration" (2015) *American University International Law Review* Vol. 30, No. 3, p. 383.
- BERNARDINI, P., "Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests" (2017) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 1, pp. 38-57.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N., M. DIETRICH BRAUCH, A. COSBEY, M. B. TORAO GARCIA, I. GERASIMCHUCK, E. PETROFSKY, T. POTASKAEVI, L. SANCHES, Y. TOUCHETTE, "Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation: Aligning International Investment Law with the Urgent Need for Climate Change Action" (2019) *Journal of International Arbitration* Vol. 36, No. 1, pp. 7-35.
- BOKPIN, G. A., "Foreign Direct Investment and Environmental Sustainability in Africa: The Role of Institutions and Governance" (2017) *Research in International Business and Finance* Vol. 39, p. 239.
- BROWER, C. N., y J. B. TEPE, Jr., "The Charter of Economic Rights and Duties of States: A Reflection or a Rejection of International Law?" (1975) *International Lawyer* Vol. 9, No. 2, p. 295.
- BUNGE, T., "Strategic Environmental Assessment: The Term "Plans and Programmes" as Interpreted by the European Court of Justice (2019) *Environmental Law Network International Review* No. 19, pp. 2-9.
- BURGENBERG, M. y A. HAZARIKA, "The European Union's trade and investment policy in Asia: new challenges and opportunities in a changing global environment- or: following individual roadmaps" (2017) *Asia Europe Journal* Vol. 15, pp. 377-397.
- CAHIN, G., "La clause de couverture (dite umbrella clause)" (2015) *Revue Générale de Droit International*, pp. 103-144.

Fuentes

- CAI, X., Y. LI, M. WU y L. YU, "Does environmental regulation drive away inbound foreign direct investment? Evidence from a quasi-natural experiment in China" (2016) *Journal of Development Economics* Vol. 123, p. 73.
- CARDESA-SALZMAN, A. y A. PIGRAU SOLÉ, "La agenda 2030 y los objetivos para el desarrollo sostenible: una mirada crítica sobre su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental" (2017) *Revista Española de Derecho Internacional* Vol. 69, No. 1, pp. 279-285.
- CHAISSÉ, J. y S. HAMANAKA, "The "Noddle Bowl Effect" of Investment Treaties in Asia: The Phenomenon, the Problems, the Practical Solutions" (2018) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 33, No. 2, pp. 501-524.
- CHAN, A. T. y B. K. CRAWFORD, "The puzzle of public opposition to TTIP in Germany" (2017) *Business and Politics* Vol. 19, Special Issue: The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) pp. 683-708.
- CHIMNI, B. S., "Third World Approaches to International Law: A Manifesto" (2006) *International Community Law Review* Vol.8, No. 3.
- CHOUDHURY, B., "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?" (2008) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol. 41, p. 775.
- CHUNG, S., "Environmental Regulation and Foreign Direct Investment: Evidence from South Korea" (2014) *Journal of Development Economics* Vol. 108, p. 222.
- CORDONNIER SEGGER, M.-C., S. KHALFAN, M. GEHRING y M. TOERING, "Prospects for Principles of International Sustainable Development Law after the WSSD: Common but Differentiated Responsibilities, Precaution and Participation" (2003) *Review of European Comparative and International Environmental Law* Vol. 12, No. 1, p. 54.
- COSAC, S., "New trends in international arbitration in relation with the "Fork-in-the-road" Principle" (2016) *Romanian Arbitration Journal* Vol. 48, No. 3, pp. 48-58.
- COTULA, L. y L. MOUAN, "Labour Rights in Special Economic Zones: Between Unilateralism and Transnational Law Diffusion" (2021) *Journal of International Economic Law* Vol. 24, No. 2, pp. 341-360.
- COTULA, L., "Democracy and International Investment Law" (2017) *Leiden Journal of International Law* Vol. 30, pp. 351-382.
- COTULA, L., "Investment Contracts and International Law: Charting a Research Agenda" (2020) *European Journal of International Law* Vol. 31, No. 1, pp. 353-368.
- COTULA, L., "Reconciling regulatory stability and evolution of environmental standards in investment contracts: Towards a rethink of stabilization clauses" (2008) *The Journal of World Energy Law & Business* Vol. 1, No. 2, pp. 158-179.
- COTULA, L., "Stabilization Clauses and the Evolution of Environmental Standards in Foreign Investment Contracts" (2007) *Yearbook of International Environmental Law* Vol. 17, No. 1, pp. 111-138.

Fuentes

- CRAIG, P., "Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review" (1998) *The Cambridge Journal of Law* Vol. 57, No. 1, pp. 63-90.
- CRAWFORD, J., "Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility" (2010) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* Vol. 25, No. 1, pp. 127-199.
- DADA KAREEM, S., F. KARI, G. MAHABUBUL ALAM, G.O. MAKUA CHUKWU, M. OKE DAVID y O. KUNLE OKE, "Foreign Direct Investment and Environmental Degradation of Oil Exploitation: The Experience of Niger Delta" (2012) *The International Journal of Applied Economics and Finance* Vol. 6, p. 117.
- DAHR, B., J. K. REJI y T. C. JAMES, "India's Bilateral Investment Agreements: Time to Review" (2012) *Economic & Political Weekly*, Vol. 47, No. 52, pp. 113-122.
- DAM-DE JONG, D. y S. WOLTERS, "Through the Looking Glass: Corporate Actors and Environmental Harm Beyond the ILC" (2020) *Goettingen Journal of International Law* Vol. 10, No. 1, pp. 111-149.
- DAM, L. y B. SCHOLTENS, "The Course of the Heaven: The Impact of Multinational Enterprise on Environmental Regulation" (2012) *Ecological Economics* Vol. 78, p. 148.
- DAVIES, H., "Investor-State Dispute Settlement and the Future of the Precautionary Principle" (2016) *British Journal of American Legal Studies* Vol. 5, No. 2, pp. 449-486.
- DAVIES, R. B. y K. CHAITANYA VADLAMANNATI, "A race to the bottom in labor standards? An empirical investigation" (2013) *Journal of Development Economics* Vol. 103, p. 1.
- DE BRANDEBERE, E., y P. B. MIRANDA DA CRUZ, "The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective" (2020) *Nordic Journal of International Law* Vol. 89, pp. 471-491.
- DE MURARD, S., "The Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation: A model to steer international law toward renewable energy investment and the low-carbon transition" (2020) *Investment Treaty News* Vol. 2, No. 11, pp. 24-29.
- DE SWART, F., "The Use of Mailbox Companies in International Investment Arbitration" (2015) *European Company Law* Vol. 12, No. 1, pp. 19-25.
- DODGE, W. S., "National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter Eleven of NAFTA" (2000) *Hastings International and Comparative Law Review* Vol. 23, No. 3, pp. 358-384.
- DOLZER, R. y F. BLOCH, "Indirect Expropriation: Conceptual Realignments?" (2003) *International Law FORUM Du Droit International* Vol. 5, No. 3, pp. 155-165.
- DONAUBAUER, J., E. NEUMAYER y P. NUNNNENKAMP, "Winning or losing in investor-to-state dispute resolution: The role of arbitrator bias and experience" (2018) *Review of International Economics* Vol. 26, No. 4, pp. 892-916.

Fuentes

- DONOSO BUSTAMANTE, A. C., "Análisis de derecho comparado. Las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)" (2011) *Ius Humani. Revista de Derecho* Vol. 2, p. 159.
- DOYTCH, N. y M. UCTUM, "Globalization and the environmental impact of sectoral FDI" (2016) *Economic Systems* Vol. 40, No. 4, p. 582.
- DUYCK, S. y E. LENNON, "National Human Rights Institutions and the 2018 Talanoa Dialogue: showcasing that climate action should be human rights-based" (2018) *Deutsches Institut für Menschenrechte* Vol. 21, p. 1.
- DUYCK, S., "Promoting the Principles of the Aarhus Convention in International Forums: The Case of the UN Climate Change Regime" (2015) *Review of European Community and International Environmental Law* Vol. 22, No.4, pp. 123-138.
- EATON, J. P., "The Nigerian Tragedy, Environmental Regulation of Transnational Corporations, and the Human Right to a Healthy Environment" (1997) *Boston University International Law Journal* Vol. 15, p. 261.
- EBBENSSON, J., "Public Participation and Privatisation in Environmental Matters: An Assessment of the Aarhus Convention" (2011) *Erasmus Law Review* Vol. 4, No. 2, pp. 71-89.
- EBERT, B. P., "Forum Shopping, Treaty Shopping, Nationality Planning, and International Investment Law: Quo Vadis" (2018) *Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches Recht* Vol. 41, pp. 27-29.
- EL KADY, H. y M. DE GAMA, "The Reform of the International Investment Regime: An African Perspective" (2019) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 34, No. 2, pp. 482-295.
- EMRE, Y., "A refusal reason of recognition and enforcement of foreign arbitral awards: public policy" (2019) *Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu* Vol. 56, No. 2, pp. 503-524.
- FAJARDO MENDOZA, P., "El precio de la riqueza. Caso Chevron-Texano" (2013) *Revista Electrónica del ICIP* Vol. 18, sin página <<http://www.icip-perlapau.cat/revista-cas/numero-18-noviembre-2013/el-precio-de-la-riqueza-caso-chevron-texaco.htm>>.
- FALK, R., "The New States and International Legal Order" (1966) *Collected Courses of the Academy of International Law* Vol. 118, p. 1.
- FARRUGIA, B., "The Human Right to Water: Defences to Investment Treaty Violations" (2015) *Arbitration International* Vol. 31, p. 261.
- FELDMAN, R. M., et. al. "Within-tree life process models of the southern pine beetle, *dendroctonus frontalis*" (1981) *Ecological Modelling* Vol. 13, No. 4, pp. 247-259.
- FERNÁNDEZ PONS, X., "La propuesta de la Unión Europea relativa a un impuesto sobre el carbono en frontera y su compatibilidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio" (2020) *Revista de educación y derecho* No. 21, pp. 1-24.

Fuentes

- FERNÁNDEZ PONS, X., R. POLANDO y R. TORRENT, "CETA on Investment: The Definitive Surrender of EU Law of GATS and NAFTA/BITS" (2017) *Common Market Law Review* Vol. 54, pp. 1319-1358.
- FOLADORI, G. y H. TOMMASINO, "El concepto de desarrollo sostenible treinta años después" (2000) *Desenvolvemento e Meio Ambiente* Vol. 1, p. 41.
- FRANK, S. D., "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions" (2005) *Fordham Law Review* Vol. 73, No. 4, p. 1521.
- FUENTE CARRASCO, M. E., "La economía ecológica: ¿un paradigma para abordar la sustentabilidad?" (2008) *Argumentos* Vol. 21, No. 56, pp. 75-99.
- GARCÍA TERUEL, M., "Apuntes de Economía Ecológica" (2003) *Boletín Económico de ICE* No. 2767, pp. 69-75.
- GASKINS JR, W. C., "Exhaustion Requirements and Dispute Resolution Reform in Bilateral Investment Treaties" (2021) *Georgia Journal of International and Comparative Law* Vol. 49, No. 2, pp. 371-406.
- GE, Y., Y. HU y S. REN, "Environmental Regulation and Foreign Direct Investment: Evidence from China's Eleventh and Twelfth Five-Year Plans" (2020) *Sustainability* Vol. 12, Issue 6, p. 2528.
- GEHNE, K. y R. BRILLO, "Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment" (2017) *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Vol. 143, p. 5.
- GIARDINA, A., "International Investment Arbitration: Recent Developments as to the Applicable Law and Unilateral Recourse" (2006) *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* Vol. 5, No. 1, pp. 29-39.
- GINGSBURG, R., "Political Risk Insurance and Bilateral Investment Treaties: Making the Connection" (2013) *The Journal of World Investment and Trade* Vol. 14, No. 6, pp. 943-977.
- GOODMAN, R. E. M. y Y. PARKHOMENKO, "Does the Chorzow Factory Standard Apply in Investment Arbitration? A Contextual Reappraisal" (2017) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 2, pp. 304-325.
- GORDON, K., "Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development" (2008) *OECD Investment Policy Perspectives*, pp. 101-102.
- GOSIS, D. B., "Lessons on Damages: Minutes of the OGEMID Virtual Symposium on Damages in Investment Arbitration" (2018) *Transnational Dispute Management* Vol. 1 <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2522>.
- GRANT, K., "ICSID's Reinforcement: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration" (2016) *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 52, No. 3, pp. 1115-1150.
- GREEN MARTÍNEZ, S., "Taxation Measures under the Energy Charter Treaty after the Yukos Awards Articles 21(1) and 21(5) Revisited" (2019) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* Vol. 34, No. 1, pp. 85-106.

Fuentes

- GREENBERG, J., "ICSID tribunal orders Zimbabwe to return expropriated farms" (2016) *Investment Treaty News* Vol. 7, No. 2, p. 20.
- GUILOFF TITIUN, M., "La expropiación regulatoria: una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena" (2018) *Ius et Praxis versión on-line* Vol. 24, no. 2, s.p. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200621>.
- HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, "Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Persons or Property of Foreigners" (1929) *American Journal of International Law Special Supplement* No. 133, 169-173.
- HASSABALLA, H. "Testing for Granger Causality Between Energy Use and Foreign Direct Investment Inflows in Developing Countries" (2014) *Renewable and Sustainable Energy Reviews* Vol. 31, p. 417.
- HERSHEY, A. S., "Calvo and Drago Doctrines" (1907) *American Journal of International Law* Vol. 1, No. 1, pp. 26-45.
- HÖSLI, A., "Milieudéfensie et. Al., v. Shell: A Tipping Point in Climate Change Litigation against Corporations?" (2021) *Climate Law* Vol. 11, No. 2, pp. 195-209.
- ICSID, "Model Clauses Recording Consent for Settlement of Investment Disputes" (1968) *International Law Materials* Vol.7, No. 1159, pp. 5-6.
- JACKSON, J. H., "Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept" (2003) *American Journal of International Law* Vol. 97, No. 4, p. 782.
- JIMENEZ, D., "The Enforcement of International Arbitral Awards" (2016-2017) *Ateneo Law Journal* Vol. 61, Special Issue, pp. 55-73.
- JORGENSON, A. K., "Does Foreign Investment Harm the Air we Breathe and the Water We Drink? A Cross-National Study of Carbon Dioxide Emissions and Organic Water Pollution in Less-Developed Countries, 1975 to 2000" (2007) *Organization & Environment* Vol. 20, No. 2, p. 137.
- KARDOS, M., "The Relevance of Foreign Direct Investment for Sustainable Development" (2014) *Procedia Economics and Finance* Vol. 15, p. 1349.
- KARL, J., "The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad" (1996) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 11, No.1, pp. 1-36.
- KENDRA, T., "State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life?" (2013) *Arbitration International* Vol. 29, No. 4, pp. 575-606.
- KHEDER, S. B. y N. ZUGRAVU, "Environmental Regulation and French Firms Location Abroad: An Economic Geography Model in an International Comparative Study" (2012) *Ecological Economics* Vol. 77, p. 48.
- KLODT, H. y S. LANG, "Treaty Shopping beim Investorenschutz" (2015) *Analysen und Berichte: Handelspolitik*, p. 7.
- KONISKY, D. M., "Regulatory Competition and Environmental Enforcement: Is There a Race to the Bottom?" (2007) *American Journal of Political Science* Vol. 51, p. 853.

Fuentes

- KÖNNET, B. R., "Inadequate Monitoring and Enforcement in the Nigerian Oil Industry: The Case of Shell and Ogoniland" (2014) *Cornell International Law Journal* Vol. 11, p. 181.
- KOSTAKIS, S. LOLOS y E. SARDIANOU, "Foreign Direct Investment and Environmental Degradation: Further Evidence from Brazil and Singapore" (2017) *Journal of Environmental Management and Tourism* Vol. 8, No. 1, pp. 45-59.
- KOTZÉ, L., "Earth System Law: The Juridical Dimensions of Earth System Governance" (2019) *Earth System Governance* Vol. 1, pp. 1-12.
- KUNOY, B., "The Notion of Time in ICSID's Case Law on Indirect Expropriation" (2006) *Journal of International Arbitration* Vol. 23, Vol. 4. Pp. 337-349.
- KUZNETSOV, A. V., "The limits of contractual stabilization clauses for protecting international oil and gas investments examined through the prism of the Sakhalin-2 PSA: Mandatory Law, the Umbrella Clause, and the Fair and Equitable Treatment Standard" (2014) *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* Vol. 22, p. 223.
- LAMM, C. B., B. K. GREENWALD y K. M. YOUNG, "From World Duty Free to Metal-Tech: A review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption" (2014) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 29, No. 2, pp. 328-349.
- LÉLÉ, S., "Sustainable Development: A Critical Review" (1991) *World Development* Vol. 19, No. 6, pp. 607-621.
- LESNIEWSKA, F. y L. SIEGELE, "The Tanaloe Dialogue: A Crucible to Spur Ambitious Global Climate Action to Stay Within the 1.5° Limit" (2018) *Carbon & Climate Law Review Special Issue: Legal Aspects of the 1.5°C Target* Vol. 12, No. 1, p. 41-49.
- LEVASHOVA, Y., "The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgression in Host States through International Investment Law" (2018) *Utrecht Law Review* Vol. 14, No. 2, pp. 40-55.
- LÉVESQUE, C., "Abaclat and Others v. Argentine Republic: The Definition of Investment" (2012) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 27, No. 2, pp. 247-254.
- LÉVESQUE, C., "Investor-State Arbitration Under Nafta Chapter 11: What Lies Beneath Jurisdictional Challenges" (2002) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 17, no. 2, pp. 320-379.
- LEVINE, C., "Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation" (2011) *Berkeley Journal of International Law* Vol. 29, No. 1, p. 200.
- LIU, H. y H. KIM, "Ecological Footprint, Foreign Direct Investment, and Gross Domestic Production: Evidence of Belt & Road Initiative Countries" (2018) *Sustainability* Vol. 10, Issue 10, p. 3527.
- MACCHI, C. y J. VAN ZEBEN, "Business and human rights implications of climate change litigation: *Milieudefensie et. al. V. Royal Dutch Shell*" (2021) *Review*

Fuentes

- of European, Comparative and International Environmental Law* Vol. 30, No. 3, pp. 409-415.
- MANNING-CABROL, D., "The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors" (1995) *Law and Policy in International Business* Vol. 26, no. 4, p. 1169-1200.
- MARTINEZ ALIER, J., "La crisis económica vista desde la economía ecológica" (2008) *Ecología política* No. 36 Crisis económica y financiera: la respuesta ecológica y solidaria, pp. 23-32.
- MBENGUE, M. M. y S. SCHACHERER, "The "Africanization" of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime" (2017) *The Journal of World Investment & Trade* Vol. 18, No. 3, pp. 414-448.
- MEDICI COLOMBO, G., "El Acuerdo de Escazú: La implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe" (2018) *Revista Catalana de Dret Ambiental* Vol. IX, No. 1, pp. 1-66.
- MENAKER, A. J., "The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations" (2010) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 25, No. 1, pp. 67-75.
- MERE, W. E., "Recent trend towards a balanced business and human rights responsibility in investment treaties and arbitration" (2020) *Homa Publica – Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas* Vol. 4, No. 1, e:067 < <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/32596/21774>>.
- MESHEL, T., "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond" (2015) *Journal of International Dispute Settlement* Vol. 6, No. 2, pp. 277-307.
- METZGER, S. D., "Multilateral Conventions for the Protection of Private Foreign Investment" (1960) *Journal of Public Law* Vol. 9, p. 133.
- MICHALOPOULOS, S. y E. HICKS, "Dual Nationality Revisited: A Modern Approach to Dual Nationals in Non-ICSID Arbitration" (2019) *Arbitration International* Vol. 35, No. 2, pp. 121-148.
- MISTURA, A., "Reforzando la Protección Ambiental en el Derecho Internacional de las Inversiones a través de la Incorporación de Principios Internacionales de Responsabilidad Civil" (2019) *Investment Treaty News* Vol. 10, Issue 1, pp. 12-15.
- MOÏSE MBENGUE, M., "Africa's voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law" (2019) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 34, No. 2, pp. 455-481.
- MORAES, H. C. y F. HEES, "Breaking the BIT Mold: Brazil's Pioneering Approach to Investment Agreements" (2018) *American Journal of International Law Unbound* Vol. 112, pp. 197-201.
- MORALES LAMBERTI, A., "La aplicación de los principios emergentes *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua* en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas" (2019) *Revista de la Facultad* Vol. X, No. 2, Nueva Serie II, pp. 217-241.

Fuentes

- MORALES LAMBERTI, A., "La aplicación de los principios emergentes *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas" (2019) *Revista de la Facultad* Vol. X, No. 2, Nueva Serie II, pp. 217-241.
- MOROSINI, F., "Haciendo que el Derecho a Regular en el Derecho de las Inversiones Trabaje para el Desarrollo: Reflexiones de las experiencias de Sudáfrica y Brasil" (2018) *Investment Treaty News* Vol. 9, No. 2, pp. 11-14.
- MOSTAFA, B., "The sole effects doctrine, police powers and indirect expropriation under international law" (2008) *Australian International Law Journal* No. 15, pp- 2167-296.
- MULLEN, S., E. WHITSITT, "ICSID and Legislative Consent to Arbitrate: Questions of Applicable Law" (2008) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 23, no. 2, pp. 92-115.
- MUNIZ, J. P., K. A.N. DUGGAL y L. A.S. PERETTI, "The New Brazilian BIT on Cooperation and Facilitation of Investments: A New Approach in Times of Change" (2017) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 2, pp. 404-417.
- MUTIS TÉLLEZ, F., "Conditions and Criteria For the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law" (2012) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* Vol. 27, No. 2, pp. 434-442.
- NAREDO, J. M., "Economía y sostenibilidad: la economía ecológica en perspectiva" (2002) *Polis* [en línea] Vol. 2.
- NARULA, R. y J. X. ZAHN, "Using Special Economic Zones to Facilitate Development: Policy Implications" (2019) *Transnational Corporations, Special Issue on Special Economic Zones* Vol. 26, No. 2, pp. 1-20.
- NORTON, P. M., "The Role of Precedent in the Development of International Investment Law" (2018) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 33, No. 1, pp. 280-301.
- NUNNENKAMP, P., "Investor-state dispute settlement: Are arbitrators biased in favor of claimants?" (2015) *Kiel Policy Briefs* Vol. 105 <https://www.ifw-kiel.de/fileadmin/Dateiverwaltung/IfW-Publications/-ifw/Kiel_Policy_Brief/Kiel_Policy_Brief_105_.pdf>.
- OLIVARES, A. y J. LUCERO, "Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente" (2018) *Revista Ius et Praxis* Vol. 24, No. 3, pp. 619-650.
- OLNEY, W. W., "A Race to the Bottom? Employment Protection and Foreign Direct Investment" (2010) *Journal of International Economics* Vol. 91, p. 191.
- ORTIZ, P. C., R. A. ALBANEZ BARAHONA, J. F. GARCÍA OCHAETA, "El Gorgojo de Pino, un insecto pequeño pero muy perjudicial" (2019) *Boletín Informativo del Institution Nacional de Bosques de Guatemala* <http://portal.inab.gob.gt/images/boletines/2019/octubre/gorgojo_del_pino.pdf>.
- PALEVICIENE, S., "Consent to arbitration and the legacy of the SPP v. Egypt case" (2014) *Baltic Journal of Law & Politics* Vol. 7, No. 1, pp. 149-162.

Fuentes

- PAO, H. y C. TSAI, "Multivariate Granger Causality Between CO² Emissions, Energy Consumption, FDI (Foreign Direct Investment) and GDP (Gross Domestic Product): Evidence from a panel of BRIC (Brazil, Russian Federation, India and China) Countries" (2011) *Energy* Vol. 36, No. 1, p. 685.
- PARLETT, K., "Claims under Customary International Law in ICSID Arbitration" (2016) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 31, No. 2, pp. 434-256.
- PARRA, A., "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment" (1997) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 12, No. 1, pp. 287-364.
- PAULSSON, J., "Arbitration Without Privity" (1995) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 10, No. 2, pp. 232-257.
- PETSCHÉ, M. A., "The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between Formalistic and Pragmatic Approaches" (2019) *Washington University Global Studies Law Review* Vol. 18, No. 2, pp. 391-428.
- PETSCHÉ, M., "Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Critical Analysis of Arbitral Case Law" (2020) *Journal of International Arbitration* Vol. 37, No. 1, pp. 1-26.
- PIGRAU SOLÉ, A. y A. CARDESA-SALZMANN, "Acciones entrelazadas contra daños ambientales graves: el impacto de Shell en Nigeria" (2013) *Derecho PUCP* No. 70, pp. 218-238.
- PIGRAU SOLÉ, A. y D. IGLESIAS MÁRQUEZ, "The Revised Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights: towards the next round of negotiations" (2019) *ICIP Policy Paper* No. 19.
- PIGRAU SOLÉ, A., "The Texaco-Chevron case in Ecuador: Law and justice in the age of globalization" (2014) *Revista Catalana de Dret Ambiental* Vol. V, No. 1, pp. 1-43.
- PIGRAU SOLÉ, A., "El impacto ambiental y social de las operaciones de Shell en Nigeria" (2013) *Revista Electrónica del ICIP* Vol. 18, sin página <<http://www.icip-perlapau.cat/revista-cas/numero-18-noviembre-2013/el-impacto-ambiental-y-social-de-las-operaciones-de-shell-en-nigeria.htm>>;
- POHL, J. H., "Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?" (2018) *European Constitutional Law Review* Vol. 14, No. 4, pp. 767-791.
- PORTER, G., "Trade Competition and Pollution Standards: "Race to the Bottom" or "Stuck at the Bottom" (1999) *The Journal of Environment and Development* Vol. 8, p. 133.
- PRICE, D. M., "NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve? (2001) *Canadian-United States Law Journal* Vol. 26, p. 107.
- RADI, Y., "Philip Morris v. Uruguay: Regulatory Measures in International Investment Law: To Be or Not to Be Compensated?" (2018) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 33, No. 1, pp. 74-80.

Fuentes

- RAMEAU, R., "The Battle Between Consent and the Principles of Competence-Competence in Investment Arbitration" (2015) *University of Ghana Law Journal* No. 28, pp. 84-102.
- RANJAN, "Using the Public Law concept of proportionality to balance investment protection with regulation in international investment law: A critical appraisal" (2014) *Cambridge Journal of International and Comparative Law* Vol. 3, No. 3, pp. 853-883.
- REN, S., et. al., "International Trade, FDI (Foreign Direct Investment and Embodied CO² Emissions: A Case Study of China's Industry Sectors" (2014) *China Economic Review* Vol. 28, p. 123.
- RICHARDSON, B. J., "Is East Asia Industrializing too Quickly? Environmental Regulation in its Special Economic Zones" (2004) *Pacific Basin Law Journal* Vol. 22, No. 1, pp. 150-244.
- ROCKSTRÖM, J., et. al., "A safe operating space for humanity" (2009) *Nature* Vol. 462, pp. 472-574
- ROCKSTRÖM, J., et. al., "Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity" (2009) *Ecology and Society* Vol. 14, No. 2, p. 32
- ROLLAND, S. E. y D. M. TRUBEK, "Legal Innovation in Investment Law: Rhetoric and Practice in Emerging Countries" (2017) *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 39, No. 2, p. 355-434.
- ROMANETTI, A., "Defining Investors: Who Is Eligible to Claim" (2012) *Journal of International* Vol. 29, No. 3, pp. 231-254.
- ROOT, E. "The Basis of Protection to Citizen's Residing Abroad" (1910) *American Journal of International Law* Vol. 4, p. 517.
- RUSH, G., K. SEQUEIRA y M. SHOPP, "Valuation Techniques for Early-Stage Business in Investor-State Arbitration" in C. L. BEHARRY, *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration* (Brill/Nijhoff 2018).
- RUSSO, J. y R. O. RUSSO, "*In dubio pro natura*: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales" (2009) *Tierra Tropical* Vol. 5, No. 1, pp. 23-32.
- SABAHI, B. y K. DUGGAL, "Occidental Petroleum v Ecuador (2012): Observations on Proportionality, Assessment of Damages and Contributor Fault" (2013) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 28, No. 2, pp. 279-290.
- SABAHI, B. y L. HODER, "Certainty in Recovery of Damages for Losses to New or Incomplete Business- Three Paradigms: Biloune v. Ghana, Gemplus v. Mexico, and Siag v. Egypt" (2016) *Journal of Damages in International Arbitration* Vol. 3, No. 2, p. 97.
- SALACUSE, J. W., "From Developing Countries to Emerging Markets: A Changing Role for Law in the Third World" (1999) *International Lawyer* Vol. 33, No. 4, p. 875.
- SÁNCHEZ, F. y A. VALDERRAMA, "La soberanía permanente sobre los recursos naturales: orígenes y contenidos" (1981) *Anuario Español de Derecho Internacional* Vol. 5, pp. 3-41.

Fuentes

- SAPKOTA, P. y U. BASTOLA, "Foreign direct investment, income and environmental pollution in developing countries: Panel data analysis of Latin America" (2017) *Energy Economics* Vol. 64, p. 206.
- SCHREUER, C., "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration" (2005) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* Vol. 4, No. 1, p. 1-17.
- SCHWARZENBERGER, G., "The Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad: A Critical Commentary" (1961) *Current Legal Problems* Vol.21, No. 1, p. 230.
- SHAHBAZ. M. et. al., "Does foreign direct investment impede environmental quality in high-, middle-, and low-income countries?" (2015) *Energy Economics* Vol. 51, p. 275.
- SILAYAN, A., "Equitable Distribution of CDM projects among developing countries" (2005) *Hamburg Institute of International Economics Report* No. 255, p. 57 < <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/32938/1/497849976.pdf>>.
- SIMMA, B., "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?" (2011) *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 60, No. 3, pp. 573-596.
- SIMMA, B., y D. PULKOWSKI, "Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law" (2006) *European Journal of International Law* Vol. 17, No. 3, pp. 483-529.
- SINCLAIR, A., "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection" (2004) *Arbitration International* Vol. 20, No. 4, pp. 411-434.
- SORNARAJAH, M., "Portfolio Investments and the Definition of Investment" (2009) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* Vol. 24, No. 2, pp. 516-520.
- SOURGENS, F. G., "Keep the Faith: Investment Protection Following the Denunciation of International Investment Agreements" (2013) *Santa Clara Journal of International Law*, pp. 335-396.
- STEFFEN, W., K. RICHARDSON, J. ROCKSTRÖM, S. H. CORNELL, I. FETZET, E. M. BENNET, R. BIGGS y S. R. CARPENTER, "Planetary boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet" (2015) *Science* Vol. 347, No. 736, p.1259855.
- STERN, B., "In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation" (2007) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* Vol. 1, pp. 29-52.
- STREET, J. H., "Los ajustes de la América latina ante la crisis de la OPEP y la recesión mundial" (1979) *El Trimestre Económico* Vol. 46, No. 182, pp. 867-888.
- SUPAPA, R., "Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador: Enforcing Economic Stability Guarantees through an Umbrella Mechanism: "Caveat Upstream Petroleum Investor?" (2017) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 2, pp. 275-286.
- TAMBURINI, F., "Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?" (2002) *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* No. 24, p. 81-101.

Fuentes

- TAMS, C., "An Appealing Option? The Debate About an ICSID Appellate Structure" (2006) *Essays in Transnational Economic Law* No. 57 <<http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft57.pdf>>.
- TIGABU MENGIE, L., "Host States' Police Power and the Proportionality Test in International Investment Arbitration" (2016) *Jimma University Journal of Law* Vol. 8, pp. 81-89.
- TRUJILLO BAUTISTA, J. M., "El ejido, símbolo de la revolución mexicana" (2015) *Estudios Agrarios* no. 58, p. 125.
- TURINOV, A., "Investment and Investor in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction" (2009) *Journal of International Arbitration* Vol. 26, No. 1, pp. 1-4.
- VANDEVELDE, K. J., "Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties" (1998) *Columbia Journal of Transnational Law* Vol. 36, No. 3, p. 501.
- VIEIRA MARTINS, J. H., "Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil y Últimos Avances" (2017) *Investment Treaty News* Vol. 8, No. 2, p. 10.
- VIÑUALES, J. E., "Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments" (2017) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* Vol. 32, No. 2, p. 361.
- VIÑUALES, J. E., "The Resource Curse: A Legal Perspective" (2011) *Global Governance* No. 17, pp. 197-212.
- VIÑUALES, J. E., "The Rise and Fall of Sustainable Development" (2013) *Review of Comparative and International Environmental Law* Vol. 22, No. 1, pp. 3-13.
- WEBER, J. y C. TITI, "UNCTAD's Roadmap for IIA Reform of Investment Dispute Settlement" (2015) *New Zealand Business Law Quarterly* Vol. 21, No. 4, pp. 319-327.
- WOOD, T., "State Responsibility for the Acts of Corrupt Officials: Applying the "Reasonable Foreign Investor" Standard" (2018) *Journal of International Arbitration* Vol. 35, No. 1, pp. 103-117.
- YVES FORTIER, L. y S. L. DRYMER, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor" (2016) *Asia Pacific Law Review* Vol. 13, No. 1, pp. 79-110.
- ZAMIR, N., "The Police Powers Doctrine in International Investment Law" (2017) *Manchester Journal of International Economic Law* Vol. 14, No. 3, pp. 318-337.
- ZHANG, Q., "Analysis of the Impacts on Sustainable Development by Investment Regulations in the Energy Charter Treaty" (2015) *The Journal of World Energy Law & Business* Vol. 8, p. 542.
- ZHU, Y., "Do clarified indirect expropriation claims in international investment treaties preserve environmental regulatory space?" (2019) *Harvard International Law Journal* Vol. 60, no. 2, pp. 377-416.

6.4. Tesis doctorales

Fuentes

- DE ARMENTERAS CABOT, M., "Justicia Intergeneracional, Derecho y litigio climático", Tesis doctoral (Universitat Rovira i Virgili/Universitat de Barcelona 2021).
- PIGRAU SOLÉ, A., "El principio de igualdad de participación de los países en desarrollo en las relaciones económicas internacionales" Tesis doctoral (Universitat de Barcelona 1989).
- PRELLER BORQUEZ, S., "The Strategic Use of Sustainable Development to Adequately Address Social and Environmental Issues in Disputes Involving Transnational Companies", Tesis Doctoral (Universitat Pompeu Fabra 2020).
- SEPÚLVEDA, C., *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo*, Tesis doctoral (Universidad Nacional Autónoma de México 1944).
- VILLAVICENCIO CALZADILLA, P. M., "La contribución al desarrollo sostenible del Mecanismo de Desarrollo Limpio" Tesis Doctoral (Universitat Rovira i Virgili 2013) p. 368.

6.5. Recursos electrónicos

- "RCEP" (June 2018) [bilaterals.org <https://www.bilaterals.org/rcep?lang=en>](https://www.bilaterals.org/rcep?lang=en).
- "Resource Contracts" (sin fecha) www.resourcecontracts.org.
- AK Europa, "Study ASSESS TISA" (26 February 2018) *bilaterals.org* [<https://www.bilaterals.org/?study-assess-tisa&lang=en>](https://www.bilaterals.org/?study-assess-tisa&lang=en).
- AMADO, J. D., "From Investor's Arbitration to Investment Arbitration: A Mechanism for Allowing the Participation of Host State Populations in the Settlement of Investment Conflicts" (2014) *Legal Research Studies of the University of Cambridge Paper No. 8/2014* [< https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2385776 >](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2385776).
- ANKERSMIT, L. y L. HUGHES, "Implications of Achmea: How the Achmea Judgement Impact Investment Agreements with Non-EU Countries" (CIEL and ClientEarth 2018) [<https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/04/Implications-of-Achmea.pdf >](https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/04/Implications-of-Achmea.pdf).
- ARCURI, A., F. MONTANARO y F. VIOLI, "Proposal for a Human-Rights Compatible International Investment Agreement: Arbitration for All" (2018) [< https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission2.pdf >](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission2.pdf).
- AVACCINI, A., "Statement on the modernization of the Energy Charter Treaty" (3 November 2020) [< https://www.annacavazzini.eu/statement-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>](https://www.annacavazzini.eu/statement-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/).
- BALIÑO, S., "With RCEP Agreement signed, eyes turn to interactions among trade deals in the Asia-Pacific region" (25 November 2020) *IISD Commentary* [< https://sdg.iisd.org/commentary/policy-briefs/with-rcep-agreement-signed-eyes-turn-to-interactions-among-trade-deals-in-the-asia-pacific-region/>](https://sdg.iisd.org/commentary/policy-briefs/with-rcep-agreement-signed-eyes-turn-to-interactions-among-trade-deals-in-the-asia-pacific-region/).
- BARTELS, L., "Human Rights, Labour Standards and Environmental Standards in CETA" (2017) *Legal Studies Research of the University of Cambridge Paper no. 13/2017*.

Fuentes

- BLANKE, G., "India's Revised Model BIT: Every bit worth it!" (2016) *Kluwer Arbitration Blog* <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/20/indias-revised-model-bit-every-bit-worth-it/>>.
- BONNITCHA, J. y S. BREWIN, "Compensation under Investment Treaties" (November 2020) *IISD Best Practices Series*, p. 1 <<https://www.iisd.org/system/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf>>.
- Carta del Hon Steven Ciobo MP, Ministro de Comercio, Turismo e Inversión dirigida al Hon. Idelfonso Guajardo Villarreal, Secretario de Economía de México (8 marzo de 2018) <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/314878/3._AU-MX_IPPA_Termination_SPA.pdf>.
- Carta del Secretario Idelfonso Guajardo Villarreal, Secretario de Comercio de México, dirigida al Hon Steven Ciobo MP, Ministro de Comercio, Turismo e Inversión, Canberra Australia (8 marzo 2018) https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/314880/3._MX-AU_IPPA_Termination_SPA.pdf.
- CASAS, M., "Denunciation of ICSID Convention" (2021) *Jus Mundi* <<https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-denunciation-of-icsid-convention>>.
- CCSI, "Open Land Contracts" (sin fecha) <www.openlandcontracts.org>.
- CCSI, "Recommending Transparency in Land-based Investment: A summary of Relevant Guidelines and Principles" (March 2016) <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/03/2016-03-11-Transparency-Guidelines_FINAL.pdf>.
- CIADI, "Acerca del CIADI" (sin fecha) <<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>>.
- COLCLOUGH, C., "TiSA- Foul Play" (9 July 2017) *bilaterals.org* <<https://www.bilaterals.org/?tisa-foul-play&lang=en>>.
- Columbia Center on Sustainable Investment and United Nations Human Rights Special Procedures, "Impacts of the International Investment Regime on Access to Justice", *Roundtable Outcome Document* (September 2018).
- COTULA, L., "Investment treaties and citizen's power: lessons from experience" (7 September 2015) *IIED blogs* <<http://www.iied.org/investment-trade-citizens-power-lessons-experience>>.
- DAVATI, D., K. GREENMAN y N. TZOUVALA "Submission to the United Nations Forum on Business and Human Rights. Crowd-Drafting: Designing a Human Rights-Compatible International Investment Agreement" (November 2018) <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission6.pdf>>.
- DELIMATISIS, P., "TTIP, CETA and TiSA Behind Closed Doors: Transparency in the EU trade Policy" (2016) *TILEC Discussion Paper*, Tilburg University, p. 24.
- DFC, U.S. International Development Finance Corporation <<https://www.dfc.gov/our-impact/impact-quotient-ig>>.

Fuentes

- Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica 23.4, actualización 2020.
- EITI, "The global standard for the good governance of oil, gas and mineral resources" (sin fecha) < <https://beta.eiti.org> >
- EJATLAS, "Pacific Rim at El Dorado mine, El Salvador" (17 June 2018) < <https://ejatlas.org/conflict/el-dorado-el-salvador>>.
- FOUCHARD, C. y M. KRESTIN, "The Judgement of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea- A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!" (7 March 2018) *Kluwer Arbitration Law* <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>>.
- GAMBOA LEÓN, P., "Elementos necesarios para la correcta configuración del emergente principio *in dubio pro natura*" (2021) *USFQ Law Working Papers 2020/03*.
- GEHNE, K. y R. BRILLO, "Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment" (2014) *Swiss National Centre of Competence in Research Working Paper* no. 2013/46 https://www.wti.org/media/filer_public/c7/83/c783ecf8-11cf-4e3c-88c4-6214f8f7b51e/stab_clauses_final_final.pdf.
- GFMD, "Civil Society Days Briefing Paper on the 2030 sustainable development agenda" (sin fecha) <https://www.cordaid.org/media/medialibrary/2015/10/GFMD_Civil_Society_Days_Briefing_Paper_on_the_2030_sustainable_development_agenda.pdf>.
- GOLUB, S., C. KAUFFMANN y P. YERES, "Defining and Measuring Green FDI: An Exploratory Review of Existing Work and Evidence" (2011) *OECD Working Papers on International Investment* No. 2011/02 < <http://dx.doi.org/10.1787/5kg58j1cvcvk-en>> p. 13.
- GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT, "RWE v. Kingdom of the Netherlands" < https://climate-laws.org/geographies/international/litigation_cases/rwe-v-kingdom-of-the-netherlands>
- GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT, "Uniper v. Netherlands" < https://climate-laws.org/geographies/international/litigation_cases/uniper-v-netherlands>.
- GUNTRIP, E., "A Host-State Human Rights Counterclaim in Investment Arbitration" (November 2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission7.pdf>>.
- HARRISON, J., "The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties" (2012) *The Journal of World Investment & Trade* Vol. 13, No. 6, pp. 928-950.
- HO, J., "State Responsibility for Breaches of Investment Contracts" (2017) *United Nations Audiovisual Library of International Law*, Codification Division, Office of Legal Affairs.

Fuentes

- IAREPORTER, "Arbitrators selected to hear Billion-Dollar Treaty Claim by Vattenfall arising out of Germany's Phase-Out of Nuclear Power Generation" (2 January 2013) < <https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-selected-to-hear-billion-dollar-treaty-claim-by-vattenfall-arising-out-of-germanys-phase-out-of-nuclear-power-generation/>>
- IFC, E&S Performance Standards
<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Sustainability-At-IFC/Policies-Standards/Performance-Standards/>.
- IISD, "Integrating human rights in IIAs: IISD's Submission to the Crowd-drafting Session of the 2018 UN Forum on Business and Human Rights" (5 November 2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission1.pdf>>
- IISD, "Integrating human rights in IIAs: IISD's Submission to the Crowd-drafting Session of the 2018 UN Forum on Business and Human Rights" (5 November 2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission1.pdf>>.
- IISD, "Summary comments to the Proposal for Amendment of the ICSID Arbitration Rules" (2019) < <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/IISD.pdf>>.
- IUCN, "Green Climate Fund approves Project for adaptation to climate change in Guatemala Highlands" (19 October 2018) < <https://www.iucn.org/news/mexico-central-america-and-caribbean/201810/green-climate-fund-approves-project-adaptation-climate-change-guatemala-highlands>>.
- JONES, R., "Company v. Country", *BBC Radio 4* (30 March 2015) <<https://www.bbc.co.uk/programmes/b05ntj7p>>.
- KINYUA, K., "Assessing the Benefits of Accepting Amicus Curiae Briefs in Investor-State Arbitrations: A Developing Country's Perspective" (2009) *Stellenbosch University, Working Paper Series* No. 4, p. 7.
- LAVITE, C., "The French Loi de Vigilance: Prospects and Limitations of a Pioneered Mandatory Corporate Due Diligence" (2020) *Verfassungsblog: On Matters Constitutional* < https://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00008722/The_French_Loi_de_Vigilance_Prospects_and_Limitations_of_a_Pioneer_Mandatory_Corporate_Due_Diligence.pdf>.
- LEVASHOVA, Y. and T. LAMBOOY, "Proposal for reforming the fair and equitable treatment (FET) standard in International Investment Agreements (IIAs)" (2018) < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission4.pdf>>.
- MARCU, A., et. al., "The EU's NDC after the Talanoa Dialogue" (2019) Technical Report, *European Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition* <<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/60628>>.

Fuentes

- MARTINEZ HERNANDEZ, L., M. R. NAVARRO MEZA y M. PEREZ DE MADRID, "Gobernanza para la adaptación basada en ecosistemas: Cuenca del Río Coatán" (2019) *IUCN Serie 3 Gobernanza*, No. 4 <https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/s3.gobernanza_05_coatan_uicn_web.pdf>.
- MERRILL, E. y M. D. BRAUCH, "U.S. Climate Leadership Must Reject ISDS: As the United States Faces Another \$15 Billion Suit from the Fossil Fuel Industry, it's Time for President Biden to Take a Decisive Stance" (2021) *Columbia Center on Sustainable Investment* <<https://ccsi.columbia.edu/news/us-climate-leadership-must-reject-isds-united-states-faces-another-15-billion-suit-fossil-fuel>>.
- NIKIEMA, H. S. and N. MAINA, "The Risk of ISDS Claims Through National Investment Laws: Another "Damocles sword" hanging over governments' COVID-19 related measures?" (2020) *IISD* <<https://www.jstor.org/stable/resrep26558>>
- NIKIEMA, S. H., "The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties" (2017) *IISD Best Practices Series*, p. 22. <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-en.pdf>>.
- OLLO, A., "TiSA impact assessment report ignores crucial human rights concerns" (4 October 2017) *Bilaterals.org* <<https://www.bilaterals.org/?tisa-impact-assessment-report&lang=en>>.
- OULEPO, A., "AfCFTA, the Future Investment Protocol, and the Phasing-Out of Intra-African BITs" (2021) *Kluwer Arbitration Blog* <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/07/afcfta-the-future-investment-protocol-and-the-phasing-out-of-intra-african-bits/>>.
- PEÑA CHACÓN, M., "Decisiones judiciales efectivas en materia ambiental" (13 de mayo de 2021) *Blog del departamento de medio ambiente de la Universidad Externado de Colombia* <<https://medioambiente.uexternado.edu.co/decisiones-judiciales-efectivas-en-materia-ambiental/>>.
- PEREZ DE MADRID, M. y M. NAVARRO, "Liderazgo comunitario para la seguridad hídrica. Cuenca del río Coatán, Guatemala" (2019) *IUCN Serie 2 Comunidades con Inteligencia Natural*, No. 3 <https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/serie2_03_coatan.pdf>.
- PETER, E. y O. PAVLENKO, "Citizen Participation, Politics and Power in the Extractive Sector – The Experience of a Global Civil Society Movement (David v. Goliath)" (2021) *Columbia Center on Sustainable Development Blog* <<https://ccsi.columbia.edu/news/citizen-participation-politics-and-power-extractive-sector-experience-global-civil-society>>.
- PUTTER, S., "The Netherlands Coal Phase-Out and the Resulting (RWE and Uniper) ICSID Arbitrations" (2021) *Kluwer Arbitration Blog* <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/24/the-netherlands-coal-phase-out-and-the-resulting-rwe-and-uniper-icsid-arbitrations/>>.
- SAMSON, B. y A. UGALE, "Umbrella Clause" (21 September 2021) *Jus Mundi* <<https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-umbrella-clause>>.

Fuentes

- Secretaría de Economía del Gobierno de México, "Ficha Técnica TIPAT" (sin fecha) <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/424953/FICHA_TECNICA_TIPAT.pdf>.
- SÉNIT, C. A., "What influence does civil society have on the "Agenda 2030"?" (26 may 2016) *IDDRI Blog post* < <https://www.iddri.org/en/publications-and-events/blog-post/what-influence-does-civil-society-have-agenda-2030>>.
- SETZER, J. y C. HIGHMAN, "Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot" (July 2021) *Policy Report* < https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf>.
- SHARMA, D., "Human rights and environmental due diligence legislation in Europe - Implications for global supply chains" (17 May 2021) *DLA Piper* < <https://www.dlapiper.com/fr/france/insights/publications/2021/05/human-rights-and-environmental-due-diligence-legislation-in-europe/>>.
- The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration (December 2019) < https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf>.
- TORRENT, R., F. ORTINO, X. FERNÁNDEZ PONS, F. LAVOPA, A. ACUEVAS, O. BOGURINA, T. ESMAEL KASSAHUN, Z. WEIWEI, "Reforming the Present International Legal Framework for Foreign Direct Investment (FDI): Basic Elements for an Analytical and Policy Framework" (2015) *King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Research Paper Series*, No. 2015-25 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570596>.
- TZENG, P., "Salini Test" (27 October 2020) *Jus Mundi* <<https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-salini-test>>.
- UN Global Compact <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc>>.
- CNUDMI, "Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Report" (sin fecha) (https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state).
- UNCTAD, "International Investment Agreements Navigator" < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>>.
- UNCTAD, "Investment Policy Hub, Model Agreements" < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>>.
- VAN HARTEN, G., "A Report of the flawed proposal for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA" (2015) *Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series* Vol. 11, No. 4, Paper no. 16.
- VAN HARTEN, G., "Is it time to redesign or terminate Investor-State Arbitration? A clean break is needed to restore trust, but this stiff test must be met" (2017) *Center for International Governance Innovation* <<https://www.cigionline.org/articles/it-time-redesign-or-terminate-investor-state-arbitration>>.
- VAN HO, T., A. YILMAZ VASTARDIS y L. FELIPE YANES, "Proposed Investment Treaty Provisions" (November 2018) <

Fuentes

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission5.pdf>>.

WTO, "The GATT years: from Havana to Marrakesh". (https://www.wto.org/English/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm).

YANNACA-SMALL, K., "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements" (2006) *OECD Working Papers on International Investment* No. 2006/03 < https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf>.

6.6. Noticias y comunicados de prensa

(Anónimo) "EU-US trade talks: the issues at stake" (14 March 2019) *News European Parliament* < <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/world/20190214STO26415/eu-us-trade-talks-the-issues-at-stake>>.

(Anónimo) "National Interest Analysis on the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership between the Government of Australia and the Governments of: Brunei Darussalam, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapur and Vietnam" (2018) *ATNIA* 1 <<https://beta.dfat.gov.au/sites/default/files/national-interest-analysis-including-analysis-of-regulatory-impact-on-australia.pdf>>; Parliament of Australia. Joint Standing Committee on Treaties. TPP-11 <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Treaties/TPP-11>.

(Anónimo) "Prosur: Neue Staatenbund in Südamerika" (28 März 2019) *Zeit Online* <<https://www.zeit.de/politik/ausland/2019-03/prosur-staatenbund-suedamerika-unasur-venezuela-krise>>.

(Anónimo) "USMCA: Agreement reached on NAFTA trade deal replacement" (10 December 2019) *BBC News* < <https://www.bbc.com/news/business-50733120>>

(Anónimo), "Japanese lawyers are filing for judicial review of TPP" (29 September 2014) *Bilaterals.org* <www.bilaterals.org/?japanese-lawyers-are-filing-for&lang=en>.

(Anónimo), "Perú se suma a las protestas contra el TPP" (26 de febrero de 2016) *Público* <https://www.publico.es/videos/553314/peru-se-suma-a-las-protestas-contra-el-tpp>>.

(Anónimo), "Protestas contra el Acuerdo Transpacífico en Chile y Perú" (5 de febrero de 2016) *Deutsche Welle* <<https://www.dw.com/es/protestas-contra-el-acuerdo-transpac%C3%ADfico-en-chile-y-per%C3%BA/a-19028173>>.

(Anónimo), "Trump executive order pulls out of TPP trade deal" (24 January 2017) *BBC News, US & Canada* <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-38721056>>.

Bundesministerium Für Umwelt, Naturschutz Und Nukleare Sicherheit, "13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes" (10 July 2017) < <https://www.bmu.de/gesetz/13-gesetz-zur-aenderung-des-atomgesetzes/>>.

Fuentes

- Bundesministerium Für Umwelt, Naturshutz Und Nukleare Sicherheit, "Transformation von Tatsachen in Wandel-ein ganzheitlicher Ansatz zur Einführung ökosystembasierter Anpassung (EBA)" (Dezember 2021) < <https://www.international-climate-initiative.com/de/details/project/transformation-von-tatsachen-in-wandel-ein-ganzheitlicher-ansatz-zur-einfuehrung-oekosystembasierter-anpassung-eba-14-II-111-346>>.
- Bundesministerium Für Umwelt, Naturshutz Und Nukleare Sicherheit, "Internationale Klimaschutzinitiative" (sin fecha) < <https://international-climate-initiative.com>>.
- Bundesverfassungsgericht, "The Sixteenth Amendment of 10 July 2018 to the Atomic Energy Act has not entered into force; the legislator remains obliged to enact new provisions" *Press release* No. 98/2020 (12 November 2020) <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-098.html>>
- Bundesverfassungsgericht, "The Thirteenth Amendment to the Atomic Energy Act is for the most part compatible with the Basic Law", *Press release* No. 88/2016 (6 December 2016) < <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-088.html>>
- CAITISA, "Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones en Ecuador, Informe Ejecutivo" (mayo 2017).
- Cámara de Diputados, "Dictamen de la Comisión de Economía, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Zonas Económicas Especiales, y se adiciona el artículo 9 de la Ley General de Bienes Nacionales" (14 de diciembre de 2015) *Gaceta Parlamentaria*, LXIII Legislatura, Año XIX, No. 4425-IV.
- Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria* (14 de diciembre de 2015) No. 4425-IV.
- CEFP, "Zonas Económicas Especiales. Aspectos relevantes de la Iniciativa de Ley Aprobada" (11 de mayo de 2016).
- Comisión de Libre Comercio, "Nota Interpretativa de determinadas disposiciones del Capítulo 11" (31 de julio de 2001).
- DEARDEN, N., "TTIP was defeated by activist- Trump just exploited public anger over it" (14 November 2016) *The Guardian* < <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/nov/14/ttip-defeated-activists-donald-trump>>
- Deutscher Bundestag, "Opposition attackiert Freihandelsabkommen" (2015) < https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw40_ak_ttip-389580>
- European Greens, Position Paper "TTIP- too many untrustworthy promises and real risks" (22 February 2014) < <https://europeangreens.eu/brussels2014/content/position-paper-ttip>>.
- Gaceta del Senado* (14 de abril de 2016) LXIII/1SPO-124/61992.

Fuentes

- GÁNDARA, G., "La aprobación del TPP en los países participantes. Entrevista con Lourdes Aranda" (sin fecha) *Revista Comercio Exterior Bancomext* <<http://www.revistacomercioexterior.com/articulo.php?id=108&t=la-aprobacion->>.
- Gobierno De México, "El TIPAT entra en vigor y abre nuevos mercados para México" (30 de diciembre de 2018) <<https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico/articulos/el-tipat-entra-en-vigor-y-abre-nuevos-mercados-para-mexico-186182>>.
- Gobierno de México, Secretaría de Economía "Se firma el Tratado entre México, Estados Unidos y México (T-MEC)" (30 de noviembre 2018) <<https://www.gob.mx/se/articulos/se-firma-el-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec?idiom=es>> .
- Government of Netherlands, "Climate Policy" (sin fecha) <<https://www.government.nl/topics/climate-change/climate-policy>>.
- GUARASCIO, F., L. THOMAS Y K. LIFFEY, "G20 to call for global tax deal to be finalized by October" (9 July 2021) *Reuters* <<https://www.reuters.com/business/g20-call-global-tax-deal-be-finalised-by-october-2021-07-09/>>
- Iniciativa de los Senadores del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de Evaluación Ambiental Estratégica, *Gaceta del Senado* (13 de septiembre de 2018) LXIV Legislatura, LXIV/1PPO-7/83339.
- INMAN, P., "MPs can view TTIP files- but take only pencil and paper with them- Politicians get access to documents on controversial trade deal, but electronic devices ban fuels "cloak of secrecy" fears" (18 February 2016) *The Guardian* <<https://www.theguardian.com/business/2016/feb/18/mps-can-view-ttip-files-but-take-only-pencil-and-paper-with-them>>.
- Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Bolivia, "ALBA-TCP: El Amanecer de los Pueblos. La Alianza Antiimperialista de los Pueblos de Nuestra América", 2da. Ed. (Diplomacia por la Vida 2009) p. 109. Disponible en <<http://www.cancilleria.gob.bo/webmre/sites/default/files/libros/Alba-tcp%20el%20amanecer%20de%20los%20pueblos.pdf>>.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, "UNASUR analiza la creación del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones" (sin fecha) <<https://www.cancilleria.gob.ec/unasur-analiza-la-creacion-del-centro-de-solucion-de-controversias-en-materia-de-inversiones/>>.
- NELSEN, A., "TTIP talks: EU alleged to have given ExxonMobil access to confidential strategies. Documents and emails obtained by The Guardian reveal "collusion" between Brussels and industry over the fossil fuel push in free trade negotiations" (26 November 2016) *The Guardian* <<https://www.theguardian.com/environment/2015/nov/26/ttip-talks-eu-alleged-to-have-given-exxonmobil-access-to-confidential-papers>>.
- PALMER, D., "Mexico to join Trans-Pacific Partnership talks" (18 June 2012) *Reuters* <<https://www.reuters.com/article/us-usa-mexico>>

Fuentes

transpacific/mexico-to-join-trans-pacific-partnership-talks-idUSBRE85H1LC20120618>.

PANDA, A, "The CPTPP Trade Agreement will Enter into Force on December 30. With Australia's ratification, the CPTPP has met the threshold requirements to enter into force" (1 November 2018) *The Diplomat* <<https://thediplomat.com/2018/11/the-cptpp-trade-agreement-will-enter-into-force-on-december-30/>>.

Parliament of Australia, "Joint Standing Committee on Treaties. TPP-11" <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Treaties/TPP-11>.

Parliament of Australia, "Report of the Proposed Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership" (18 September 2018) <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Foreign_Affairs_Defence_and_Trade/TPP-11/Report>.

PIDD, H., "Germany to shut all nuclear reactors" (30 May 2011) *The Guardian* <<https://www.theguardian.com/world/2011/may/30/germany-to-shut-nuclear-reactors>>

Rockhopper Italia S.P.A., Rockhopper Mediterranean Ltd., and Rockhopper Exploration PLC v. Italian Republic, Claimant's Press Release on the Commencement of Arbitration, ICSID Case No. ARB/17/14 (23 March 2017) https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10646_0.pdf

The Federal Government of Germany, "CETA signed by the EU and Canada" (28 October 2016) <<https://www.bundesregierung.de/breg-en/chancellor/ceta-signed-by-the-eu-and-canada-412678>>.

TJUE, "Opinion 2/15. The free trade agreement with Singapore cannot, in its current form, be concluded by the EU alone" (16 May 2017) *Press Release* No. 52/17.

VIDAL LIY, M., "Quince países de Asia acuerdan la mayor zona de libre comercio mundial" (5 noviembre 2019) *El País* <https://elpais.com/internacional/2019/11/04/actualidad/1572888525_052080.html>.

ANEXO 1 – Presentación de tres casos ilustrativos de la intersección entre los arbitrajes inversionista-Estado y los derechos procedimentales ambientales

Los derechos procedimentales ambientales y el arbitraje inversionista-Estado tienen una interacción en doble sentido. En el primer sentido, los derechos procedimentales ambientales están guiando las reformas de las normas procesales del arbitraje inversionista-Estado, abriendo ciertos espacios para el público en un proceso que era anteriormente primordialmente confidencial. En un segundo sentido, el arbitraje inversionista-Estado puede convertirse en un obstáculo para el ejercicio de los derechos procedimentales ambientales, por lo que es importante diseñar mecanismos para logren prevenir este resultado. El primer sentido ha sido analizado en el capítulo 4, y el segundo se presenta en este Anexo. Por motivos de espacio no fue posible incluir este último argumento en dicho capítulo.

En este anexo me propongo analizar algunos casos de arbitraje inversionista-Estado, con el propósito de sustentar dos argumentos. Por un lado, argumento que la garantía efectiva de los derechos procedimentales ambientales, aplicada a los diversos espacios de regulación de la inversión extranjera, podría ayudar a *prevenir* el surgimiento de las diferencias de inversiones. Por otro lado, argumento que si los Tribunales arbitrales no toman en cuenta el respeto y la garantía de estos derechos en relación con las inversiones extranjeras del caso concreto de inversiones, se corre el riesgo de afectar gravemente a las personas en el Estado demandado.

Por motivos de espacio, sólo analizaré detalladamente tres casos muy concretos. Reservo para una futura investigación un análisis más sistemático de los arbitrajes inversionista-Estado que tienen una intersección más clara con los derechos procedimentales ambientales. Presentaré los casos de *Abengoa v. México*, *Bilcon v. Canadá* y *Chevron v. Ecuador* porque permiten ilustrar esta intersección con cada uno de los derechos procedimentales ambientales de manera clara y diferenciada.

El primer caso, *Abengoa v. México* surge en contra de la decisión del Ayuntamiento de Zimapán, en el Estado de Hidalgo, de no prorrogar la Licencia de Construcción de una planta de gestión de residuos peligrosos y la posterior anulación de la Licencia de Funcionamiento. La decisión del Ayuntamiento obedeció a una fuerte oposición social que, desde mi perspectiva, deriva de la *falta de información* y participación pública en la toma de decisiones relacionadas con el proyecto.

El segundo caso, *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, también conocido como *Bilcon v. Canadá*, surge en contra de la decisión de las autoridades federales y provinciales de Canadá de denegar el permiso ambiental para la construcción y explotación de una cantera de basalto, una instalación de procesamiento y una terminal marina situadas en Digby Neck, en la provincia de Nova Scotia (en adelante el proyecto *Whites Point*). La decisión respondió a los

Anexo 1

resultados de las *consultas públicas realizadas en el marco del proceso de EIA*, donde las comunidades locales expresaron su oposición al proyecto porque tendría efectos adversos significativos sobre los componentes del medio ambiente de *alto valor social* para estas.

El tercer caso, *Chevron v. Ecuador*, surge en contra de la conducta del poder judicial del Ecuador durante la tramitación del juicio del caso *Lago Agrio* sobre la responsabilidad ambiental de Texaco-Chevron por la contaminación ambiental ocasionada durante sus período de operaciones de extracción de hidrocarburos en la Amazonía ecuatoriana, caso que tiene una relevancia directa con el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.

1. Abengoa v. México

Desde principios del año 2001 *Befesa*, una filial mexicana de la empresa española *Abengoa*, comenzó a hacer gestiones para construir y operar una planta de estabilización-inertización en el Municipio de Zimapán, Estado de Hidalgo, con el fin de tratar y almacenar residuos peligrosos en estados sólidos, semisólidos y líquidos.¹⁴⁵³

Dos años más tarde, el 9 de julio de 2003, la empresa, el gobierno del Estado de Hidalgo y el Municipio de Zimapán llegaron a un acuerdo de colaboración para el establecimiento la planta en el Municipio de Zimapán. El acuerdo establecía que: 1) la empresa desarrollaría una propuesta de estrategia de comunicación social y relaciones públicas y la presentaría a un comité técnico evaluador que se establecería para tal efecto; 2) el gobierno del Estado de Hidalgo se encargaría de la regularización y escrituración del predio donde se instalaría la planta, a fin de adquirir la propiedad y transferirla a la empresa, y también se comprometió a conjuntar un comité técnico para evaluar la propuesta de estrategia de comunicación desarrollada por la empresa; y 3) el gobierno del Municipio de Zimapán se encargaría de brindarle el apoyo necesario a la empresa para implementar la estrategia de comunicación social y relaciones públicas aprobadas por el comité técnico.¹⁴⁵⁴ Se podría decir que había un plan de acción para llevar a cabo un proceso de información pública-aunque no necesariamente de consulta-relacionada con el proyecto de inversión.

Entre 2003 y 2005 la empresa obtuvo una serie de permisos federales, estatales y municipales para la construcción de la planta y a principios del año 2006 comenzó las obras de construcción. Todo ello, sin haber presentado ni implementado ninguna estrategia de comunicación social.¹⁴⁵⁵

¹⁴⁵³ Por motivos de espacio he omitido la descripción de la estructura corporativa de las Demandantes. Para una descripción muy clara ver: K. FACH GÓMEZ, "ICSID Claim by Spanish Companies Against Mexico over the Center for the Integral Management of Industrial Resources" (2010) *Spain Arbitration Review* No. 8, pp. 129-158.

¹⁴⁵⁴ *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2, Laudo (18 abril 2013) párr. 172-175.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, párr. 178-185.

Anexo 1

A principios del año 2007 la empresa difundió unos folletos informativos a la población de Zimapán e inmediatamente surgieron las primeras reacciones de oposición al proyecto. Se formó la asociación "Unidos por Zimapán" -que posteriormente se denominó "Todos somos Zimapán" (TSZ)-, quien se esforzó por obtener información técnica sobre la planta.¹⁴⁵⁶ Al no lograr obtener información sobre el proyecto, TSZ organizó manifestaciones y bloqueos de carreteras, mismas que desembocaron en enfrentamientos violentos entre los opositores del proyecto y los trabajadores de la planta.¹⁴⁵⁷ A partir de este momento, las autoridades municipales, estatales y federales comenzaron a actuar de manera descoordinada y contradictoria, obedeciendo a intereses o fuerzas contrarias.

El 11 de diciembre de 2007 la autoridad municipal de Zimapán decidió no prorrogar el permiso de construcción de la obra que vencía en enero de 2008, como una medida para calmar a la población y restaurar el orden público. Esta medida suponía que la empresa no podría, legalmente, continuar la construcción de la planta.¹⁴⁵⁸

El 14 de febrero de 2008 la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) concedió a la empresa la licencia ambiental única para la operación de la planta.¹⁴⁵⁹ Entre abril y septiembre de 2008, respondiendo a presiones de autoridades federales, las autoridades municipales otorgaron dos permisos de construcción "en reposición" de los días perdidos debido a las protestas y manifestaciones;¹⁴⁶⁰ y, tras petición de la empresa, el gobierno federal implementó un "Plan sistémico operativo" que significó el despliegue de 400 efectivos de la policía federal y 400 de la policía estatal en el Municipio de Zimapán para "proteger las vías de comunicación y resguardar la planta de confinamiento y su personal".¹⁴⁶¹ Una vez concluidas el 80% de las obras, el 6 de octubre de 2008 el presidente municipal de Zimapán otorgó a la empresa la "Licencia de funcionamiento u operación" y la empresa comenzó a operar y recibir residuos tóxicos el 23 de octubre de 2008.¹⁴⁶²

En enero de 2009 hubo elecciones en el Municipio de Zimapán, cuyos resultados fueron puestos en duda, por diversas deficiencias en el proceso. Se anularon los resultados y se constituyó un Concejo Municipal Interino (CMI) compuesto por un presidente y seis concejales.¹⁴⁶³ En abril el CMI celebró una sesión extraordinaria para analizar la situación legal de la Licencia de funcionamiento y resolvió, por unanimidad, que se había otorgado en contravención de la normativa de Zimapán,

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, párr. 192-195.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, párr. 197-210.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, párr. 211.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, párr. 222.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, párr. 229 y 238.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, párr. 215, 237 y 239.

¹⁴⁶² *Ibid.*, párr. 241 y 244.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, párr. 247.

Anexo 1

ordenando su cancelación y la suspensión de las obras.¹⁴⁶⁴ La empresa presentó un amparo contra la decisión del CMI, que se resolvió en favor de la empresa.

En julio de 2009 se celebraron nuevas elecciones, resultando electo para Presidente Municipal el líder de TSZ. Bajo su administración, el Ayuntamiento inició un procedimiento administrativo contra la Licencia de Funcionamiento, solicitando su anulación. El 19 de julio de 2011 se resolvió el procedimiento administrativo de manera definitiva anulando la Licencia de funcionamiento y ordenando, entre otras cosas, la clausura y el retiro de los residuos peligrosos que se habían almacenado.¹⁴⁶⁵ Luego de este hecho, la empresa inició el arbitraje inversionista-Estado.

Según la demandante, las decisiones del Municipio de Zimapán de 2008 de no prorrogar el permiso de construcción, así como la primera cancelación de la Licencia de funcionamiento del CMI y la segunda anulación, son violatorias del estándar mínimo de trato y constituyen una expropiación indirecta.¹⁴⁶⁶ Por su parte, la demandada se defendió argumentando, entre otras cosas, que el fracaso de proyecto no era atribuible al Estado, sino a la propia empresa quien nunca cumplió con su compromiso de llevar a cabo una estrategia de comunicación social; que la empresa no se aseguró de obtener la licencia social para operar; y que el Estado había hecho todo lo posible por proteger a la empresa, pero no podía ser responsable por las malas decisiones de ésta y por sus malas relaciones con la comunidad.¹⁴⁶⁷ El Tribunal le dio la razón a la demandante. Así, a pesar de que la inversión original fue de \$12 millones de dólares, la compañía obtuvo una indemnización de \$45 millones, debido a que el tribunal concedió compensación total (que incluye la expectativa de ganancias futuras). La indemnización equivale a 3 veces el PBI anual del Estado de Hidalgo, en la cual se encuentra Zimapán.¹⁴⁶⁸

En este caso me interesa resaltar: 1) la falta de transparencia respecto al proyecto; 2) la manera en que esta falta de transparencia impactó negativamente las oportunidades de ejercer el derecho a la participación pública en la toma de decisiones relacionadas con el proyecto; y 3) las consecuencias de la falta de transparencia sobre el derecho al acceso a la justicia ambiental. Todos estos factores, en conjunto, llevaron al fracaso del proyecto y, en última instancia, a un resultado de injusticia socioambiental que afectó principalmente a la población de Zimapán y al pueblo mexicano, en general, en calidad de contribuyentes.

Respecto al derecho al acceso a la información, hay que recordar que tanto la empresa como el Estado tenían obligaciones de poner a disposición del público información oportuna, completa, accesible y adecuada sobre el proyecto, que

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, párr. 256.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, párr. 289.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, párr. 321-372.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, párr. 410-580.

¹⁴⁶⁸ ISDS Impactos. *Abengoa v. Mexico* (sin fecha) <<https://isds-americalatina.org/casos/abengoa-v-mexico/>>.

Anexo 1

ninguna de las partes cumplió cabalmente. La empresa había firmado un acuerdo de colaboración con el Estado de Hidalgo y el Municipio de Zimapán en el que se comprometió a implementar una estrategia de comunicación social *antes de dar inicio a los procedimientos formales de la instalación de la planta*.¹⁴⁶⁹ Sin embargo, según los hechos probados del Laudo, la empresa comenzó a dar folletos informativos a la comunidad hasta diciembre de 2006, es decir, más de dos años después de haber iniciado las obras de construcción.¹⁴⁷⁰ De acuerdo con la demandada, la información que la empresa dio a la población fue en exceso tardía, incompleta y engañosa pues evitaba en todo momento mencionar que se almacenarían “residuos peligrosos” y, según otras fuentes, la población se sintió engañada porque se les habló de una planta de “reciclaje de basura”, pero no de una planta de “confinamiento de residuos *peligrosos*”.¹⁴⁷¹

Además de incumplir con los términos del contrato, tampoco se observaron los procedimientos establecidos en la legislación mexicana para los proyectos de esta naturaleza. La Sección V de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LEGEEPA) de México regula el procedimiento de EIA al que se deben sujetar los proyectos para llevar a cabo instalaciones de tratamiento, confinamiento o eliminación de residuos peligrosos. Según la LEGEEPA, los promoventes deben presentar una manifestación de impacto ambiental (MIA), que deberá contener, por lo menos, una descripción de los posibles efectos en el o los ecosistemas que pudieran ser afectados por la obra o actividad de que se trate, así como las medidas preventivas, de mitigación y las demás necesarias para reducir al mínimo los efectos negativos sobre el medio ambiente.¹⁴⁷² Una vez que la SEMARNAT recibe la MIA, se integra el expediente y se pone información sobre el proyecto a disposición del público. A este efecto, la SEMARNAT debe publicar un listado de las solicitudes de autorización ambiental, así como las MIA que reciba, de manera semanal, en la Gaceta Ecológica. La información contenida en el listado debe incluir: 1) nombre del promovente; 2) fecha de la presentación de la solicitud; 3) nombre del proyecto *e identificación de los elementos que lo integran*; 4) tipo de estudio presentado (informe preventivo o manifestación de impacto ambiental); y 5) lugar en donde se pretende llevar a cabo la obra o la actividad, indicando el Estado y el Municipio.¹⁴⁷³

Además, dentro de los cinco días contados a partir de que se presente la MIA a la SEMARNAT, el promovente debe publicar, a su costa, un extracto del proyecto de

¹⁴⁶⁹ *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2, Laudo (18 abril 2013) párr. 175.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, párr. 662.

¹⁴⁷¹ A. M. SALAZAR PERALTA, “Zimapán: ciudadanía global, territorio y medio ambiente” (2012) *Revista Nuevas Tendencias en Antropología* No. 3, pp. 1-19, 3.

¹⁴⁷² Art. 30 de la Ley general del equilibrio ecológico y protección al ambiente, *Diario Oficial de la Federación* (28 de enero de 1988), texto vigente (5 de junio de 2018). (LEGEEPA)

¹⁴⁷³ Reglamento de la Ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente en materia de evaluación de impacto ambiental, *Diario Oficial de la Federación* (30 de mayo de 2000) art. 37. (Reglamento de la LEGEEPA)

Anexo 1

la obra o actividad en un periódico de amplia circulación en la entidad federativa de que se trate.¹⁴⁷⁴ Si alguna persona interesada desea consultar los documentos debe acudir a las oficinas centrales de la SEMARNAT o a la Delegación estatal correspondiente.¹⁴⁷⁵

Según los hechos relatados en el Laudo, la empresa presentó la MIA y el estudio del riesgo ambiental "entre agosto de 2003 y mayo de 2004",¹⁴⁷⁶ por lo que se debió de haber publicado en la Gaceta Ecológica entre agosto y junio de 2004. Sin embargo, en los registros oficiales aparece que la MIA se presentó el 19 de julio de 2004 a la SEMARNAT y se publicó en la Gaceta Ecológica hasta el 22 de julio de 2004.¹⁴⁷⁷ La publicación no sólo fue tardía, sino también deficiente, puesto que sólo se incluye el nombre del proyecto "sistemas de desarrollo sustentable" sin ninguna *identificación de los elementos que lo integran*, es decir, no se menciona que el proyecto se relacionara con la construcción de una planta para la gestión y almacenamiento de residuos peligrosos. Tampoco hay constancia de que la empresa haya publicado un extracto del proyecto en un periódico de amplia circulación, como debió hacerlo por ley. Esta deficiencia en el procedimiento de EIA afectó las oportunidades de la población de tener conocimiento del proyecto y participar efectivamente.

Además, el 20 de julio de 2004, la empresa firmó un contrato de arrendamiento por 30 años con el ejido de Cuauhtémoc, sobre el terreno donde se construiría la planta. Es decir, el contrato se firmó antes de que la SEMARNAT publicara, de manera deficiente, la información sobre proyecto en la Gaceta Ecológica. En este contexto, es posible inferir que los derechos de acceso a la información de la población se violaron tanto por las omisiones de la empresa como por la conducta de las autoridades ambientales mexicanas.

Tal falta de información se constata en los hechos relatados en el Laudo, donde se observa que las autoridades proveyeron información detallada del proyecto a los pobladores *tres años después de lo debido* y únicamente como resultado de las fuertes manifestaciones y protestas.¹⁴⁷⁸ Esta falta no sólo impactó el goce y disfrute del derecho al acceso a la información ambiental de las personas, sino que

¹⁴⁷⁴ Art. 31.I de la LEGEEPA.

¹⁴⁷⁵ Art. 30 del Reglamento de la LEGEEPA sobre EIA.

¹⁴⁷⁶ *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2, Laudo (18 abril 2013) párr. 180.

¹⁴⁷⁷ SEMARNAT, "Listado de ingreso de proyectos o emisión de resolutivos derivados del procedimiento de evaluación de impacto y riesgo ambiental", *Gaceta Ecológica* (22 de julio de 2004) SEPARATA N° DGIRA/029/04, p. 1

¹⁴⁷⁸ En julio de 2007, la Regidora le solicitó al presidente Municipal de Zimapán que informara a la población sobre el proyecto (ya dos años después de iniciada la construcción de la planta); y no fue hasta los días 24 y 30 de agosto de 2008 que la SEMARNAT se comprometió a entregar información técnica sobre la Planta a TSZ y a financiar estudios independientes para determinar la viabilidad ambiental del proyecto. Ver: *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2, Laudo (18 abril 2013) párr. 197, 200 y 204.

Anexo 1

además tuvo efectos directos sobre sus oportunidades de ejercer su derecho a participar en la toma de decisiones relacionadas con el proyecto.

La participación pública en el proceso de EIA conforme a la LEGEEPA no es de oficio ni se lleva a cabo en relación con todas las solicitudes de autorización ambiental recibidas, sino que tiene que ser solicitada por alguna persona interesada.¹⁴⁷⁹ Después de publicar la información de la MIA en la Gaceta Ecológica, los ciudadanos tienen un plazo de diez días para solicitar a la SEMARNAT que lleve a cabo una consulta pública respecto de proyectos sometidos a su consideración.¹⁴⁸⁰ Dentro de los cinco días siguientes a la solicitud, la SEMARNAT debe notificar al interesado su determinación de dar o no inicio a la consulta pública.¹⁴⁸¹

De lo anterior se desprende que el proceso de participación pública está condicionado a que la SEMARNAT publique la información sobre el proyecto en los términos establecidos por la Ley, pues de lo contrario las personas no cuentan con elementos suficientes para decidir si proceden a solicitar la consulta pública o no. En el caso de la planta de Zimapán, al no haber cumplido con el deber de informar debidamente a la población sobre el proyecto, las oportunidades de la población de participar en la toma de decisiones relacionadas con el medio ambiente se eliminaron.

Ante este escenario, las poblaciones afectadas se quedaron con dos opciones: 1) agotar los medios legales para impugnar la autorización de impacto ambiental por vicios en el procedimiento; y 2) recurrir a medios políticos, tales como la movilización en forma de manifestaciones, protestas o la solicitud a sus representantes electos que les defiendan en los mecanismos políticos y legales disponibles.

Respecto a la primera opción, las comunidades afectadas posiblemente habrían podido imponer un procedimiento contencioso-administrativo contra la autorización de impacto ambiental o un juicio de amparo, alegando que afectaba su derecho constitucional a un medio ambiente sano. Sin embargo, para poder ejercer dichos mecanismos legales, era necesario tener conocimiento de la emisión de la autorización y de su contenido, información con la que no contaron.

La resolución sobre EIA del proyecto se emitió el 11 de noviembre de 2004, por lo que se debía de publicar en la Gaceta Ecológica del 18 de noviembre. El resolutivo se publicó hasta el 2 de diciembre del 2004 y, nuevamente, sin ningún elemento que permitiera inferir que se emitió una autorización para la construcción de una planta de procesamiento y almacenamiento de residuos peligrosos.¹⁴⁸² Sin indicios

¹⁴⁷⁹ Art. 34 de la LEGEEPA.

¹⁴⁸⁰ Art. 40 del Reglamento de la LEGEEPA sobre EIA.

¹⁴⁸¹ Art. 41 del Reglamento de la LEGEEPA sobre EIA.

¹⁴⁸² SEMARNAT, "Listado de ingreso de proyectos o emisión de resolutivos derivados del procedimiento de evaluación de impacto y riesgo ambiental", *Gaceta Ecológica* (2 de diciembre de 2004) SEPARATA N° DGIRA/048/04, p. 2.

Anexo 1

de la finalidad de la planta, es posible pensar que las personas afectadas no podían hacer uso de los mecanismos legales de acceso a la justicia ambiental.

Quedan entonces, como única salida, las movilizaciones, protestas y la búsqueda de apoyo político. Las protestas del año 2007 consiguieron que no se otorgara la prórroga de la licencia de construcción, *formalmente*, pero luego se otorgaron otras prórrogas en "reposición" de los días que la empresa no pudo ejercer el permiso previo a causa de las protestas, y el Presidente Municipal firmó, fuera de sus competencias, una Licencia de Funcionamiento. Asimismo, frustrados por los abusos cometidos tanto por la empresa como por las autoridades, en 2009 los pobladores del Municipio de Zimapán buscaron apoyo político, ejerciendo su derecho al voto en las elecciones municipales. Eligieron como presidente municipal al líder del movimiento TSZ, posiblemente, con la intención de que les defendiera. Y dicho presidente agotó los medios legales que estaban a su alcance, al iniciar un procedimiento administrativo en contra de la licencia de funcionamiento, sin la cual la planta no podría operar legalmente. Este procedimiento culminó con una resolución administrativa que anuló la licencia de funcionamiento por cuatro motivos, entre ellos, que había vicios en el procedimiento de EIA del proyecto; y que la licencia debió emitirse por autoridad competente (el Cabildo) y no por el presidente municipal.¹⁴⁸³ Esta resolución sí logró paralizar el proyecto, pero derivó en un arbitraje inversionista-Estado, donde las comunidades afectadas no tienen acceso, la legislación ambiental relativa a la EIA no forma parte del derecho aplicable a la controversia, y donde la falta de cumplimiento con sus compromisos de la empresa relacionados con la comunicación social comúnmente tienen poca relevancia al resolver la existencia de una violación al AII y al determinar la sanción correspondiente.

En mi opinión, esta controversia de inversiones muestra que la violación de los derechos procedimentales ambientales en etapas tempranas de un proyecto de inversión extranjera puede derivar en la paralización de un proyecto de inversión, en el surgimiento de conflictos socio-ambientales y en arbitrajes inversionista-Estado. Visto desde esta perspectiva, el respeto y la garantía de los derechos procedimentales ambientales podrían convertirse en un mecanismo fundamental para prevenir diferencias de inversiones y, para ello, los AII deberían definir obligaciones tanto de los Estados como de los inversionistas para garantizar estos derechos.

Desde mi perspectiva, el riesgo de no reforzar los derechos procedimentales ambientales en los AII y de no ampliar los derechos para aplicarlos a todas las esferas de regulación de la inversión extranjera es que, en su configuración actual, los AII y el arbitraje inversionista-Estado puedan perpetuar violaciones a estos derechos y profundizar la injusticia ambiental y/o social.

¹⁴⁸³ *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2, Laudo (18 abril 2013) párr. 281.

Anexo 1

Este riesgo de materializa en el caso concreto de *Abengoa v. Mexico*, done el Tribunal reconoció que *Abengoa* no había cumplido con su compromiso de implementar un programa de comunicación social y que, de haber implementado un programa adecuado desde 2003, la empresa probablemente hubiese podido lograr un mayor consenso entre la población, o por lo menos hubiese evitado las críticas en cuanto a su alegada intención de disimular el proyecto. Sin embargo, a criterio del Tribunal no fue de mala fe ni se ocultó a las personas el fin de la planta:

*"Al respecto, le parece relevante al Tribunal Arbitral que el destino de la Planta para tratar y confinar residuos peligrosos nunca ha sido una información confidencial. Todo lo contrario, el destino de la Planta nunca fue ocultado y resulta claramente de la documentación administrativa y ambiental públicamente accesible, como la Manifestación de Impacto Ambiental".*¹⁴⁸⁴

Además, según el Tribunal, no había un marco legal y regulatorio que definiera de manera clara las obligaciones del operador de una planta de tratamiento y confinamiento de residuos peligrosos en cuanto a comunicación con la comunidad. A criterio del Tribunal, había incertidumbre sobre las modalidades para el cumplimiento de este compromiso de la empresa, por lo que concluye que las demandantes no contribuyeron a su propio daño (la paralización del proyecto) por sus faltas y que las autoridades mexicanas no podían apoyarse en esas "presuntas ineficiencias" para disminuir su responsabilidad internacional por el trato a los extranjeros.¹⁴⁸⁵

Además, respecto a los vicios en el procedimiento de la EIA del proyecto, el Tribunal únicamente expresó que "no es controvertido que la SEMARNAT era competente para proceder al estudio de impacto ambiental, ni que la misma ha confirmado la validez de dicho estudio en diferentes ocasiones" y que "nunca se revocó ni se puso en tela de juicio la autorización de impacto ambiental de la cual se beneficiaba la Planta".¹⁴⁸⁶ Así, la falta de transparencia y la ausencia de un procedimiento de participación pública no fueron relevantes para el Tribunal al valorar los motivos que justificaron la anulación de Licencia de Funcionamiento y, en general, la conducta de las autoridades del Municipio de Zimapán. Esto, a pesar de que el Senado de la República sí puso en tela de juicio la resolución de EIA y solicitó a la SEMARNAT que le informara sobre el procedimiento seguido para su aprobación, así como sobre qué seguros y garantías exigió a la empresa por los daños graves que pudiera ocasionar dicho proyecto de confinamiento de residuos peligrosos.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, párr. 663.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, párr. 664-668.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, párr. 593.

¹⁴⁸⁷ Dictamen de las Comisiones unidas de medio ambiente, recursos naturales y pesca; de recursos hidráulicos y, de ciencia y tecnología al Punto de Acuerdo con relación al proyecto de confinamiento de residuos peligrosos en Zimapán, Hidalgo. *Gaceta del Senado* (15 de diciembre de 2009) LXI/1PPO-71/23597, Punto de acuerdo primero.

Anexo 1

Finalmente, sobre la resolución del procedimiento administrativo que canceló la licencia de funcionamiento porque, entre otros motivos, la licencia se otorgó por una autoridad fuera de su competencia, el Tribunal estimó que

“no tiene relevancia alguna saber si la cancelación de la licencia pronunciada por el Ayuntamiento en marzo de 2010 se podía justificar o no en el derecho mexicano. Lo relevante en este arbitraje es que la Demandada, a través de sus órganos competentes, no sólo otorgó la Licencia de Funcionamiento, sino también todas las otras autorizaciones administrativas y ambientales necesarias (incluyendo la autorización de impacto ambiental), y confirmó en repetidas ocasiones su apoyo y su convencimiento de que la Planta se estaba construyendo y operando de manera perfectamente regular”.¹⁴⁸⁸

Para el Tribunal la cancelación de la licencia de funcionamiento tiene un “carácter artificial”, que el hecho de que la licencia de funcionamiento hubiese sido firmada por el Presidente Municipal y no por el Cabildo -como establecía la normativa- era un asunto meramente formal,¹⁴⁸⁹ y que la cancelación está “basada en motivaciones frívolas o meramente formales”, por lo que son completamente contrarias al nivel mínimo de trato y al principio de buena fe.¹⁴⁹⁰

En mi opinión, al decidir ignorar completamente la posible ilegalidad del proyecto de inversión y la potencial violación a los derechos procedimentales ambientales, el Tribunal confirma y refuerza las injusticias que vivió el pueblo de Zimapán. Al final, el pueblo mexicano se quedó con sus residuos peligrosos, sin una planta de tratamiento y debiendo, en concepto de compensación, tres veces más la cantidad que la empresa invirtió. Un resultado que no podría estar más alejado de la promesa de financiar el desarrollo sostenible que justifica el régimen.

2. Bilcon v. Canadá

Bilcon Delaware, Inc., es una empresa incorporada en Delaware, EEUU, y Bilcon de Nova Scotia es una empresa incorporada en Canadá, cuyos propietarios son los Sres. Douglas Clayton, William Richard Clayton y Daniel Clayton, nacionales de los EEUU (todos ellos, en adelante Bilcon).¹⁴⁹¹ Bilcon tenía la intención de construir y explotar de una cantera de basalto, una instalación de procesamiento y una terminal marina en Digby Neck, en la provincia de Nova Scotia, Canadá.

A principios del año 2002, Bilcon presentó su solicitud de un permiso de construcción y operación de la cantera de basalto, misma que fue aprobada con la condición de que cumpliera con los requisitos que el Departamento de Pesca y Océanos (DPO) estableciera para el uso de explosivos en la zona. Entre septiembre y noviembre de 2002, Bilcon presentó un tres planes de detonación ante el DPO,

¹⁴⁸⁸ *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2, Laudo (18 abril 2013) párr. 616.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, párr. 621.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, párr. 469 y 465.

¹⁴⁹¹ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) párr. 112-113.

Anexo 1

mismas que fueron rechazadas hasta en tanto no se determinara si el proyecto debía pasar por un proceso de EIA o no, debido a los posibles daños sobre la pesca y sobre especies amenazadas de ballenas que descansan en la zona. En mayo de 2003, la DPO determinó que el plan de detonación propuesto sí estaba sujeto a un proceso de EIA por su proximidad a una costa ecológicamente sensible, de conformidad con la Ley de Pesca y remitió el expediente al Ministerio de Ambiente para que hiciera las gestiones correspondiente.

Dado que el proyecto *Whites Point* comprendía tanto una cantera de basalto, que requería una EIA provincial, como una terminal marina, que requería una EIA federal, las autoridades competentes decidieron unir ambos procesos y conformar un Panel de Revisión Conjunta (PRC) para tal efecto. En cumplimiento de su mandato, el PRC analizó la MIA presentada por Bilcon y celebró procesos de consulta pública. Al analizar la MIA del proyecto *Whites Point*, el PRC tomó en consideración, además de los indicadores científicos relevantes, varios factores: 1) los comentarios del público expresado en las audiencias celebradas específicamente para el proyecto *Whites Point*; 2) la historia de Digby Neck, un sitio ocupado por pueblos originarios o aborígenes y de otros "colonizadores" que llevan, por lo menos, tres generaciones ahí (el 79% de las familias "colonizadoras" llevan como mínimo tres generaciones habitando la zona); 3) las características de los habitantes de la zona, quienes eran comunidades rurales que dependían de los recursos naturales para su supervivencia; 4) las políticas desalloradas en cooperación entre los líderes locales y las asociaciones de desarrollo que reflejaban el modelo de desarrollo que pretendían seguir los pobladores, por ejemplo, el documento *Vision 2034* que establecía que las comunidades querían proteger su medio natural y apostar por el eco-turismo para el desarrollo sostenible; y 5) el estado de la zona al momento de hacer la EIA, donde no existía hasta ese momento ningún proyecto industrial o minero.¹⁴⁹² El PRC denominó al conjunto de todo esto "los valores fundamentales de la comunidad".

El PRC notó que la MIA del proyecto *Whites Point* era fundamentalmente deficiente porque ignoró por completo que había comunidades aborígenes que vivían de la caza y la pesca, así como un "Historic Indian Hill Camp" y restos de un cementerio aborígen en la zona del proyecto. La MIA tampoco hizo mención a los bienes históricos y arqueológicos en la zona que llevaban mucho tiempo siendo objeto de desacuerdos entre grupos empresariales y defensores del patrimonio cultural, por ejemplo, "The Whites Cove" es un monumento histórico cuya pérdida no tenía significancia a nivel regional, pero era una tragedia para los miembros de la comunidad por sus lazos ancestrales con él. Asimismo, la MIA ignoró que las comunidades habían manifestado su voluntad de preservar el medio natural a través de múltiples instrumentos de política pública y su compromiso era tal que la UNESCO y UN-Habitat otorgaron reconocimientos internacionales a la comunidad de Digby Neck y las islas aledañas por promover economías

¹⁴⁹² Environmental Assessment of the Whites Point Quarry and Marine Terminal Project, Joint Review Panel Report (October 2007).

Anexo 1

sustentables basadas en la pesca tradicional y controlada y el eco-turismo, por lo que un proyecto de minería no tenía cabida.¹⁴⁹³

Luego de analizar la MIA, considerar las audiencias y los escritos recibidos del público afectado, el PRC llegó a la conclusión de que los residentes consideraban que el área era de una alta calidad ambiental y la valoraban enormemente. Los residentes se reconocían interdependientes, autosuficientes y conectados con el mar, situación que se vería afectada con el proyecto de manera irremediable. El PRC consideró que no había manera en que un proyecto de minería mitigara estos efectos con medidas técnicas de mitigación, porque lo que estaba en juego era la relación de los residentes con su medio natural. Por ello concluyó que el proyecto tendría efectos adversos significativos sobre los "valores fundamentales de la comunidad" y que, en estas circunstancias, el proyecto no se justificaba y recomendó a las autoridades rechazarlo.¹⁴⁹⁴ En consecuencia, en noviembre de 2007, las autoridades federal y provincial de Canadá decidieron rechazar el proyecto.¹⁴⁹⁵

Sin hacer ningún intento de impugnar la decisión ante las cortes nacionales, Bilcon inició un arbitraje inversionista-Estado en contra del gobierno de Canadá, argumentando que el proceso de EIA de su proyecto había sido políticamente influenciado, que era arbitrario, que las autoridades no tenían motivos científicos para denegar su solicitud y que estas conductas eran violatorias del TLCAN.

Concretamente, Bilcon alegó que: 1) los proyectos de minería de la naturaleza de *Whites Point* sólo requerían una EIA de la provincia de Nova Scotia, pero las autoridades provinciales le obligaron, *de manera arbitraria*, a tramitar también la EIA federal; 2) su proyecto requería únicamente un proceso simplificado de EIA y no el proceso de PRC, que es el más extenso, estricto y *público* previsto por el derecho canadiense y que sólo se utiliza en casos excepcionales para proyectos de riesgos y magnitud mucho mayores a los del proyecto *Whites Point*; 3) el PRC conformado para concentrar las EIA federal y provincial en un solo proceso, estaba sesgado en detrimento del proyecto *Whites Point* y sus recomendaciones de rechazar el proyecto eran arbitrarias y estaban políticamente motivadas; y 4) las autoridades federales y provinciales avalaron el informe del PRC, sin darle a Bilcon la oportunidad de expresar sus objeciones al informe, negándole las garantías del debido proceso en la decisión.

¹⁴⁹³ Ver: Fundy Biosphere Reserve, Canada. UNESCO designation date 2007 < <https://en.unesco.org/biosphere/eu-na/fundy>>. Un análisis más profundo se encuentra en: Z. PHILLIPS WILLIAMS, "Risky Business or Risky Politics: What explains Investor-State Disputes?" Tesis Doctoral (Berlin Graduate School for Transnational Studies 2016).

¹⁴⁹⁴ *Environmental Assessment of the Whites Point Quarry and Marine Terminal Project*. Joint Review Panel Report. Executive Summary (October 2007) p. 4. Ver también: *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae (17 March 2015) pp. 5-11.

¹⁴⁹⁵ Ver: Department of Environment and Labour, "Letter addressed to Mr. Paul G. Buxton, Project Manager, Bilcon of Nova Scotia Corporation, Re: Whites Point Quarry and Marine Terminal" (20 November 2007).

Anexo 1

Según las demandantes, su proyecto nunca debió haber sido sometido a un proceso de EIA conjunto ante un PRC, y que el PRC se constituyó por motivaciones políticas ya que el entonces Ministro de Pesca utilizó todos los medios disponibles para obstruir el proyecto *Whites Point*, al negarle primero el permiso para utilizar explosivos en la zona para llevar a cabo actividades de prospección y análisis de factibilidad del proyecto y luego remitiendo el proyecto *Whites Point* al Ministerio de Ambiente.¹⁴⁹⁶ Según la empresa, lo hizo porque dicho Ministro era miembro del Parlamento, en representación de la localidad de Digby, y era consciente de que algunos de sus representados estaban en contra del proyecto, pero no porque existieran preocupaciones reales sobre los efectos de las detonaciones de la mina sobre el medio marino.

Además, de acuerdo con Bilcon, los oficiales del gobierno central de Canadá le invitaron a desarrollar su proyecto y presentarlo a las autoridades competentes, con lo que le generaron *expectativas legítimas* de que su proyecto sería bienvenido en Nova Scotia, mismas que Canadá frustró injustamente al hacerle pasar por un proceso de EIA de "aparente interferencia política en el proceso regulatorio". Para Bilcon, estas conductas eran violatorias de los estándares de trato nacional, trato de nación más favorecida, y estándar mínimo de trato protegidos por los art. 1102, 1103 y 1105 del TLCAN.¹⁴⁹⁷

Por su parte, Canadá argumentó que: 1) el proyecto *Whites Point* sí requería una EIA federal porque comprendía tanto la mina de cantera, sujeta a EIA provincial, como la construcción y operación de una terminal marina, sujeta a EIA federal; 2) el proyecto *Whites Point* se ubicaba en una "zona ecológicamente sensible" donde nunca se habían desarrollado proyectos de minería y, además, enfrentaba fuerte oposición de la comunidad local, circunstancias que motivaron la remisión de la EIA a un PRC, el cual era un procedimiento previsto por las leyes canadienses para proyectos que cumplieran con ambas características; 3) la decisión de conformar el PRC fue legal y razonable, ante la necesidad de llevar a cabo las EIA de ambas jurisdicciones de manera coordinada; 4) la composición del PRC, su mandato, el procedimiento, las audiencias y el reporte era apropiada y acorde con las leyes de evaluación ambiental federal y provincial y con el debido proceso, habiéndose dado oportunidad al inversionista para defender su caso. Canadá argumentó que la MIA del inversionista fue defectuosa porque no consideró apropiadamente los impactos sociales de su proyecto, ni tomó medidas para conocer la aceptabilidad de su proyecto por parte de la comunidad local, y que el inversionista era responsable por dichas deficiencias de la MIA, no el gobierno de Canadá. Además, Canadá negó cualquier motivación política o arbitraria de la decisión y aclaró que el Ministerio de Pesca únicamente condujo los procedimientos

¹⁴⁹⁶ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Amended Statement of Claim Under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement (3 December 2009); *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Memorial of the Investors (25 June 2011).

¹⁴⁹⁷ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) párr. 6-26.

Anexo 1

que la ley le mandaba para proteger el medio y la vida marinas de los efectos de las explosiones de la mina y de aquellos efectos asociados a la construcción y operación de la terminal marina.¹⁴⁹⁸

Canadá aclaró al Tribunal que se debe entender que cualquier declaración general o particular alentando las inversiones en Nova Scotia o en Digby es bajo la condición de cumplir con los permisos y los procedimientos establecidos por el derecho canadiense. Alegó que el arbitraje inversionista-Estado no debe utilizarse como una garantía de que los inversionistas extranjeros obtendrán los permisos ambientales, aunque sus MIA sean defectuosas o aunque haya oposición social a los proyectos. Finalmente, Canadá rechazó que las conductas de sus órganos o de sus oficiales fueran arbitrarias, que le pudieran causar un daño al inversionista y que pudieran comportar cualquier violación al TLCAN.¹⁴⁹⁹

El Tribunal resolvió en favor del inversionista, afirmando, entre otras cosas, que el PRC y las autoridades ambientales habían frustrado las expectativas legítimas del inversionista al rechazar el proyecto en base al posible impacto negativo en los “valores fundamentales de la comunidad” -en vez de basar su decisión en los impactos ambientales del proyecto *después* de las medidas de mitigación propuestas por Bilcon. Para el Tribunal, la consideración de los “valores fundamentales de la comunidad” en el proceso de EIA había sido arbitrario e ilegal, puesto que, en su opinión, ni las leyes, ni las Directrices para la preparación de la MIA contenían ninguna mención a los “valores fundamentales de la comunidad”. Según el Tribunal, la MIA de Bilcon no era deficiente porque cumplía con todos los rubros establecidos en las leyes correspondientes y en las Directrices para la preparación de su MIA, y Bilcon no tenía obligación de incluir información sobre dichos valores ni podía esperar que ese criterio fuera a considerarse en la EIA de su proyecto.

El Tribunal halló que la conducta del PRC fue arbitraria porque, por una parte, creó un nuevo estándar o criterio de evaluación –“los valores fundamentales de la comunidad”- sin autoridad legal para ello y sin notificación previa y oportuna a Bilcon; y por otra parte, el PRC no llevó a cabo una evaluación minuciosa de la MIA del proyecto *Whies Point* conforme a los criterios establecidos por ley porque no analizó los impactos ambientales *después* de la mitigación del proyecto.¹⁵⁰⁰

Según el Tribunal, el PRC debió analizar debidamente las medidas de mitigación propuestas por Bilcon y los impactos ambientales *después* de la mitigación. A juicio del Tribunal, el PRC mostró un gran desinterés hacia los argumentos de Bilcon ya que sólo concedió a los expertos de la demandante 90 minutos en una audiencia

¹⁴⁹⁸ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Counter-memorial of Canada (9 December 2011).

¹⁴⁹⁹ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Counter-memorial of Canada (9 December 2011).

¹⁵⁰⁰ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015), párr. 591.

Anexo 1

pública que acumuló 90 horas (es decir, menos del 2 por ciento del tiempo total de la audiencia), por lo que el Tribunal consideró que Canadá no había dado un trato a Bilcon acorde con la justicia procesal y sustantiva.¹⁵⁰¹

A juicio del Tribunal, fue injusto que los funcionarios de Nova Scotia alentaran proyectos de minería en la provincia y también particularmente al Sr. Buxton - representante de Bilcon en el proyecto *Whites Point*- en el área de Digby Neck, y luego de que el inversionista destinara extensos esfuerzos y recursos para la preparación de la MIA, otros oficiales distintos a los primeros determinaran que el área estaba vedada para proyectos de dicha naturaleza.¹⁵⁰²

El Tribunal concluyó que la conducta de las autoridades del gobierno de Canadá violaron el art. 1105 del TLCAN porque primero alentó a los inversionistas a involucrarse en un proceso de EIA y cuando éste invirtió varios millones de dólares en su preparación y tramitación, el proyecto del inversionista se valoró utilizando conceptos que no figuraban en la ley.¹⁵⁰³

Canadá buscó, sin éxito, la anulación del Laudo ante las Cortes canadienses, argumentando que el Laudo contenía decisiones que excedían la jurisdicción del Tribunal, y que era contrario al orden público de Canadá, pues el Tribunal “usurpó” la función de revisión judicial del proceso de EIA que corresponde a las cortes internas.¹⁵⁰⁴

En este caso me interesa resaltar dos puntos centrales para la efectividad de los derechos procesales ambientales en el contexto del arbitraje inversionista-Estado: 1) el valor que tienen las percepciones y relaciones de una comunidad con su medio natural en un proceso de EIA, frente a las expectativas de los inversionistas de que su proyecto sea aprobado; y 2) la ausencia de una obligación de los inversionistas de agotar los recursos internos antes de iniciar un arbitraje inversionista-Estado afecta el delicado equilibrio entre los derechos de los inversionistas y los de las comunidades (potencialmente) afectadas en los procesos de toma de decisiones relacionadas con las inversiones.

Sobre el primer punto, cuando el Tribunal interpretó que la frustración de las expectativas razonables del inversionista son un factor relevante al determinar si el Estado ha violado el estándar mínimo de trato internacional;¹⁵⁰⁵ que Bilcon tenía la *expectativa legítima y razonable* de que su proyecto sería bienvenido porque las

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, párr. 590.

¹⁵⁰² *Ibid.*, párr. 592-593.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, párr. 446-453.

¹⁵⁰⁴ *Attorney General of Canada v. Willian Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon Delaware, Inc.*, Federal Court, Court File No.: T-1000-15, Notice of Application (16 June 2016); *Attorney General of Canada v. Willian Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon Delaware, Inc.*, Federal Court, Court File No.: T-1000-15, Judgement and Reasons (2 May 2018).

¹⁵⁰⁵ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) párr. 432-445.

Anexo 1

autoridades de Nova Scotia hicieron declaraciones muy claras y específicas, en repetidas ocasiones, que alentaron a los inversionistas a perseguir un proyecto de cantera de basalto y de una terminal marina en *Whites Point*; y que Canadá había frustrado las expectativas legítimas de Bilcon al rechazar su proyecto, basando su decisión en los impactos negativos del proyecto sobre los "valores fundamentales de la sociedad" derivados del proceso de participación pública en la EIA, en realidad, lo que hizo fue dar prioridad a las expectativas de los inversionistas que a los resultados de los procesos de democracia participativa ambiental.

En mi opinión, la visión del Tribunal es problemática para garantizar la efectividad del derecho a la participación pública en asuntos ambientales porque parece sugerir que los recursos destinados a la preparación y tramitación de una MIA son, en sí mismos, una inversión protegida por el TLCAN; que la mera consulta o sondeo con las autoridades sobre la idea de hacer una inversión en el país anfitrión, junto con la preparación de la MIA, crean la *expectativa legítima* de los inversionistas de que su proyecto será aprobado -con independencia de los resultados de los procesos de participación pública realizados en el proceso de EIA-, y que los impactos de un proyecto sobre las percepciones y relaciones de la comunidad con su medio natural y sobre sus medios y calidad de vida, son menos importantes que las expectativas del inversionista. En otras palabras, el Tribunal parece tener una visión de que los procesos de EIA y, particularmente, la participación pública en estos procesos no son más que meros trámites administrativos con poca capacidad de influencia sobre el resultado, visión que impacta la efectividad de la democracia participativa.¹⁵⁰⁶

El Tribunal era bien consciente de que su Laudo podría menoscabar la democracia participativa, por lo que se vio en la necesidad de incluir una nota aclarativa en su Laudo expresando que "el valor que los seres humanos dan a los componentes de los ecosistemas posiblemente afectados ciertamente es una parte integral de la EIA. Las consideraciones técnicas y científicas, junto con los comentarios del público, informan la evaluación de los efectos potenciales y la búsqueda de medidas para reducirlos o eliminarlos",¹⁵⁰⁷ pero sin pronunciarse sobre el valor que se ha de dar a los resultados de los procesos participativos en la toma de decisiones relativas a un proyecto, donde el inversionista tiene la "expectativa legítima" de que su proyecto sea aprobado.

¹⁵⁰⁶ Ver: C. ADKINS and D. GREWAL, "Democracy and Legitimacy in Investor-State Arbitration" (2016) *Yale Law Journal Forum* Vol. 126, p. 65-76. Este estudio también comenta el caso *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America*, donde la empresa Canadiense TransCanada quería construir un oleoducto que afectaba áreas indígenas y que estaba en contra de los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero, por lo que enfrentó múltiples protestas sociales y fue paralizado por el entonces presidente, Barak Obama. La empresa argumentó que la denegación de la licencia que solicitó era arbitraria por responder a las protestas y violatoria del TLCAN. El caso fue discontinuado en el año 2017. Ver: *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America*, ICSID Case No. ARB/16/21.

¹⁵⁰⁷ (la traducción es de la autora). Ver: *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) párr. 736.

Anexo 1

Esto parece confirmarse también en los razonamientos del Tribunal en relación con los estándares de trato nacional y trato de nación más favorecida, donde el Tribunal rechazó la existencia de una oposición social significativa al proyecto como uno de los dos factores que justificaron la remisión del proyecto ante un PRC. Al analizar si Canadá dio un trato discriminatorio a Bilcon, el Tribunal afirmó que el TLCAN únicamente requiere que el proyecto de referencia y el del inversionista o su inversión en la diferencia se encuentren en "circunstancias similares" y no en "identidad de circunstancias", por lo que no se podía aplicar un criterio tan restringido como el propuesto por Canadá.¹⁵⁰⁸ Así, el Tribunal únicamente se enfocó en si otros procesos de EIA habían considerado los impactos ambientales *después* de las medidas de mitigación al determinar la viabilidad ambiental del proyecto, como un parámetro sobre el trato discriminatorio de Canadá.¹⁵⁰⁹ Dado que, en opinión del Tribunal, el PRC no consideró estos impactos *después* de las medidas de mitigación propuestas por el promovente en el proyecto *Whites Point*, Canadá dio un trato discriminatorio a Bilcon que no estaba justificado por una *política de gobierno racional* y, en definitiva, no fue acorde con los objetivos de liberalización del comercio y las inversiones perseguidos por el TLCAN. En consecuencia, el Tribunal concluyó que Canadá había violado los art. 1102 y 1103 del TLCAN.

Mi lectura es que el Tribunal refleja un enfoque donde tomar en cuenta de manera significativa la opinión de las comunidades locales y los efectos socio-ambientales del proyecto al valorar su viabilidad ambiental es una conducta arbitraria y que no encuentra justificación en la racionalidad neoliberal, donde la protección del capital se posiciona como un valor supremo, incluso superior al de la democracia.

La segunda reflexión va sobre los efectos del caso Bilcon sobre el derecho al acceso a la justicia. Los art. 8 y 9 del Acuerdo de Escazú y el Convenio de Aarhus, respectivamente, disponen que los Estados deben contar con procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de autoridades públicas que vayan en contra del derecho nacional ambiental. Estos procedimientos administrativos están abiertos tanto al inversionista extranjero como al público para recurrir las decisiones de las autoridades ambientales en el marco de una EIA.¹⁵¹⁰ En otras palabras, el derecho al acceso a la justicia crea un delicado equilibrio entre los recursos disponibles para el inversionista para impugnar la decisión que rechaza su proyecto o las condiciones que se le hubieren impuesto en el permiso ambiental, por un lado, y los recursos disponibles para el público en general en contra de la decisión de las autoridades de aprobar un proyecto, las condiciones del permiso o el procedimiento seguido.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, párr. 691-692.

¹⁵⁰⁹ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Memorial of the Investors (25 June 2011).

¹⁵¹⁰ Ver: Capítulo 4, sección 3.2. Los inversionistas extranjeros como titulares de derechos procedimentales ambientales.

Anexo 1

Sin embargo, el arbitraje inversionista-Estado puede eliminar esta igualdad de derechos en favor del inversionista extranjero, al no obligar al inversionista a agotar los recursos internos, silenciando con ello a las comunidades afectadas por el proyecto. En este respecto, Canadá objetó la jurisdicción de Tribunal argumentando, entre otros motivos, que aunque el TLCAN no exigía el agotamiento de recursos internos antes de iniciar un procedimiento de arbitraje internacional, el estándar mínimo de trato exigía que la conducta del Estado fuera "atroz" para dar lugar a la responsabilidad internacional, umbral que no se alcanzaba en este caso porque ninguna de las pretensiones de Bilcon era atroz. De acuerdo con Canadá, la empresa tuvo múltiples recursos administrativos y judiciales para solicitar la revisión del proceso de EIA y de las decisiones de las autoridades ambientales provincial y federal. No obstante, fue Bilcon quien eligió no ejercer sus derechos.¹⁵¹¹ El Tribunal rechazó esta objeción a la jurisdicción y consideró que este argumento se relacionaba con el fondo del asunto, en el análisis de la violación del art. 1105 del TLCAN sobre el estándar mínimo internacional.¹⁵¹²

En mi opinión, el Tribunal no debió afirmar su jurisdicción porque el inversionista tenía muchas oportunidades para solicitar la revisión del EIA, mismas que se mantenían dentro del equilibrio entre los recursos disponibles para los inversionistas y las comunidades locales en relación con el proyecto. Al afirmar su jurisdicción, el Tribunal no sólo afectó la soberanía de Canadá,¹⁵¹³ sino que además invisibilizó, silenció y sancionó a las comunidades que defendieron su entorno natural y eligieron un modelo de desarrollo ecologista.

Fueron invisibilizadas porque el Tribunal se centró en si la decisión de las autoridades ambientales frustraron o no la expectativa del inversionista de proceder con su proyecto, sin tomar en cuenta todos los documentos políticos de la comunidad que expresaban el modelo de desarrollo que perseguía. Fueron silenciadas porque una vez que el caso llega al arbitraje inversionista-Estado las comunidades no pueden participar como terceros en el proceso a fin de defender sus derechos. Y fueron sancionadas porque Canadá fue condenado a pagar, con los impuestos de los ciudadanos, más de \$9 millones de dólares al inversionista.

El arbitraje inversionista-Estado afecta el equilibrio del acceso a la justicia no sólo por dar recursos adicionales a los inversionistas que los disponibles para el público, sino también por las reparaciones a las que pueden acceder los inversionistas. Si Bilcon hubiese agotado los recursos internos, habría podido obtener la revisión de la decisión, misma que podría haber confirmado la decisión, ordenado la reposición del procedimiento u otorgado el permiso ambiental; pero no habría podido obtener un reembolso de todos los gastos incurridos para la preparación de su MIA, con

¹⁵¹¹ *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) párr. 36.

¹⁵¹² *Ibid.*, Part V.

¹⁵¹³ Ver: *William Ralph Clayton et. al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae (17 March 2015).

indemnización e intereses.¹⁵¹⁴ Por ello considero que el arbitraje inversionista-Estado tiene el potencial de obstruir el acceso a la justicia en asuntos ambientales, en detrimento del público afectado, el desarrollo sostenible y la democracia, en general.

3. Chevron v. Ecuador (II)

El caso *Chevron v. Ecuador* es uno de los casos más complejos de arbitraje inversionista-Estado y, posiblemente, de la historia del mundo globalizado. En este apartado me concentraré muy concretamente en los aspectos del caso que tienen alguna relación con el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, por lo que no pretendo exponerlo con la exhaustividad que merece.

Entre 1964 y 1972 la empresa *Texaco Petroleum Company* (TexPet), junto con *Ecuadorian Gulf Oil Company* (Gulf) llevó a cabo actividades de exploración minera y construyó el oleoducto SOTE en la región Oriente del Ecuador.¹⁵¹⁵ En 1973 TexPet, Gulf y el gobierno del Ecuador firmaron un acuerdo de concesión con fecha de terminación el 6 de junio de 1992.¹⁵¹⁶ TexPet funcionó como "operador" del consorcio desde 1973 hasta el 1 de junio de 1990, momento en que PetroEcuador asumió el rol de "operador". Durante esos años (1973-1990), se derramaron más de 18 billones de galones de petróleo directamente al medio ambiente, causando la mayor catástrofe ambiental de la industria petrolera.¹⁵¹⁷

El 3 de noviembre de 1993 varios miembros de las comunidades indígenas y ciudadanos ecuatorianos presentaron una demanda colectiva (*class action*) en contra de Texaco ante las Cortes de Distrito del Sur de Nueva York por daños a su persona y su propiedad, en nombre de cada uno de los demandantes así como en representación de otras personas en situaciones similares.¹⁵¹⁸ La demanda se presentó en representación de aproximadamente 30,000 habitantes de la región de Oriente del Ecuador. Los demandantes solicitaban el pago de daños en concepto de compensación, daños punitivos y la remediación ambiental.¹⁵¹⁹

Paralelamente, en 1994 cuatro Municipios de la región de Oriente (los Municipios de Shushufindi, Francisco de Orellana, Lago Agrio y la Joya) iniciaron

¹⁵¹⁴ Un análisis más profundo de estas diferencias se encuentra en: L. COTULA, "Property Rights, negotiating power ad foreign investment: an international and comparative law study on Africa" PhD Thesis (University of Edinburgh 2009).

¹⁵¹⁵ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) párr. 4-55 a 4-58.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*

¹⁵¹⁷ Un buen resumen de los daños se encuentra en: A. PIGRAU, "The Texaco-Chevron Case in Ecuador: Law and Justice in the Age of Globalization" (2014) *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. V, No. 1, pp. 1-44.

¹⁵¹⁸ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) párr. 4.75.

¹⁵¹⁹ *Aguinda et. al. v. Texaco, Inc.*, US District Court for the District of New York, Case No. 93 CIV. 7527, Opinion and Order (30 May 2001).

Anexo 1

procedimientos judiciales en contra de TexPet demandando la reparación del daño ambiental y daños a las comunidades causados por las operaciones de la empresa.¹⁵²⁰

Mientras todos estos litigios se encontraban abiertos, en mayo de 1995 TexPet, el Ministerio de Minería del Ecuador y PetroEcuador firmaron el “Contrato para la ejecución de Trabajos de Reparación Medioambiental y Liberación de Obligaciones, Responsabilidades y Demandas” (en adelante, contrato de liberación de obligaciones de 1995), de acuerdo con el cual, el gobierno se comprometió a liberar a TexPet de toda obligación legal y contractual y de responsabilidad por los impactos ambientales derivados de las operaciones del consorcio, una vez que se hubieran llevado a cabo tareas de remediación ambiental a la satisfacción del Ministerio.¹⁵²¹

Según lo estipulado en el contrato de liberación de obligaciones, en 1996 TexPet negoció varios acuerdos con las Municipalidades de Shushufindi, Francisco de Orellana, Lago Agrio y La Joya, mismos que fueron aprobados y protocolizados por la Corte (Liberaciones municipales de responsabilidad de 1996).¹⁵²²

En ese mismo año, la Corte del Distrito del Sur de Nueva York se inhibió de resolver el *caso Aguinda* argumentando que el foro más conveniente para conocer del caso eran las cortes de Ecuador (*forum non conveniens*). Los demandantes del caso Aguinda presentaron un recurso de apelación que se resolvió hasta el año 1998.

El 30 de septiembre de 1998, TexPet, PetroEcuador y el Ministerio de Minería firmaron el “Acta final de liberación de obligaciones”, donde se asentó que se investigaron un total de 250 pozos, 7 derrames y 133 albercas en 10 terrenos, y que se llevaron a cabo actividades de remediación en 168 pozos, dejando 89 pozos sin remediar.¹⁵²³

En octubre de ese mismo año la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos revirtió la decisión del caso *Aguinda* y remitió el caso de vuelta a la Corte de Distrito para su reconsideración. En mayo de 2001 la Corte de Distrito volvió a inhibirse por *forum non conveniens*, pero esta vez bajo la condición de que Texaco se comprometiera a aceptar la jurisdicción de las cortes ecuatorianas, en la demanda que presentaren los demandantes del caso *Aguinda* en aquella jurisdicción.

¹⁵²⁰ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) párr. 4. 155.

¹⁵²¹ Contrato para la ejecución de Trabajos de Reparación Medioambiental y Liberación de Obligaciones, Responsabilidades y Demandas (4 de mayo de 1995).

¹⁵²² *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) párr. 4.164.

¹⁵²³ *Ibid.*, párr. 4.178.

Anexo 1

En octubre de 2001, Chevron y Texaco celebraron un contrato de fusión, crearon una nueva empresa, la "ChevronTexaco Corporation".¹⁵²⁴ Así, en mayo de 2003 los demandantes del caso Aguinda, presentaron una nueva demanda en contra de ChevronTexaco Corporation (en adelante Chevron) ante la Corte de Lago Agrio en el Ecuador (en adelante caso *Lago Agrio*). Aunque Chevron negó la jurisdicción de la Corte de Lago Agrio, el procedimiento continuó hasta su resolución el 14 de febrero de 2011 en primera instancia, en 2012 en segunda instancia ante la Corte de Apelación de Lago Agrio, en 2013 ante la Corte de Casación y en 2018 en la Corte Constitucional.

El 23 de septiembre de 2009, varios años antes de que se resolviera el caso *Lago Agrio*, Chevron y TexPet presentaron su notificación de intención del arbitraje *Chevron v. Ecuador II*, con base en el art. VI(3)(a) del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante TBI Ecuador-EEUU), por las conductas del poder ejecutivo y judicial en relación con el caso *Lago Agrio*.

Entre 2003 y 2018 se tramitaron otros once procedimientos judiciales y arbitrales en más de cinco jurisdicciones distintas asociados a las relaciones entre Texaco/Chevron y Ecuador en el marco de las concesiones y al litigio *Lago Agrio*. Entre los más relevantes se destacan:

- El arbitraje ante la Asociación Americana de Arbitraje en Nueva York, donde Chevron y TexPet demandaron al Ecuador en busca de inmunidad contractual por los daños ambientales ocasionados por el consorcio (el arbitraje AAA). Este caso se resolvió a favor del Ecuador en la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, desechándose las demandas de Chevron y TexPet.
- El arbitraje *Chevron v. Ecuador I* ante la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, donde Chevron alegó denegación de justicia por parte del Ecuador por demora en resolver seis litigios iniciados por Chevron en las cortes del Ecuador. La CPA resolvió a favor de Chevron y ordenó al Estado ecuatoriano pagar 96 millones de dólares.
- Los procedimientos ante las cortes de Nueva York presentado por los demandantes del caso *Lago Agrio* y el Ecuador solicitando que se bloqueara el arbitraje *Chevron v. Ecuador II*, argumentando que se afectarían los derechos de los demandantes en el caso *Lago Agrio*. La corte de Estados Unidos rechazó esta solicitud.
- Investigaciones penales relacionadas con el acuerdo de liberación de responsabilidad de 1995 en el Ecuador. En 2003 el Contralor General de la República del Ecuador inició investigaciones penales en contra de los señores Veiga y el Dr. Pérez, ambos representantes de TexPet, y de los Sr.

¹⁵²⁴ Federal Trade Commission, "FTC Consent Agreement Allows the Merger of Chevron Corp. and Texaco Inc., Preserves Market Competition" (7 September 2001) <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2001/09/ftc-consent-agreement-allows-merger-chevron-corp-and-texaco-inc>>.

Anexo 1

Rivadeneira (exministro de Energía y Minas) y Dr. Godillo (ex Presidente Ejecutivo de PetroEcuador), en relación con el acuerdo de liberación de responsabilidad de 1995.

- El litigio RICO. El 1 de febrero de 2011, un día después de la emisión de la sentencia del caso *Lago Agrio*, Chevron presentó una demanda en contra de los abogados de los demandantes en el caso *Lago Agrio* ante las cortes de Nueva York alegando fraude y corrupción en la sustanciación del caso. El 4 de marzo de 2014 el caso se resolvió a favor de Chevron. Este caso tuvo una incidencia directa en el resultado del caso *Chevron v. Ecuador II*.

El caso *Chevron v. Ecuador II* se centra en la responsabilidad internacional del Ecuador, en violación del TBI Ecuador-EEUU, por las conductas del poder ejecutivo y judicial relacionadas con la sustanciación del caso *Lago Agrio* y su sentencia. Según las empresas, la sustanciación del caso *Lago Agrio* fue fraudulento, la Corte no fue imparcial y el poder ejecutivo influyó al poder judicial para emitir una sentencia en contra de las empresas.

El Ecuador negó la admisibilidad de la demanda de inversiones y la jurisdicción del Tribunal para conocer del caso, argumentando, entre otras cosas, que el Estado ecuatoriano no es parte litigante en el caso *Lago Agrio*, sino que se trata de un litigio privado entre las empresas y las personas afectadas por el daño ambiental ocasionado por las empresas.¹⁵²⁵ El Ecuador alegó haber cumplido con sus acuerdos de liberación de responsabilidad puesto que no había iniciado ningún procedimiento administrativo o judicial en contra de ninguna de las empresas demandantes, pero explicó que tampoco podía impedir que las personas afectadas reclamaran la responsabilidad civil de las empresas por los daños ocasionados a su entorno natural, medios de vida, propiedad, salud y persona.

El Ecuador advirtió que la decisión del Tribunal podría perjudicar gravemente los derechos de los demandantes en el caso *Lago Agrio*, quienes no podían participar en el arbitraje de inversiones para defender sus derechos. Argumentó que condenar al Estado a pagar una reparación a las empresas demandantes, tendría el mismo efecto que conderles una inmunidad especial contra toda responsabilidad derivada del daño ambiental que ocasionaron en el Ecuador, por lo que solicitó al Tribunal que negara su jurisdicción y paralizara el arbitraje de manera definitiva.¹⁵²⁶

¹⁵²⁵ Los otros argumentos fueron: 1) Chevron no hizo ninguna inversión en el Ecuador, por lo que no está cubierto por el AII; 2) TexPet, el segundo demandante en el arbitraje inversionista-Estado, no es parte demandada en el caso *Lago Agrio*, por lo que ningún derecho le ha sido violado; 3) que las demandantes ya habían elegido otros medios de litigio, por lo que el tratado les impedía iniciar este procedimiento arbitral (fork in the road).

¹⁵²⁶ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Memorial on Jurisdictional Objections of the Republic of Ecuador (26 July 2010); *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (27 February 2012) párr. 3.43- 3.181; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) párr. 2.8.

Anexo 1

Al respecto, el Tribunal determinó que su decisión no afectaría los derechos de los demandantes en el litigio *Lago Agrio*, ya que los acuerdos de liberación de responsabilidad no abarcaban las demandas hechas por terceras personas por daños individuales a su persona o su propiedad, sólo aquellas demandas por “derechos difusos” o “colectivos”.¹⁵²⁷ Para el Tribunal, el medio ambiente es un “derecho difuso”, del cual el Estado ecuatoriano es custodio y, en esa calidad, liberó de responsabilidad a las empresas demandantes por los daños ambientales. Los derechos individuales de las personas por daños directamente a su propiedad o a su integridad personal, no están contemplados en los acuerdos de liberación y no se verán afectados por el laudo arbitral.¹⁵²⁸

En cuanto al fondo del asunto, el Ecuador argumentó que: 1) el acuerdo de liberación de responsabilidad ambiental únicamente certificaba que las empresas habían cumplido con sus obligaciones *contractuales* de remediación ambiental en el marco de las concesiones, y el Ecuador no presentaría ninguna demanda en relación con dicha concesión o las actividades de remediación, pero no abarcaba demandas por daños ambientales ocasionados a la Amazonía ecuatoriana y a sus habitantes presentadas por las personas afectadas, por lo que no se había materializado ninguna violación al acuerdo; 2) que al momento de presentarse la demanda de arbitraje inversionista-Estado aun no había una sentencia del caso *Lago Agrio*, no se habían agotado los recursos internos para impugnarla, no se había demostrado que los recursos internos eran ociosos, ni se había demostrado, sin lugar a dudas, que las Cortes ecuatorianas hubieran actuado de manera corrupta y fraudulenta, por lo que no se había materializado la alegada “denegación de justicia”; y 3) que incluso si el Tribunal encontrara que el Ecuador había violado el acuerdo de liberación de responsabilidad de 1995, ello no constituía una violación al TBI Ecuador-EEUU.¹⁵²⁹

Al momento de emitirse el Laudo sobre responsabilidad, ya se había emitido la sentencia del caso *Lago Agrio*, misma que se había impugnando ante las cortes de

¹⁵²⁷ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, First Partial Award on Track I (17 September 2013); *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Decision on Tack 1B (12 March 2015); *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) párr. 7.35, 7.38.

¹⁵²⁸ El Tribunal también respondió a las otras objeciones a la admisibilidad y jurisdicción del Ecuador de la siguiente manera: 1) las demandantes sí tenían una inversión cubierta por el tratado ya que la definición de inversión del AII es amplia e incluye todos los acuerdos y decisiones relacionadas con una inversión, y el Contrato para la ejecución de Trabajos de Reparación Medioambiental y Liberación de Obligaciones, Responsabilidades y Demandas (acuerdo de liberación de responsabilidad de 1995) es parte integral de la inversión hecha a través de las concesiones de hidrocarburos; 2) que TexPet tenía legitimación activa en el arbitraje inversionista-Estado aunque no fuera parte demandada en el caso *Lago Agrio* porque había tenido una inversión cubierta por el AII y era parte contratante en el acuerdo de liberación de responsabilidad; 3) que Chevron también tenía legitimación activa en este arbitraje porque al fusionarse con Texaco adquirió el rol de “matriz” o “principal” de TexPet, el cual está incluido en el acuerdo de liberación de responsabilidad de 1995 y su Acta final de 1998.

¹⁵²⁹ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Track 2 Counter-Memorial on the Merits of the Republic of Ecuador (18 February 2013); *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) párr. 2.8.

Anexo 1

apelación, de casación y constitucional. Así, en su Laudo sobre responsabilidad, el Tribunal determinó que la sentencia del litigio *Lago Agrio* hace responsable a Chevron no sólo por derechos individuales a personas afectadas por la concesión, sino especialmente por daños al medio ambiente como un “derecho difuso”. Por tanto, en su opinión, la sentencia de la Corte *Lago Agrio*, así como las decisiones de las Cortes de Apelación, de Casación y Constitucional que la confirman y la hacen ejecutable, son contrarias a los acuerdos de liberación de responsabilidad ambiental.

Según el Tribunal, el Art. II(3)(c) del TBI Ecuador-EEUU contiene una cláusula paraguas que atrae el cumplimiento con el contrato de liberación de responsabilidad bajo el amparo del tratado. Asimismo, el TBI Ecuador-EEUU obliga a todos los órganos del Estado ecuatoriano, incluyendo al poder judicial. En consecuencia, el hecho de que la cortes ecuatorianas resolvieran la responsabilidad de las empresas por daños ambientales puros, en violación del contrato de liberación de responsabilidad sí podría constituir una violación al TBI Ecuador-EEUU.¹⁵³⁰

Además, el Tribunal interpretó que la “denegación de justicia” entendida conforme al derecho internacional consuetudinario también comporta la violación del estándar FET en los términos del art. II(3)(a) del TBI Ecuador-EEUU.¹⁵³¹ Para el Tribunal, el test legal para determinar que si el Estado ha denegado justicia a un inversionista consiste en probar que: 1) la sentencia impugnada es claramente inapropiada y desacreditable; y 2) que el sistema judicial nacional, en su totalidad, ha fallado en corregir la sentencia o remediar el daño.

En este caso, el Tribunal importó a este arbitraje las pruebas del litigio TICO, celebrado en Nueva York en contra de los abogados de la parte demandante de *Lago Agrio*, para determinar que la sentencia del caso *Lago Agrio* era claramente inapropiada y desacreditable. Consideró como hechos probados que la sentencia no fue escrita únicamente por el juez, sino que el juez aceptó ayuda de otras personas (los abogados de las demandantes de *Lago Agrio*); que la sentencia incorpora material que nunca fue presentado por las demandantes en el caso *Lago Agrio* y que no fueron revisados por los demandados; y que los contenidos de esos materiales se usaron en la sentencia de *Lago Agrio* para hallar a las empresas responsables de los daños ambientales.¹⁵³²

Según el Tribunal, la Corte de Apelación de *Lago Agrio* se negó a revisar los argumentos de hecho y de derecho de la Sentencia, así como las alegaciones de Chevron sobre el fraude procesal; la Corte de Casación tampoco revisó ninguno de los argumentos de Chevron sobre el fraude procesal y la redacción de la sentencia por los abogados de las partes demandantes; y la Corte Constitucional

¹⁵³⁰ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) Parts IV and V, and párr. 8.6-8.11.

¹⁵³¹ *Ibid.*, párr. 8.24.

¹⁵³² *Ibid.*, párr. 5.24-5.85.

Anexo 1

negó tener jurisdicción para revisar dichos argumentos.¹⁵³³ Para el Tribunal, todas estas cortes tenían conocimiento de las serias denuncias hechas por Chevron sobre el fraude judicial en el caso *Lago Agrio*, pero ninguna tomó medidas para iniciar investigaciones, reponer el procedimiento y corregir la sentencia.¹⁵³⁴ En consecuencia, desde el punto de vista del Tribunal, la sentencia del caso *Lago Agrio* fue “claramente inapropiada y desacreditable”, con el resultado de que Chevron y Texpet fueron sujetos a un trato injusto e inequitativo; y el sistema judicial, en su conjunto, no satisfizo los estándares mínimos internacionales de justicia requeridos por el derecho internacional. Por tanto, el Estado violó el art. II(3)(a) del AII sobre el estándar FET.¹⁵³⁵

El Tribunal rechazó los otros argumentos de las demandantes relativos a la influencia del poder ejecutivo sobre el poder judicial. Asimismo, se abstuvo de pronunciarse sobre los argumentos de las demandantes relativos a los estándares ambientales, la causalidad del daño ambiental, entre otros, por considerarlos innecesarios y porque podrían afectar a los demandantes del caso *Lago Agrio* cuando decidieran reponer el juicio en las cortes ecuatorianas.

Al momento de redactar este capítulo, los daños y las medidas de reparación aun no habían sido resueltas, mismas que se abarcarán en el Laudo del Track III.

Este caso revela, nuevamente, la importancia de garantizar los derechos procedimentales ambientales en las distintas áreas de regulación de las inversiones extranjeras. Confirma que el respeto y la garantía de estos derechos podrían ayudar a prevenir diferencias de inversiones, por un lado, y que ante la falta de consideración de los derechos ambientales al analizar los hechos del caso de arbitraje, los Tribunales de arbitraje inversionista-Estado pueden obstaculizar el goce y ejercicio de estos derechos y profundizar las injusticias ambientales.

Ningún otro caso ilustra de mejor manera la importancia de aplicar los derechos de acceso a la información y a la participación pública en la toma de decisiones relacionadas con *contratos relativos a las inversiones*, como lo hace el caso *Chevron v. Texaco II*. Primero, porque los contratos relacionados con las inversiones pueden contener cláusulas sobre la distribución de obligaciones y responsabilidades ambientales desfavorables a la población o al interés público. En el caso *Chevron v. Texaco II*, se observa que el contrato de liberación de responsabilidad ambiental se firmó cuando la empresa sólo había hecho trabajo de remediación ambiental en 168 pozos, dejando 89 pozos sin remediar. Al firmar ese contrato, sería el pueblo ecuatoriano el que tendría que pagar, con sus impuestos, la remediación de los 89 pozos contaminados restantes.

Segundo, porque los contratos de inversiones pueden tener efectos adversos sobre los derechos de terceros. Cuando el contrato de liberación de responsabilidad se firmó, las comunidades afectadas ya habían iniciado un proceso judicial del caso

¹⁵³³ *Ibid.*, párr. 5.171-5.225.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, párr. 8.13-8.8.59.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, párr. 8.60-8.78.

Anexo 1

Aguinda en contra de Texaco/Texpex por los daños ambientales y patrimoniales que causó la empresa en la Amazonía ante las cortes de Nueva York. Al momento de la firma, los alcances del contrato eran inciertos, puesto que parecía ser que el Estado se estaba comprometiendo a no reclamar, a nombre del Estado, la remediación ambiental o reparación de daños ambientales, pero no pretendía renunciar *los derechos de las personas* a reclamar la reparación del daño ambiental, ni tampoco proteger a la empresa contra cualquier procedimiento civil iniciado por particulares contra las empresas por dichos daños ambientales.

Tercero, porque los contratos pueden incluir cláusulas que van más allá de las capacidades del poder ejecutivo y afectar la distribución de poderes y el estado de derecho en el Estado anfitrión. En el caso *Chevron v. Ecuador II*, vemos que el Tribunal interpretó que el contrato había liberado a las empresas de la responsabilidad ambiental, por lo que las cortes ecuatorianas no debieron nunca emitir una sentencia sobre la responsabilidad de la empresa por el daño ecológico puro y que sólo debió pronunciarse sobre el daño ocasionado a las personas y su patrimonio. En consecuencia, se podría decir que el contrato comprometió las facultades de poder judicial.

Cuarto, porque los AII neoliberales pueden atraer los contratos bajo su amparo y extraerlos del derecho interno y de las cortes internas. En el caso *Chevron v. Ecuador II*, el Tribunal entendió que el incumplimiento con un contrato podría suponer una violación a las obligaciones contenidas en el TBI Ecuador-EEUU en virtud de la cláusula paraguas.

En este caso, el Estado celebró el contrato de liberación de responsabilidad en completa secrecía y sin la participación de las personas afectadas por el proyecto. Posiblemente, si se hubiera publicado un borrador del contrato o se hubiera llevado a cabo un proceso participativo, las personas potencialmente afectadas se habrían opuesto al contrato y la historia habría tenido un desenlace distinto. Posiblemente, si las personas hubieran tenido acceso oportuno al contrato de liberación de responsabilidad, lo habrían podido impugnar ante las cortes internas. Quizás, si los derechos procedimentales ambientales se hubieran garantizado en el contexto de la firma del contrato de liberación de responsabilidad, la diferencia de inversiones del caso *Chevron v. Ecuador II*, se habría podido prevenir porque a pesar de todas las aristas y complejidades de la historia *Chevron-Lago Agrio-Ecuador*, este arbitraje concreto gira en torno a un aspecto bien central: el contrato de liberación de responsabilidad ambiental, sus alcances y su protección por el TBI Ecuador-EEUU. En mi opinión, la falta de participación de las personas en este contrato relacionado con la inversión impactó significativamente los derechos de las personas afectadas por la contaminación ambiental derivada de las actividades de la empresa.

Por lo que se refiere al riesgo de que el arbitraje inversionista-Estado obstaculice el goce y ejercicio de los derechos procedimentales ambientales, el caso *Chevron v. Ecuador II* también ilustra, de manera clara, algunas de las dificultades procesales para la defensa del medio ambiente contra los daños ocasionados por proyectos de inversión extranjeras que están protegidas por AII. Algunas de ellas

Anexo 1

son: 1) la identificación del demandado frente a las complejas estructuras corporativas; 2) la legitimación activa para reclamar la reparación del daño ambiental; y 3) la ejecución de las sentencias.¹⁵³⁶

Las empresas transnacionales utilizan complejas estructuras corporativas que les permiten esquivar demandas de responsabilidad. En este caso, las demandantes del caso *Aguinda* identificaron a Texaco y su subsidiaria TexPet como partes demandadas por el daño ambiental y personal ocasionado por sus actividades en el Ecuador. En ese momento era claro que Texaco era la principal de TexPet y ejercía control sobre ella, por lo que era relativamente fácil identificarlas a ambas como las partes demandadas. Sin embargo, luego de que la Corte de Distrito del Sur de Nueva York desechara la demanda,¹⁵³⁷ Texaco llevó a cabo otros movimientos y reestructuraciones para eludir su compromiso de someterse a la jurisdicción de las Cortes del Ecuador en relación con la demanda de los litigantes del caso *Aguinda*.

En 2001 Chevron y Texaco firmaron un contrato y plan de fusión, donde Chevron adquirió todas las acciones ordinarias en circulación de Texaco, con lo cual los accionistas de Chevron obtuvieron el 61% de la nueva compañía combinada y los accionistas de Texaco obtuvieron el 39%.¹⁵³⁸ La fusión supuso la creación de una nueva compañía, la "ChevronTexaco Corporation", cuyos efectos legales en cuanto a la transferencia de derechos y obligaciones de las antiguas empresas a las nuevas empresas es desconocido para el público.

Ante este escenario, en 2003 los litigantes del caso *Aguinda* presentaron su nueva demanda ante las cortes de *Lago Agrio* identificando como demandado a la nueva empresa ChevronTexaco Corporation. Aunque Texaco se había comprometido a someterse a la jurisdicción del Ecuador para convencer a la Corte de Nueva York de inhibirse de resolver el caso *Aguinda*, durante la tramitación del caso *Lago Agrio*, Chevron alegó que la nueva empresa "ChevronTexaco Corporation" no podía ser parte demandada porque nunca había desarrollado actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en la región de Oriente del Ecuador. La Corte de Lago Agrio, desechó ese argumento y continuó con la tramitación del caso.

¹⁵³⁶ Algunas otras dificultades incluyen: la determinación del daño ambiental, la reparación del daño, la legitimación activa en las cortes de los países de origen de la inversión. Sobre esta última ver: A. PIGRAU SOLÉ y D. IGLESIAS, "The Revised Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights: towards the next round of negotiations" (2019) *ICIP Policy Paper* No. 19.

¹⁵³⁷ En esta sección me enfoco en la identificación de *las empresas* como demandados. Sin embargo, específicamente en el caso *Chevron v. Ecuador (II)*, surgió la pregunta de si PetroEcuador y el gobierno del Ecuador también debían aparecer como demandados en los casos *Aguinda* y *Lago Agrio* en razón de que eran parte del consorcio conformado para ejecución del contrato de concesión por el período de 1973 hasta 1992, al que se atribuía el daño ambiental. Sin declararlo expresamente, el Tribunal en el caso *Chevron v. Ecuador (II)* parece inclinarse en sentido afirmativo, al resaltar que la Corte de Distrito del Sur de Nueva York tomó en consideración, en su decisión de sobreseimiento de la demanda *Aguinda et. al.*, que ni PetroEcuador ni el Ecuador aparecían como partes demandadas, quienes también debían ser demandados; y que el Ecuador tampoco aparecía como demandado en el caso *Lago Agrio*.

¹⁵³⁸ Federal Trade Commission, "FTC Consent Agreement Allows the Merger of Chevron Corp. and Texaco Inc...", cit., (sin página).

Anexo 1

Ante la inminente posibilidad de ser señalado responsable del daño ambiental en la amazonía y ser obligado a reparar el daño, Chevron inició el arbitraje inversionista-Estado *Chevron v. Ecuador II*. Esta vez, haciendo el argumento contrario, que tanto Chevron como TexPet habían hecho una inversión en el Ecuador, con la intención de poder ser considerados "inversionistas extranjeros" protegidos por el TBI Ecuador-EEUU.

El Ecuador argumentó que si Chevron no tenía nada que ver con la concesión que generó la contaminación ambiental cuya reparación se reclamaba en el caso *Lago Agrio*, tal como argumentaba Chevron en ese caso, entonces tampoco tenía una inversión en el Ecuador y, por tanto, no estaba protegido por el AII y el Tribunal arbitral no tenía jurisdicción para resolver esta diferencia de inversiones. El Tribunal determinó que no podía aceptar el argumento del Ecuador porque el derecho internacional no le permitía que hiciera dos argumentos en contrario *para su propio beneficio*, es decir, si su poder judicial -la Corte de Lago Agrio- ya había afirmado tener jurisdicción sobre Chevron en virtud de la fusión Chevron-Texaco, el Ecuador no podía negar la jurisdicción del Tribunal arbitral argumentando que Chevron y Texaco eran entidades distintas y que la primera no había hecho una inversión en el Ecuador, ni era parte contratante en el acuerdo de liberación de responsabilidad ambiental de 1995.

Desde mi perspectiva, el Tribunal no le permitió al Ecuador hacer dos argumentos en contrario, pero sí se lo permitió a Chevron y, con ello, afirmó su jurisdicción en el caso. Así, el arbitraje inversionista-Estado no sólo ignora las dificultades que ya enfrentan los defensores ambientales para identificar a los responsables del daño ambiental, sino que además favorecen prácticas de reestructuración de las empresas encaminadas a eludir sus responsabilidades y, consecuentemente, profundizan las injusticias ambientales.

Las disposiciones del consentimiento abierto al arbitraje inversionista-Estado favorecen este tipo de prácticas por parte de los inversionistas, pues no les obligan a identificarse antes de hacer la inversión y a presentar su consentimiento al arbitraje antes de que surja la diferencia. Este caso apoya mi argumento de que la reforma del DIIE requiere una reformulación de las cláusulas del consentimiento contenidas en los AII, así como mi propuesta de que los AII incluyan principios de derecho internacional ambiental que obligue a los Tribunales arbitrales a interpretar los AII en el sentido más favorable al medio ambiente y/o al desarrollo sostenible, no en el sentido más favorable al inversionista extranjero.¹⁵³⁹

La segunda dificultad procesal para la defensa del medio ambiente contra los daños ocasionados por inversionistas extranjeros protegidos por AII se refiere a cuestión de la legitimación activa para reclamar la reparación del daño ambiental o daño ecológico puro.

¹⁵³⁹ Ver: Capítulo 1, sección 4.2. La expresión del consentimiento abierto para someter la diferencia a arbitraje (*consent without privity*); y Capítulo 2, sección 4.3.2. Cláusulas sobre el consentimiento abierto en los AII.

Anexo 1

El derecho al acceso a la justicia ambiental pretende, entre otras cosas, ampliar la legitimación activa de las personas y las asociaciones, organizaciones o grupos que trabajen por la protección del medio ambiente para que puedan presentar acciones en contra de entes públicos o privados que violen el derecho ambiental o que produzcan un daño ambiental.¹⁵⁴⁰ Así, la intención es que cuando se cause un daño en el medio ambiente, su reparación pueda exigirse tanto por la persona directamente afectada por el hecho, como por cualquier persona en virtud de su derecho a vivir en un medio ambiente sano, como un derecho difuso.¹⁵⁴¹

En 1999 el Ecuador promulgó una nueva Ley de gestión ambiental donde incluyó la "acción pública", como un derecho de las personas naturales, jurídicas o grupos humanos para *denunciar la violación* de normas de medio ambiente.¹⁵⁴² Dicha acción comprende los procesos civiles, penales y administrativos. En el caso de las acciones civiles, la Ley establece que aquellas personas o grupos humanos "vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa" podrán interponer acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente.¹⁵⁴³ De acuerdo con esta Ley, los demandas ambientales de carácter civil se resuelven de manera sumaria y oral, y le permite al juez calcular los daños ambientales, distribuir el dinero por concepto de daños y perjuicios entre las víctimas, así como designar a un tercero para la gestión de los daños en beneficio de la comunidad. Esta ley fue un avance muy importante en el Ecuador para reconocer y garantizar el derecho a un medio ambiente sano en su doble dimensión de derecho individual y colectivo.¹⁵⁴⁴

En mi opinión, el caso *Chevron v. Ecuador II* tuvo como consecuencia limitar indebidamente el alcance del derecho a la legitimación activa de las partes del caso *Lago Agrio*. Según el Tribunal, el acuerdo de liberación de responsabilidad de 1995 tenía por objetivo abarcar *todas* las posibles demandas de responsabilidad ambiental (por el daño ecológico puro) que hubiesen sido interpuestas o pudieran ser interpuestas por el Ecuador o por PetroEcuador relacionadas con las

¹⁵⁴⁰ UNECE, "The Aarhus Convention: An implementation Guide" (2nd ed. 2014) p. 188.

¹⁵⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/4 solicitada por la República de Colombia sobre el Medio Ambiente y los Derechos Humanos. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal- interpretación y alcance de los artículos 4.1. y 5.1., en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (15 de noviembre de 2017) párr. 233-237. El Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú pretenden ampliar esta legitimación para presentar acciones en contra de las autoridades públicas y/o en contra de otros particulares, aunque los contornos de este derecho se definen en la legislación de cada país. Ver: Art. 9 del Convenio de Aarhus y Art. 9 del Acuerdo de Escazú.

¹⁵⁴² Art. 40 y 41 de la Ley no 37/1999, de gestión ambiental (30 de julio de 1999) RO 245.

¹⁵⁴³ Art. 42 de la Ley no 37/1999, de gestión ambiental (30 de julio de 1999) RO 245.

¹⁵⁴⁴ M. A. GOMEZ, "The Sour Battle in Lago Agrio and Beyond: The Metamorphosis of Transnational Litigation and the Protection of Collective Rights in Ecuador" (2015) *Miami Inter-American Law Review* Vol. 46, No. 2, pp. 153-177.

Anexo 1

operaciones del consorcio bajo el Acuerdo de Concesión de 1973.¹⁵⁴⁵ Dichas demandas comprenden tanto las de responsabilidad contractual asociadas al Acuerdo de Concesión de 1973 como todas aquellas regulatorias relacionadas con las operaciones de TexPet en el marco de dicha concesión.¹⁵⁴⁶ Según el Tribunal, dado que hasta 1999 la tutela del medio ambiente conforme al art. 19-2 de la Constitución recaía únicamente en el Estado y no existía la “acción pública” en el derecho ecuatoriano que concediera legitimación activa a las personas para la defensa del medio ambiente, no era previsible una demanda por terceros más allá de las demandas civiles por *daños y perjuicios individualizados*. Para el Tribunal, cuando TexPet, Texaco y el gobierno del Ecuador acordaron la liberación de responsabilidad por demandas iniciadas por PetroEcuador o el Estado, lo hicieron pensando que incluía toda demanda por “derechos difusos” como el medio ambiente. En consecuencia, el Tribunal interpretó que el acuerdo de liberación de responsabilidad no sólo comprendía aquellas demandas que pudieran ser interpuestas por PetroEcuador o el Estado ecuatoriano directamente, sino también aquellas demandas que pudiesen ser interpuestas por personas físicas, jurídicas o grupos por el deterioro causado al medio ambiente (por un daño ecológico puro), lo que el Tribunal llama “derechos difusos”.¹⁵⁴⁷

El Tribunal consideró que el acuerdo de liberación de responsabilidad no implica una inmunidad de las empresas Chevron y/o Texaco contra demandas civiles interpuesta por particulares por daños individuales a su persona o su propiedad, a los que el Tribunal llama “derechos individuales”. Reconoce que el Estado ecuatoriano no tenía la facultad o el poder de renunciar los derechos individuales, ya que, de acuerdo con el Código Civil, esa renuncia sólo la puede hacer el afectado o su representante legal. Así, el Tribunal entendió que toda reclamación de derechos difusos era violatoria del acuerdo de liberación, mientras que las reclamaciones por derechos individuales no lo eran.

Seguido, el Tribunal se centró en determinar si la demanda del caso *Lago Agrio* y su sentencia abarcaban únicamente derechos difusos distintos de derechos individuales, o si también incluían derechos individuales, concluyendo que la demanda tenía tanto reclamaciones individuales por daños personales de los demandantes como reclamaciones de “derechos difusos”,¹⁵⁴⁸ pero que la sentencia inequívocamente resuelve derechos difusos y no derechos individuales.¹⁵⁴⁹ Por tanto, en opinión del Tribunal, la sentencia del caso *Lago Agrio* es contraria al acuerdo de liberación de responsabilidad en la medida en que se refiere a derechos

¹⁵⁴⁵ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, First Partial Award on Track I (17 September 2013) párr. 77.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, párr. 77-81.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, párr. 79.

¹⁵⁴⁸ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Decision on Tack 1B (12 March 2015).

¹⁵⁴⁹ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) párr. 5.121-5.125.

Anexo 1

difusos, lo que comporta una violación a la cláusula paraguas del AII USA-Ecuador y conlleva la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano.¹⁵⁵⁰

Desde mi perspectiva, la interpretación del Tribunal tuvo como consecuencia restringir el derecho a un medio ambiente sano, sin justificar que dicha restricción fuera necesaria, proporcional o estuviera establecida por ley, como exige el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵⁵¹ El arbitraje inversionista-Estado podría suponer, por tanto, un obstáculo adicional para el ejercicio de los derechos procedimentales ambientales, profundizando las injusticias ambientales.

La tercera dificultad procesal para la defensa del medio ambiente contra los daños ocasionados por inversionistas extranjeros protegidos por AII se refiere a la ejecución de las sentencias emitidas en contra de empresas transnacionales que protegen su capital a través de transacciones transnacionales a lo largo de sus complejas estructuras corporativas, fuera de la jurisdicción del Estado que ha emitido la sentencia.

La ejecución de las sentencias en litigios transnacionales es compleja y está sujeta al reconocimiento de las sentencias en el extranjero, como se observa en el caso *Lago Agrío*. El 3 de enero de 2012 la Corte Provincial de Sucumbíos resolvió las apelaciones presentadas por las partes¹⁵⁵² y confirmó la sentencia *Lago Agrío* en

¹⁵⁵⁰ El Tribunal deja a salvo el derecho de las personas a reponer el procedimiento judicial para reclamar la reparación a los daños individuales.

¹⁵⁵¹ CDH, "Observación General no. 31 [80]. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto" (2004) párr. 8.

Esta lectura es propia y acepta contra argumentos. Por ejemplo, el Ecuador solicitó a la Corte de Distrito de la Haya que anulara los Laudos interinos primero, segundo, tercero, cuarto y el primer laudo parcial del Track I argumentando, entre otras cosas, que estos tenían el efecto de privar a los demandantes en el caso *Lago Agrío* de sus derechos reconocidos en el derecho ecuatoriano, personas que no participaron en el arbitraje inversionista-Estado. La Corte no estuvo convencida por el argumento porque el Estado firmó un contrato de liberación de obligaciones. La Corte concordaba con el Tribunal con que si el contrato de liberación de obligaciones tenía el efecto de privar a las víctimas del daño ambiental de sus derechos era un asunto entre estas y el Ecuador, y no un asunto del Tribunal. Además, para la Corte, la Constitución es un instrumento que establece la relación entre los ciudadanos y el Estado exclusivamente, por lo que el hecho de que el derecho a un medio ambiente sano estuviera en la Constitución era indicación de que ese derecho sólo era oponible ante el Estado -efecto vertical- y no contra otros particulares -efecto horizontal-, como es el caso de Chevron. En consecuencia, los derechos de las víctimas de la contaminación estaban a salvo porque podrían presentar una demanda en contra del Estado ecuatoriano. Ver: *Republic of Ecuador v. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company*, District Court of the Hague, Case No. C/09/477457/HAZA 14-1291, Judgement (20 January 2016) párr. 4.25, 4.36-4.38. Sobre el rol subsidiario del Estado para reparar los daños ambientales, ver: A. C. SUBÍA CABRERA y P. R. MENDOZA ESCALANTE, "Análisis del caso *Aguinda v. Chevron-Texaco*" (2019) *Actualidad Jurídica Ambiental* No. 86, pp. 1-23.

¹⁵⁵² Ambas partes presentaron recursos de apelación. La parte demandada argumentando la falta de jurisdicción de la Corte sobre la empresa, las violaciones al debido proceso y fraude en los procedimientos. La parte demandante apeló porque la sentencia no había ordenado medidas de reparación por los impactos económicos sufridos por las personas afectadas por la contaminación, ni por los daños causados a los grupos étnicos por la pérdida de su territorio. Ver: A. PIGRAU, "The Texaco-Chevron Case in Ecuador...", p. 19.

Anexo 1

todo.¹⁵⁵³ A partir de entonces, la sentencia *Lago Agrio* adquirió efecto de cosa juzgada y, por tanto, se volvió ejecutable.

Los obstáculos para la ejecución de la sentencia fueron múltiples: 1) el litigio RICO en contra de los abogados de los demandantes en *Lago Agrio*, que pudo en duda la imparcialidad de la Corte Lago Agrio, el respeto del debido proceso y la legalidad de la sentencia; 2) la defensa de Chevron contra la ejecución de las sentencias en el extranjero amparándose en sus complejas estructuras corporativas; y 3) el arbitraje inversionista-Estado *Chevron v. Ecuador (II)*. El litigio RICO fue clave para los objetivos de Chevron pues fue donde la empresa logró convencer al Juez Kaplan de que todo el proceso judicial y la sentencia *Lago Agrio* eran resultado de un fraude, entre otros motivos porque los abogados de las demandantes y el juez estaban coludidos para la generación del informe del perito de la Corte; que estos abogados habían redactado la sentencia, misma que sólo fue firmada por el Juez Zambrano; que estos abogados no habían obtenido documentos para la representación de los 30,000 ecuatorianos, como alegaban; que los beneficios que recabaran los abogados de la sentencia se utilizarían para pagar los sobornos y serían en beneficio propio de los abogados y los financiadores del proceso, y no de las personas afectadas por el daño ambiental o para la remediación ambiental.¹⁵⁵⁴

En este litigio el Juez Kaplan no consideró necesario involucrar a las víctimas de *Lago Agrio* a pesar de ser los directamente afectados por el resultado del litigio, y también ignoró el fondo del asunto - la responsabilidad de la empresa por el daño ambiental- y se enfocó en las supuestas actividades ilegales de los abogados de los demandantes *Lago Agrio*. El Juez tampoco permitió la intervención de abogados independientes que defendieran la causa de las demandantes *Lago Agrio* en el proceso RICO, invisibilizando con ello a las víctimas. Se dio amplia oportunidad de investigar la conducta de los abogados de los demandantes, pero nula posibilidad de cuestionar igualmente la conducta de Chevron y sus abogados.¹⁵⁵⁵ Lejos de ser procedimientos separados, la sentencia del Juez Kaplan fue central en la resolución del caso *Chevron v. Ecuador (II)*, pues nuevamente el caso se centró en si había una denegación de justicia en contra de Chevron y se ignoró si Chevron efectivamente había ocasionado los daños alegados y si las víctimas habían logrado acceder a una reparación.

Chevron se protegió de la ejecución de la sentencia, tanto a través del caso *Chevron v. Ecuador II*, como a través de múltiples movimientos transnacionales de capital. Al momento de emitirse la sentencia, Chevron ya no tenía activos en el Ecuador y los activos de TexPet que permanecían en el país eran, por mucho,

¹⁵⁵³ Corte Provincial de Justicia, Juicio No. 2011-0106, Sentencia (3 enero de 2012). La Corte también ordenó a las empresas el pago de \$18,000 millones de USD porque no cumplieron con la orden de ofrecer una disculpa pública a los afectados por su conducta.

¹⁵⁵⁴ *Chevron Corporation v. Steven Donziger et. al.*, United States District Court Southern District of New York, Case No. 11 Civ.0691, Judge Lewis A. Kaplan, Opinion (04 March 2014).

¹⁵⁵⁵ B. NEUBORNE, "A Plague on Both Their Houses: A Modest Proposal for Ending the Ecuadorean Rainforest Wars" (2013) *Stanford Journal of Complex Litigation* Vol. 1, No. 2, pp. 509-524.

Anexo 1

insuficientes para cubrir la sentencia. En consecuencia, las demandantes en el caso *Lago Agrio* iniciaron procedimientos de reconocimiento de la sentencia y ejecución en Ecuador, Canadá, Brasil y Argentina, para lograr el cobro de la reparación ordenada por las cortes ecuatorianas.¹⁵⁵⁶

En Ecuador, la Corte Provincial de Sucumbíos ordenó que la ejecución de la sentencia se aplicara a todos los activos que tuviera Chevron en el Ecuador hasta lograr la satisfacción de la sentencia, lo cual incluyó algunas marcas registradas de propiedad intelectual de Chevron, las cuentas bancarias de Chevron y TexPet y las transferencias haciendo uso del sistema bancario ecuatoriano. Además, en 2015, los demandantes en *Lago Agrio* solicitaron a la Corte que ordenara al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual que renovara las marcas registradas y las embargara; en 2016 solicitó que incautara los fondos en la cuenta bancaria de TexPet. Estas solicitudes fueron denegadas por la corte porque aun había otros procedimientos relacionados con la sentencia pendientes de resolución.

En Canadá, los demandantes del caso *Lago Agrio* presentaron una demanda en Ontario para ejecutar la sentencia en contra de Chevron Corporation y Chevron Canada Limited (una subsidiaria de Chevron) por una suma de 18.26 billones de USD. El 1 de mayo de 2013, la Corte de Ontario denegó la solicitud y ordenó la paralización del procedimiento. Los demandantes presentaron un recurso de apelación y el caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de Canadá, la cual decidió en 2017 que Chevron Canada Limited era una entidad separada de Chevron, que no era parte demandada en el litigio *Lago Agrio* y que no era deudor, por lo que desechó la solicitud. Los demandantes presentaron un recurso de apelación que fue desechado el 4 de abril de 2019, luego de que se hubiera publicado el segundo laudo del caso *Chevron v. Ecuador II* y el Tribunal arbitral ordenara que se dejaran sin efectos todos los procedimientos de ejecución de la sentencia *Lago Agrio*.¹⁵⁵⁷

En Brasil, el 27 de junio de 2012 los demandantes del caso *Lago Agrio* buscaron el reconocimiento de la sentencia,¹⁵⁵⁸ por lo que el 2 de febrero de 2015 el Tribunal Superior de Justicia ordenó que se le presentara una copia del expediente a la Oficina Federal de Procuración para que emitiera una opinión sobre la sentencia. El 15 de marzo de 2018, la Corte emitió una resolución en sentido negativo para las solicitantes de la ejecución de la sentencia.¹⁵⁵⁹

¹⁵⁵⁶ Al mismo tiempo, el juez Kaplan del caso RICO emitió un requerimiento judicial preliminar prohibiendo la ejecución de la sentencia en todo el país, en lo que se resolvía el caso RICO. ¹⁵⁵⁶ Este requerimiento fue levantado por la Corte de Distrito. Ver: "Foreign Relations Law – Judgement Recognition – Second Circuit Upholds Equitable Relief from a Foreign Judgement under RICO" (2016) *Harvard Law Review* Vol. 130, No. 2, pp. 745-752.

¹⁵⁵⁷ *Daniel Carlos Lusitande Yaguaje et.al. v. Chevron Corporation, Chevron Canada Limited and Chevron Canada Capital Company*, Court of Appeal for Ontario, Judgement 38183 (4 April 2019).

¹⁵⁵⁸ *Maria Aguida Salazar et. al. v. Chevron Corporation*, Superior Tribunal de Justica, Petition to Brazilian Courts to Recognize Ecuadorean Judgment (27 June 2012).

¹⁵⁵⁹ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) Part. I, Annex 4.

Anexo 1

En Argentina, los demandantes del caso *Lago Agrío* iniciaron procedimientos para la adopción de medidas cautelares, el reconocimiento de la sentencia y su ejecución. Inicialmente, en el mes de noviembre del 2012 la Corte Comercial de Buenos Aires ordenó el congelamiento del 100% del capital de Chevron, la totalidad de la participación de la compañía en yacimientos petrolíferos y oleoductos, el congelamiento del 40 % de sus ventas a refinerías a Argentinas, y el 40% del dinero depositado en cuentas de bancos en Argentina.¹⁵⁶⁰ Sin embargo, en junio de 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación levantó las medidas cautelares porque, entre otros motivos, la empresa Chevron Argentina era una sociedad distinta a la demandada en el caso *Lago Agrío* y no había participado en el litigio.¹⁵⁶¹ En 2017 la Corte de lo Civil emitió su decisión de no reconocer la sentencia.

Además de la necesidad de llevar a cabo procedimientos complejos para buscar la ejecución de sentencias en casos relacionados con empresas transnacionales, el arbitraje inversionista-Estado puede suponer trabas, impedimentos o períodos largos de espera antes de poder obtener algún tipo de reparación. En *Chevron v. Texaco (II)* el Tribunal emitió seis órdenes y tres laudos parciales ordenando al Ecuador la adopción de medidas interinas o precautorias, a fin de evitar un daño irreparable a la parte demandante. El Tribunal ordenó al Ecuador, entre otras cosas, adoptar todas las medidas disponibles para suspender o causar la suspensión de la ejecución de la sentencia dentro y fuera del Ecuador, e informar al Tribunal de las medidas adoptadas.¹⁵⁶²

El Tribunal ordenó al Ecuador que no certificara la sentencia para evitar que los demandantes de *Lago Agrío* pudieran proceder con la ejecución en terceros países, bajo el argumento de que la ejecución produciría daños irreparables a Chevron y TexPet.¹⁵⁶³ Dado que el Ecuador no observó lo ordenado, el Tribunal emitió un cuarto laudo parcial, donde declaró que el Ecuador había violado el derecho internacional y los laudos del Tribunal al certificar la sentencia y permitir que el poder judicial exhortara a cortes extranjeras a reconocer la sentencia.¹⁵⁶⁴

Finalmente, en el segundo laudo parcial sobre el Track II, el tribunal incorporó las pruebas del caso RICO como propias y halló que había suficiente evidencia de que el juicio *Lago Agrío* había sido fraudulento, y que el poder judicial del Ecuador, en

¹⁵⁶⁰ A. C. SUBÍA CABRERA y P. R. MENDOZA ESCALANTE, "Análisis del caso *Aguinda v. Chevron-Texaco...*", cit., pp. 1-23.

¹⁵⁶¹ *Aguinda Salazar, Marica c/ Chevron Corporation*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, A. 238. XLIX, Decisión sobre medidas precautorias (4 junio de 2013).

¹⁵⁶² Ver el resumen de todas las órdenes y laudos en: *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Fourth Interim Award on Interim Measures (7 February 2013).

¹⁵⁶³ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second Interim Award on Interim Measures (16 February 2012).

¹⁵⁶⁴ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Fourth Interim Award on Interim Measures (7 February 2013).

Anexo 1

su conjunto, había fallado en garantizar un procedimiento justo e imparcial a Chevron. El Tribunal ordenó al Ecuador adoptar todas las medidas de su elección para anular el estatus de ejecutable de la sentencia *Lago Agrio*, que tomara medidas inmediatas para imposibilitar que los demandantes de *Lago Agrio*, sus representantes o su financiador de buscar la ejecución de la sentencia *Lago Agrio*; que hiciera llegar a todos los países donde se habían iniciado procedimientos de ejecución de sentencia (Brasil, Canadá y Argentina) una copia del este Laudo arbitral; regresar a Chevron y TexPet todos los activos que hubiesen sido embargados para cumplir con la sentencia *Lago Agrio* y pagar una indemnización a *Chevron* y *TexPet* por todos daños sufridos en los más de 20 años de litigio.¹⁵⁶⁵

El caso *Lago Agrio* comenzó como un litigio por la responsabilidad ambiental objetiva del operador de una actividad riesgosa, mismo adquirió dimensiones inimaginables y múltiples ramificaciones en diversas jurisdicciones que cada vez más alejaron la controversia del objetivo principal: garantizar a las víctimas su derecho a la reparación por los daños ambientales y personales sufridos y la lograr la remediación ambiental.

Los abogados de Chevron aprovecharon una serie de vacíos del derecho transnacional e internacional para evitar la emisión de una sentencia condenatoria en su contra, debilitar a las partes demandantes y el sistema judicial del Ecuador, bloquear cualquier esfuerzo de ejecución de sentencia y obtener una indemnización del Estado ecuatoriano a favor de la empresa.

El arbitraje inversionista-Estado sirvió como escudo para Chevron en contra de la responsabilidad ambiental incluso cuando el daño probado fuera el más grave jamás observado en el continente americano.

Luego de un largo, complejo y costoso litigio, las víctimas de la contaminación ambiental vieron desvanecerse todos sus esfuerzos cuando el Tribunal interpretó que no tenían derecho a demandar a la empresa por daños a los derechos ocasionados al medio ambiente. El resultado es que el pueblo ecuatoriano no sólo tendrá que cargar con los costos de remediación ambiental, sino que además tendrán que pagar una indemnización -cuyo monto es a la fecha aun desconocido- a Chevron por la búsqueda de justicia y los costos legales asociados a los múltiples litigios en que se vio envuelto el Ecuador. Por este motivo reafirmo mi conclusión de que el arbitraje inversionista-Estado puede suponer un obstáculo para el ejercicio de los derechos procedimentales ambientales y, en general, la justicia ambiental.

Este caso pone sobre la mesa diversos vacíos que deben ser atendidos para garantizar el derecho a un medio ambiente sano y prevenir que el DIIE siga favoreciendo resultados de abusos e injusticias contra las poblaciones afectadas por las inversiones. Entre las disposiciones que requieren especial atención son las del consentimiento al arbitraje, las urgente necesidad de incluir disposiciones

¹⁵⁶⁵ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018) Part X.

Anexo 1

sobre la responsabilidad de las empresas y de transitar de un enfoque de "protección" a uno de "regulación" de la inversión extranjera.

ANEXO 2 – Mención Internacional para el título de Doctor en Derecho

“International Investment Law and Sustainable Development”

Doctoral thesis carried out by Lorena Martínez Hernández and directed by Professor Antoni Pigrau Solé, lecturer in International Public Law and Dean of the Faculty of Legal Sciences at Universitat Rovira I Virgili, Tarragona.

SUMMARY

More than 50 years ago, scientists warned the global community that the Planet and its resources were limited, that human growth rate was unsustainable and that exceeding planetary boundaries would have serious consequences on the economy, biodiversity, health, and life on Earth. Today, scientists confirm that several planetary boundaries have been exceeded and we are already experiencing the consequences that are being felt through increasingly frequent natural disasters, diseases, mass biodiversity loss, among others. Today, humanity sits at a critical point, where firm actions are taken to change course in a profound way. In order to do that, human values and belief systems must be questioned, as well as the legal norms that sustain the global economic system.

International Investment Law (IIL) stands out among the wide range of legal regimes that need to be deeply challenged in order to change course towards a more ecological future. It is often framed as a regime necessary to accelerate sustainable development, by attracting foreign investments in key sectors such as water and sanitation, electricity, infrastructure, and waste management in developing countries, thereby supporting the provision of basic services for people, creating jobs, and/or accelerating economic growth in host countries. At the same time, it has been widely recognized that IIL may restrain States' scope of action to regulate economic activities in their territory, and, perhaps most relevantly, it has the potential to raise the costs of action towards a sustainable future. Against this backdrop, IIL constitutes a key element in the legal system that could facilitate or hinder (ecologically) sustainable development.

The overall objective of this research is to determine whether IIL has been designed and structured to facilitate the transition to a development that is more (ecologically) sustainable and, if not, to propose appropriate legal reforms to accelerate sustainable development, by also pointing the legal means available to citizens to drive deep reforms within IIL.

To meet this general objective, the study has been divided into four specific objectives, which correspond to the structure of the dissertation. The first objective is to understand the motivations, narratives and dynamics in international politics that have shaped IIL as we know today. Understanding the narratives is critical in

determining whether IIL has been designed and structured with the intention of fulfilling the promise of sustainable development.

The second objective is to determine whether foreign (direct) investment can contribute to or accelerate sustainable development in host countries and, if so, how IIL can prevent negative environmental externalities derived from the increase of foreign direct investment (FDI) and enhance the positive effects that it can bring.

The third objective is to determine whether international investment treaties, especially those of this last generation, have been designed to deliver sustainable development, as advocates of the IIL regime claim.

The last objective is to identify existing legal tools that citizens can use to press for a deep re-conceptualization of the IIL regime so that we can gradually achieve a regime that *regulates* foreign investment and turns it into a vehicle for sustainable development.

To achieve the four objectives abovementioned, this research uses different methods. For the first objective, I chose the historical-logical method as the most appropriate one to reveal the genesis and evolution of legal norms, as well as their narratives, and to explain how legal systems have been shaped. For the second objective, I have applied the inductive-deductive method to draw conclusions on the contribution of foreign investment to sustainable development and the conditions for this to occur; and based on these conclusions, deduce and propose elements that international investment agreements (IIA) should contain to accelerate sustainable development. For the third objective, I have used the evaluative method to analyze in detail recently adopted IIA considering the elements previously identified to guarantee that foreign investment contributes to sustainable development. Finally, for the fourth objective, I chose the analysis-synthesis method as the most appropriate one for analyzing environmental procedural rights and their possible application to the various spheres of foreign investment regulation.

The main conclusions of this research are that IIL emerged to control different sources of wealth abroad, through the linkage of the investor's nationality or investment; and, that the promise that foreign investment protection would promote sustainable development is only a narrative that attempts to legitimize a colonialist and controversial regime.

Current IIL is characterized by the protection of foreign investments *against the adverse economic effects* of the host State regulatory measures and/or government acts, through the internationalization of investment disputes. This approach has turned capital and profit into the supreme value protected by international law, often overriding other values, rights and interests that also deserve protection, such as the environment, human rights and democracy itself. The result is not IIL preventing governments from adopting new legislation for environmental protection, but costs of environmental protection being raised and shifted onto taxpayers, leaving capitalist interests untouched by any kind of

responsibility. This means that IIL can hinder sustainable development -instead of accelerating it- because it may make environmental protection measures economically unfeasible.

This does not entail that FDI is no conditional in sustainable development. In fact, empiric studies confirm that FDI can be a source of external capital for host countries that could lead to both the acceleration of environmental degradation and to low-carbon economic growth, depending on a multiplicity of factors, the most important being *the existence of an adequate regulatory framework* that controls the negative externalities of investments and enhances positive social and environmental effects, such as technology transfer, among others.

Therefore, in order to ensure that foreign investment can contribute to the sustainable development of host countries, it is necessary to deeply re-conceptualize IIL. The main objective of international investment treaties should be to pursue ecologically sustainable development.

It is also imperative to abandon the approach of "protection" of foreign investors and their investments against the economic effects of public interest regulations and replace it by one of shared "responsibility" between States and investors in order to ensure life on Earth. To this end, new IIA should incorporate a series of environmental principles to conduct tribunals/judges to prioritize ecological integrity in case conflict arises between protecting or restoring the ecological functionalities of ecosystems and profit/economic growth.

A re-conceptualized IIL should shift from the *liberalization/deregulation* of investment to the *regulation* of foreign investment. To this end, it is proposed that, such regulation must aim to:

- 1) prevent, sanction and reverse, as far as possible, damage to the environment and people resulting from foreign investment projects, by including provisions to regulate the conduct of foreign investors in international law, as well as to provide for the concurrent application of international and domestic law in investment disputes; and
- 2) establish clear goals and mechanisms for international cooperation in science and research, capacity building, technology transfer, taxing pollution, and mechanisms to leverage private investments that support the ecological transformation of developing countries.

During the last decade, the international community has embarked on a complex process of reforming IIL. Reform proposals made by the UN have many positive elements to pursue sustainable development, but they are not ambitious enough to address the structural problems of IIL; that is, that IIA pursue the *liberalization* of investments, the protection of foreign investors and their investments from the economic effects of environmental regulations, and the internationalization of investment disputes.

The study of recently adopted IIA shows that, in practice, there are no uniform approaches, but that each IIA has its very own different characteristics and therefore, may have very different effects regarding host countries' efforts to achieve sustainable development. The only conclusion that can be drawn is that

even the most pro-sustainable development IIAs fail in providing an adequate normative framework to *regulate* investment or to catalyze and accelerate environmentally sustainable development. Therefore, if IIL aims to fulfil the promise of sustainable development, there is an urgent need to push for a deeper reform.

Against this backdrop, this research proposes the use of the rights of access to information, public participation and access to justice in environmental matters as tools to demand changes in IIL, so that foreign investments support sustainable development. After analyzing the content and boundaries of these rights in international law, this research concludes that their application within the sphere of foreign investment regulation is possible, but still faces some challenges, among them:

- 1) that authorities recognize IIA negotiation, investment policy formulation and contract negotiation as environmental decision-making processes.
- 2) that the provisions on access to information and public participation in decision-making within international forums and in policy making have a non-binding language; and
- 3) that since they are not binding, access to justice against refusal to provide information on these or for lack of public participation in the decision-making process may also be affected.

The solution could be for citizens to demand an extension of environmental procedural rights to cover, in a binding manner, all these areas of regulation and then use these rights to challenge IIA, policies and investment related contracts that may hinder sustainable development.

In short, international foreign investment law, as it currently stands, does not facilitate the transition to sustainable development; on the contrary, it could contribute to raise the costs of the transition, so it is necessary for citizens to push for deeper regime reforms through environmental procedural rights.

CONCLUSIONS

First: The global political discourse has commonly identified the birth of international investment law (IIL) in the 1950s and has justified the need for IIL on the grounds that international investment agreements (IIAs) will contribute to the economic development of host states.

However, the origins of IIL show that this regime is much older, and its objective was not to boost host-States' economic development. Instead, this regime is the result of multiple strategies, applied over centuries, to assert the economic domination from countries of the global North over countries of the global South.

IIL was born in the Modern Age with the aim of extending control over various sources of wealth beyond the territory of a sovereign States. In order to do so, a series of narratives and legal constructions were developed. First, the bond between a sovereign State and its subjects (today known as the bond of

nationality) was used to justify law enforcement or orders of sovereign states beyond their territories, where sources of wealth are found.

Later, as Latin American countries gained independence, a second legal construction was created: the diplomatic protection principle. According to this principle, damages caused to subjects or their property are damages caused to their sovereign state itself and therefore, the sovereign state is entitled to defend the interests of its subjects against another sovereign state abroad. Old empires used this legal construction to justify the use of force against newly independent nations when the property of their national citizens was affected by nationalization, redistribution of land, or political unrest.

Against this backdrop, Latin American countries fought at the Hague Peace Conferences for a ban on the use of force to collect public debts. And in parallel, they submitted their own narratives and doctrines, demanding for disputes related to damages to foreigners and their property to be resolved under their own domestic law and in their domestic courts or, at the very least, that domestic remedies could be exhausted before accessing international means.

At the beginning of the decolonization process, former empires pursued the adoption of a multilateral legal framework on foreign investment, which included international protection standards for "foreign investors" and the establishment of an international court for settling investment disputes. While these efforts did not materialize into a new treaty, they did succeed in setting a new narrative to justify the need for IIL: IIL would help newly independent States to attract foreign investment and thus promote their economic development. Ever since this has been the narrative used by the World Bank to create ICSID and to recommend States to consent to investment arbitration through IIAs.

In sum, the history of IIL demonstrates that this regime emerged to control the various sources of wealth abroad; and that the narrative that IIL fosters economic development at host States is only an attempt to legitimize the regime.

Second: IIL's essential features also reveal its wealth control-related objectives. Throughout its history, the regime has revolved around two central points: (1) the law applicable to foreign investment disputes; and (2) the forum or jurisdiction for resolving investor-State disputes. Capital-exporting countries have always sought the internationalization of investment disputes, i.e., should a dispute arise, the law applicable to the dispute should be international law and it should be resolved in an international forum. Capital-importing countries, for their part, have defended the application of their domestic law to disputes with foreign investors and, while not opposed to an international forum, have sought to have disputes resolved in their domestic courts, at least in the first instance.

The logic behind these differences is simple. Investment projects are designed considering several assumptions, including fiscal, environmental, and social norms, which allow calculating the project's financial feasibility and the profit expected. Any change in the regulations can clearly affect the expected return on investment and impact its profitability. Therefore, investors and their home

countries seek to freeze the law applicable to foreign investment projects, throughout their life cycle. The most effective way to do this is by freezing the law applied to investment projects and guaranteeing that every negative economic impact derived from the host State's regulatory conduct will be compensated in full, all through international law. This is known as the internationalization of investment disputes.

IIL guarantees the internationalization of investment disputes through six very concrete elements:

- 1) The use of law stabilization clauses in investment contracts and, in parallel, the inclusion of umbrella clauses in IIAs to attract investment contracts under the protection of international law.
- 2) The inclusion of consent to arbitration clauses in IIAs and their interpretation as an open, unilateral and uninformed offer by the host state to submit foreign investment disputes to investor-state arbitration, which is accepted by the foreign investor when arbitration proceedings are initiated.
- 3) The elimination of the obligation to exhaust domestic remedies before accessing investor-state arbitration.
- 4) The exclusion of domestic law as the law applicable to foreign investment disputes.
- 5) The formulation of broad and undefined international standards of treatment of foreign investors and their investments, which protect foreign investors from suffering any adverse economic effects of regulatory measures adopted by host States, specifically the "fair and equitable treatment standard" and the protection against "measures tantamount to expropriation".
- 6) The development, by arbitral tribunals, of an obligation to pay full compensation to foreign investors, in the event of finding breach of an IIA.

Thus, current IIL is characterized by the protection of foreign investments against the adverse economic effects of a host state's regulatory and/or governance conduct (irrespective of the public interest motives pursued by the regulatory measure), through the internationalization of investment disputes.

Third: IIL's has turned capital a supreme value protected by international law, often overriding other values, rights, and interests that are also worthy of protection, such as the environment, democracy, and human rights. It is important to stress that, the result is not that States are prevented from regulating in the light of public interest, but that States will bear the economic consequences of regulations. In other words, IIL shifts the costs of environmental protection, climate action, abandonment of fossil fuels, or extractive models onto taxpayers, leaving capitalist interests untouched.

Global South countries were the first ones to experience the negative consequences of IIL in the 1990s and 2000s. Global North countries only experienced such consequences after they adopted measures to control the effects

of the global financial crisis that burst in 2007-2008. Only then, these countries began to mobilize themselves against the foreign investment protection regime, and there was a global recognition of the fact that IIL was a problem that needed a solution.

Framing the problem is crucial in the search for solutions. In the case of the IIL, the problem was framed as an excessive limitation of IIAs on states' rights to regulate. Therefore, the proposed solutions have focused on "striking a balance between foreign investment protection and states' right to regulate", without in any way questioning the effects-based approach to investment protection.

Furthermore, the dominant political discourse never questioned the narrative that purports to justify the existence of IIL: the idea that IIAs promote the economic development of host States. In fact, not only was it not questioned but an even nobler purpose was reaffirmed and attributed to IIA: financing sustainable development.

Fourth: Sustainable development is a concept that accepts many approaches. Understanding this idea is important to challenge the narrative that IIL is necessary to accelerate sustainable development.

Sustainable development goes to the heart of the relationship between economic growth and ecological balance/planetary boundaries. Two broad positions can be distinguished on this relationship: a) growth critics; and b) pro-growth. The former sees economic growth as opposed to ecological balance and respect for planetary boundaries, giving rise to the ecologist approach; and the latter believes that economic growth is a necessary condition for successful environmental protection, giving rise to the environmentalist approach.

However, it is the way in which the social element of sustainable development is understood that nuances these approaches and determines in which way the balance tips. When the social challenges of sustainable development are framed as a poverty issue, the environmental approach prevails because it is assumed that economic development will generate jobs, which will reduce poverty and enable the development of efficient technologies, and in doing so, will also respond to the unsustainable use of natural resources. Thus, economic growth is perceived as the enabling element to find the solution to social and environmental problems and, therefore, as the priority for sustainable development.

When the social challenges of sustainable development are framed as an issue of inequality and exploitative relations between humans and between humans-nature, the ecologist approach prevails because it implies addressing the root causes of social inequalities and over-exploitation of natural resources. Responses to achieve sustainable development, therefore seek the redistribution of resources and wealth and the alignment of economic activities to planetary boundaries. In this way, ecological balance becomes the priority for achieving sustainable development, and planetary boundaries set the limits to economic growth.

The dominant global policy discourse on sustainable development, specifically the UN's one, has shifted over time from a more ecologist approach at the beginning of its formulation in the Brundtland Report to an environmentalist approach at the present time. The study of more recent sustainable development policy instruments, such as the 2030 Agenda and the SDGs, reveals that economic growth and investment liberalization are seen as fundamental tools for generating jobs and eradicating poverty, providing basic services to the population, and for achieving low-carbon growth. This understanding of sustainable development sets economic growth as a priority and, therefore, it supports the narrative that IIL is necessary to attract foreign investment, which will accelerate economic growth and, ultimately, achieve sustainable development

Fifth: Empirical studies on the contribution of foreign direct investment (FDI) to sustainable development, focusing specifically on its effects on environmental quality in the host countries, suggest that the increase of inward FDI can lead to both environmental degradation and low-carbon economic growth, depending on a multiplicity of factors, such as the sector in which the investment is made, the level of economic, social and political development of the host State and, above all, the existence of an adequate regulatory framework that prevents overexploitation of resources, controls investment negative externalities and enhances positive social and environmental effects, such as technology transfer, capacity-building, conservation of the natural environment, and ecosystems restoration, among others.

These studies confirm that the increased FDI inflows in the primary and secondary sectors worsened environmental degradation in developing countries, when the analyzed countries had poor environmental legislation and standards as well as poor law enforcement. The tertiary sector would appear as the one where FDI can contribute the most to the sustainability of the host country, through sustainable transport, water and sanitation services, renewable energy and electricity production, waste management services, telecommunications, investments in Research and Development (R&D), and in software development, etc. However, this effect only occurs when there are adequate policies and laws to control the negative effects of investments and to ensure the technology transfer to host countries.

The level of development of the host country is also a determining factor in the positive or negative effects of FDI on the environment. Developing or less industrialized countries have a higher tendency to attract investments in the primary and secondary sectors. Furthermore, they seem to have a lower bargaining power to attract only "quality" FDI or to impose strict obligations on foreign investors in order to guarantee a more sustainable behavior. In contrast, countries with a higher level of development or industrialization have a higher tendency to attract investments in the tertiary sector and have a higher bargaining capacity to set stricter performance conditions or sustainability criteria for investments.

The "quality" of environmental legislation and standards, as well as that of oversight and enforcement institutions in the host countries, is the most determining factor on the effects of increased FDI inward flows on the environment. At host states which have laxer environmental legislation and standards, as well as weaker institutions for their implementation, FDI produces worse effects on the natural environment. Consequently, it is concluded that a *careful and robust regulation of foreign investment and effective law enforcement is the most important determinant of FDI's potential to contribute to sustainable development in host countries.*

Sixth: If the regulation of foreign investment is the most decisive factor in making foreign investment contribute to the sustainable development of host countries, especially developing ones, then the most reasonable response to achieve sustainable development is neither to eliminate IIL altogether, nor to "strike a balance between the protection of foreign investment and the right to regulate", but to develop a comprehensive regime of foreign investment *regulation*.

In other words, it is necessary to re-conceptualize IIL, starting with a change in the objective and focus of the entire regime. The main objective should be to achieve sustainable development, but not that of neo-liberal environmentalism, but of an ecologist bent that prioritizes ecological balance over economic growth.

In my opinion, it is imperative to abandon the approach of "protections" for foreign investors and their investments and replace it with one of shared "responsibility" of states and investors to ensure life on the planet; a responsibility that is owed to present and future generations of all species on the planet. In other words, IIAs should establish obligations on the state and investors to align the economy with natural processes, ecosystem carrying capacities, and to ensure equity in access to and distribution of natural resources and the benefits derived from their use.

A new IIL focused on accelerating sustainable development should incorporate a number of environmental principles in IIAs to conduct courts/judges to prioritize ecological integrity, e.g. the principles of precaution, in *dubio pro natura*, public participation in decision-making, liability for environmental damage, among others.

In this sense, the focus should be on regulating foreign investment in order to: 1) prevent, sanction and reverse, as much as possible, damages caused to the environment and people resulting from foreign investment projects; and 2) establish clear goals and mechanisms for international cooperation in fields such as science and research, capacity building, technology transfer and mechanisms to leverage private investments that support ecological transformation in developing countries.

Regulation of (transnational) companies and their investments could be achieved through 1) the inclusion of companies' specific obligations in IIAs; 2) the inclusion of states' obligations to regulate companies; and 3) the inclusion of provisions obliging companies to comply with domestic law throughout the investment's life cycle.

It is also necessary to rescue the application of domestic law in investor-state arbitration. In this sense, IIAs could include a clause on applicable law that clearly provides for the concurrent application of domestic law and international law, and establishes that, in case of doubt, conflict, or lacuna, the rule that benefits ecological integrity/sustainable development the most should be applied (instead of the one that favors the foreign investor the most).

I also believe that it is necessary to correct the neoliberal liberalization and internationalization of investments, by means of:

- 1) Prohibiting law stabilization clauses (commonly set out in contracts) and umbrella clauses (commonly included in IIAs).
- 2) Substituting consent without privity clauses for a written and prior agreement, under domestic law, between the host state and the investor, to submit a future investment dispute to arbitration.
- 3) Exhausting domestic remedies before bringing their dispute to an international instance.
- 4) Removing protection of "indirect expropriation" or "measures tantamount to expropriation" from IIAs.
- 5) Removing "fair and equitable treatment" protection from IIAs.
- 6) Modifying the rules on non-compliance consequences through a specific provision in IIA, e.g. link compensation to domestic law, so that foreign investors can only access the same compensation available for domestic investors; and/or expressly provide that compensation or indemnification may not exceed, by no means, the investment made by the investor. Without such a provision, IIAs will continue to contribute to the impoverishment of States, especially developing States with weak institutions.
- 7) Including provisions that favor the integration of international environmental, human rights, and economic law.

In addition, IIAs should include provisions that promote international cooperation and channel public and private resources towards sustainable development, for example:

- 1) Incentives for investments in ecosystem conservation and restoration, in sustainable food production and in the decarbonization of economies.
- 2) The elimination of perverse subsidies and incentives for highly polluting fossil fuel based extractive industries.
- 3) The establishment of environmental and social impact criteria in the definition of "investment", if possible, by following the model set by Regulation 2020/852 on the establishment of a framework that facilitate sustainable investments.
- 4) The introduction of sustainability criteria in the definition of "investor", such as requiring that the companies' articles of incorporation and by-laws force their directors to comply with domestic law and human rights and in this way achieve a positive environmental impact of the company's operations.

- 5) The inclusion of quotas or commitments by countries in the global North to fund sustainable initiatives in the global South (in a coordinated way), specific provisions on technology transfer, research and development, exchanges of experiences on natural accounting methodologies, cooperation on the use of satellite technologies for ecosystem monitoring, or joint development of financial instruments aimed at fostering new environmentally sustainable business models.
- 6) The inclusion of taxes on pollution or on the unsustainable use of natural resources, taxes on production (and not on income), extended producer responsibility models, and/or prohibitions on tax exemptions or a more favorable treatment of transnational corporations with the aim of "attracting" them, among other options.

In short, it is urgent to reform IIL, but its reform must move focus from investment protection, liberalization, and internationalization to investment regulation and international cooperation.

Seventh: UNCTAD is the UN body leading the global IIA reform process. Following this mandate, it has developed a set of principles and guidelines to help countries define their own need for reform and to negotiate new IIAs that promote sustainable development.

UNCTAD's reform proposals have several weaknesses and strengths. They are poor in terms of shifting from the liberalization of investment and internationalization of investment disputes, but they are strong in recommending provisions to catalyze investments for sustainable development.

First, UNCTAD has focused on striking a balance between the State's right to regulate and the protection of foreign investment, and thus only seeks to regain some State sovereignty, but does not seek to regulate foreign investment.

UNCTAD argues that the objective of IIAs should be to promote sustainable development, but neither it does not suggest the inclusion of basic principles of international environmental law to guide the application and interpretation of IIAs, nor an approach of shared responsibility between states and investors to ensure life on the planet.

With regard to corporate regulation at the international level, UNCTAD makes a timid recommendation to include provisions on CSR but it does not dare to recommend the establishment of concrete obligations or minimum binding standards of conduct for investors. However, they do recommend regulating investments in domestic law and suggest that IIAs oblige investors to comply with the host state's domestic law. Furthermore, they also suggest including clauses related to investors' liability for damaging human and environmental health as a consequence of their operations.

UNCTAD remains silent on reforming clauses on applicable law in investment disputes. In my view, this is one of the major shortcomings of UNCTAD's proposals because there is no point in recommending that IIAs oblige companies to comply

with domestic law, if domestic law will not be applied to resolve investment disputes.

In terms of correcting the key elements that have led to the internationalization and liberalization of investment, it is noted that:

1) UNCTAD does include a recommendation to exclude umbrella clauses from IIAs, and to oblige to the exhaustion of domestic remedies before accessing to investment-arbitration.

2) There are no recommendations to replace the State's unilateral consent to arbitration by mutual consent clauses between the investor and the State, prior to an arising dispute;

4) Among the reform options, UNCTAD includes the omission of indirect expropriation and/or its explicit exclusion from the content of the treaty, as well as the exclusion of the fair and equitable treatment standard from new generation IIAs or, at least, contemplating the express prohibition of "legitimate expectations" as an element of this standard is recommended. However, these options are suggested along with two alternative approaches that may have less reform potential.

5) Some recommendations are made regarding the inclusion of provisions on the consequences of non-compliance with the IIA, limiting the tribunal's powers and the amount of compensation that can be ordered.

Regarding catalyzing sustainable investments, some of UNCTAD's proposals are worthwhile. For instance, the suggestion to include provisions on financial support provided by countries of origin for projects that can demonstrate a positive impact for sustainable development. UNCTAD's proposal to make access to business incentives in the host country conditional to the pursuit of a possible positive sustainable development impact is also very welcome.

The proposal to establish Investment Promotion Agencies (IPAs) for exchanging experiences and best practices on investment promotion, sharing information on investment needs and opportunities, or preparing joint mega-investment projects, is a highly valued option.

Likewise, UNCTAD's proposal to establish joint investment promotion mechanisms in regional or inter-regional IIAs could also be very positive. From my perspective, such mechanisms could be of great catalytic value for impacting investment if they also develop natural protected networks or conservation areas, such as ecological corridors, and work together to establish enabling policies for impacting investment in areas such as agriculture, fisheries, energy, among others.

On the flipside, UNCTAD's menu of options is silent on the need to establish international cooperation mechanisms on fiscal and economic incentives for sustainable development. From my perspective, this is a major shortcoming because it does not allow us to solve one of the major problems of financing sustainable development: the insufficiency of public resources precisely because

States do not collect enough money by giving a preferential treatment to foreign companies to attract them to their territory.

Regarding the fragmentation of international law, UNCTAD stops short of giving a clear message on the prevalence of international human rights, environmental or labor law over investor protections in case of a normative conflict between different elements of international law. However, it does recommend including exceptions for measures under other areas of international law or directing tribunals to interpret IIAs according to human rights and environmental law treaties.

In sum, UNCTAD's recommendations have many positive elements but seem unambitious when it comes to solving the structural problems of IIAI in order to put foreign investment at the service of sustainable development.

Eighth: The reform of IIL, in practice, seems complex and uncoordinated due to multiple parallel processes, with very different approaches to IIAs' objectives, provisions, and scopes.

This research analyzed three model IIAs that have drawn the attention of the international community given their ambition to reform IIAs: the SADC model IIA, the Brazilian model IIA, and the Indian model IIA. The analysis shows that there are a wide variety of approaches, some of which are more pro-investment, which maintain the key features of neoliberal IIAs, and others that are more pro-economic development, which include some provisions to regulate corporate conduct or to facilitate investment flows.

Of the three IIA models, only one of them clearly states that the objective of the IIA is to finance sustainable development also including environmental principles to guide the implementation of the IIA. However, none of the analyzed models adopts a shared responsibility approach between states and investors to guarantee life on the Planet. Similarly, only one of the IIA models includes provisions to regulate corporate conduct in both international and domestic law. All three IIAs models provide that, in case a dispute regarding the interpretation of the IIA arises, domestic law and international law should be applied concurrently, which is a very positive aspect.

In terms of readdressing the liberalization of investments and the internationalization of foreign investment disputes, only the Brazilian IIA model meets this objective by abandoning investor-state arbitration altogether. The SADC IIA model provides significant provisions regarding the control of its very own effects, such as excluding umbrella clauses from IIAs, requiring broad mutual consent to arbitration (where companies also commit to arbitration for claims related to their conduct in the host country), and exhaustion of local remedies, but it does not exclude indirect expropriation, nor does it exclude the fair and equitable treatment standard, nor does it provide limits on compensation that can be ordered. India's IIA model maintains the neoliberal features, except that it excludes the fair and equitable treatment standard, it requires the exhaustion of domestic remedies before initiating an arbitration process, and it provides that

compensation for the breach of any IIA provision cannot exceed the investment made by the investor.

Finally, with regard to provisions to catalyze investments to achieve sustainable development, none of the IIAs models analyzed includes provisions to prioritize investments that contribute to ecosystem restoration, food production or climate change mitigation and adaptation, nor do they include sustainability criteria within the definitions of investments or investors. Furthermore, they do not exclude polluting sectors from the scope of the IIA model, nor do they provide for the elimination of incentives towards these sectors. Provisions on tax cooperation are also missing. Only the SADC and Brazilian IIAs models include some provisions to facilitate investment in the form of information exchanges, holding of fairs to promote investment in the State parties, among other activities.

However, practice shows that when moving from IIAs models to actually signing a new IIA, countries have had to make some concessions, for example, not all IIAs signed by Brazil follow the model. Sometimes more pro-investment provisions have had to be included in the final text of the IIA.

In short, there are no uniform approaches within the IIAs models, but rather each one of them follows its own nuances, so it is not possible to conclude that the IIA reform is following a particular direction. The only that can be drowned is that even the most pro-development IIAs models fail to provide an adequate framework to regulate foreign investments and catalyze environmentally sustainable investments to developing countries.

Ninth: Over the last decade, a trend towards signing plurilateral investment treaties has been observed. New regional and mega-regional treaties also show a great diversity of approaches and reformative ambition.

African countries seem to be claiming a more active role in the shaping of investment rules and they are actually doing so through regional IIAs and protocols that guide their agreement with countries from the global North. In this sense, regional IIAs have some interesting features for achieving sustainable development such as delimiting the definition of investment, or the inclusion of direct obligations on investors regarding corruption, human rights and CSR. However, these treaties still protect foreign investments in highly polluting sectors, such as oil exploration and exploitation, mining and intensive agriculture.

Plurilateral IIAs in the Americas are less uniform and more polarized than in any other region. At one end, the ALBA countries signed the Peoples' Trade Agreement (ALBA-TCP) that is diametrically different from neoliberal FTAs, as the ALBA-RCP focuses on poverty reduction, preservation of indigenous communities, and respect for nature. This treaty concentrates on regulating FDI and strives to strengthen small producers, micro-entrepreneurs, cooperatives, and community enterprises by facilitating the exchange of goods between its member states. At the other extreme, the US, Canada, and Mexico signed the T-MEC, which replaces NAFTA and includes even more protectionist provisions for foreign investors than those found in NAFTA. In between these two extremes, there are many other IIAs

with different nuances to control the excesses of the neoliberal DIIE, but always maintaining the regime liberalization and internationalization of investment.

Economic and political cooperation in Asia is much less consolidated than in other regions. The Asia-Pacific side seems to show a greater economic integration between neighboring countries through the ASEAN. The IIAs signed between the ASEAN and other countries include some modest changes, such as a greater delimitation of the content of the treatment standards, a certain degree of flexibility in relation to the development level of the states bound by the treaties, as well as greater detail regarding investor-state arbitration. However, these elements of change seem to reaffirm neoliberal IIAs, only with more restrictive protections.

In the case of Europe, European Union (EU) law coexists with a complex web of IIAs signed in the 1990s, both between EU countries (intra-EU IIAs) and with third countries. As this interrelationship has proven to be complex, the EU is in the process of terminating all intra-EU IIAs, which could allow for greater regulation of foreign investments between EU member states, guided by EU's multiple environmental policy instruments. Regarding IIAs signed between the EU and third countries, the EU has striven to maintain the internationalization and liberalization of investment features of neoliberal IIAs. Furthermore, these later treaties often include a chapter on "regulation" which is aimed at regulating the conduct of the authorities in issues key for the liberalization of investments, such as licensing and permitting, but in no way do these chapters aim to regulate the behavior of companies and foreign investors.

In sum, the study of regional IIAs confirms the conclusion stated above, that there is a great diversity of approaches and nuances, but even within this diversity, regional IIAs also fail to establish an adequate regulatory framework to make foreign investment a vehicle to accomplish sustainable development.

Tenth: This research has analyzed in detail three mega-regional IIAs of high importance for the global economy: the CPTPP, the CETA and the T-MEC.

The analysis of these treaties has shown that none of them has explicitly incorporated the goal of achieving sustainable development, none has focused on state-business responsibility to guarantee life on the Planet, and none incorporates environmental principles to guide the application and interpretation of the treaties. Similarly, none includes international obligations on companies, but they only support voluntary approaches to CSR.

None of the previously mentioned treaties includes obligations on states to regulate business on environmental and human rights issues, but the CPTPP does require states to regulate trade in certain areas, such as fisheries and forestry products. None of the treaties expressly refers to the obligation of companies to comply with the host country's domestic law, although there are provisions that implicitly involve such compliance.

None of the treaties provide that, in the event of a dispute arises regarding investments protected by the treaty, domestic law and international law should be applied concurrently.

All three treaties have a clear objective of investment liberalization and internationalization of investment disputes, which is why it is not surprising that they do not substantially modify IIL. Only CETA excludes umbrella clauses; the CPTPP does include a qualified umbrella clause, to limit its effects, but it also has different scopes for the different parties because some countries have decided to extend protections and others have not; and the T-MEC not only includes umbrella clauses to protect contracts and concessions in highly polluting sectors, such as hydrocarbons, but it also provides that the frustration of these contracts entails the obligation to pay full compensation to companies for the loss of profits due to government measures.

None of the IIAs modify the unilateral consent of states to submit disputes to arbitration, nor do they require the exhaustion of domestic remedies. In fact, the CPTPP discourages beginning administrative or judicial processes in the host country; and the T-MEC only authorizes the initiation of investor-state arbitration if the investor has not achieved a resolution passed 30 months after the initiation of an administrative or judicial process against the harmful measure in domestic courts.

Similarly, all treaties include protections of indirect expropriation and "measures tantamount to expropriation", but with some specifications to limit the scope of these measures. The same happens when it comes to the fair and equitable treatment standard.

All these treaties have a chapter on "environment" and/or on "sustainable development", where the parties include various declarations of intent to cooperate on environmental matters. In my opinion, none of these provisions are sufficiently specific or operational because they are neither binding nor do they provide for implementation mechanisms.

Besides, nor have I observed that these treaties include mechanisms to prioritize investments towards key sectors such as ecosystem conservation or restoration, climate change adaptation or mitigation, low-carbon development. The definitions of investment and investor do not include sustainability criteria that would allow for discriminating or choosing only those investments that are sustainable. Nor are there provisions to forbid perverse incentives for hydrocarbons or other polluting activities, or provisions that favor fiscal cooperation to tax pollution or establish extended producer responsibility mechanisms.

Based on the above, I conclude that IIL is increasingly complex, with yet uncertain effects. The uniformity that previously existed in IIAs is no longer the rule; we are now faced with much more detailed and nuanced IIAs that lead to different relationships for each of the Parties to the treaty, sometimes setting more unequal relationships between the Contracting Parties. Despite all the nuances and the inclusion of specific chapters to promote sustainable development and

environmental cooperation, none of the analyzed treaties seems to establish an adequate regulatory framework to overcome the environmental crisis we are in, to regulate foreign investment, and to channel resources to finance sustainable development.

Eleventh: Both individual and collective efforts to reform IIL are inadequate, insufficient, and misleading to deliver on the alleged promise of sustainable development.

Inadequate because they ignore the colonialist origins of IIL and its effects on global justice, especially when it comes to relations between the global North and South, and between investors and local populations affected by the adverse effects of investment. By ignoring its origins and its effects on global justice, the reform does not question whether the internationalization and investment liberalization approach is desirable, but simply proposes some palliative changes that may have greater or lesser effects, depending on the specific language and strategies pursued in each IIA.

Insufficient because the reforms focus on multiple aspects that, although important, do not address the fundamental features of neoliberal IIA.

Misleading because it attempts to convince people that IIAs are necessary to accelerate sustainable development, but neither the reform proposals nor the new treaties have clear provisions to achieve this sustainable development objective. Provisions for investment facilitation are found, but none of them have sustainability requirements or criteria. Investment facilitation in new generation IIAs is understood as a mechanism for investment transparency and cooperation, which may include aspects such as: 1) the establishment of one-stop shops to which investors or potential investors can turn to in their relations with host states, with the aim of reducing bureaucracy for investors; 2) the creation of an ombudsman to whom investors can turn to when they feel that the treatment they have received is unfair; or 3) the exchange of information between States regarding investment policies, the development of fairs and other events to boost investment. However, there are no definitions of investment or investor with sustainable impact criteria as a requirement for accessing treaty protections. No tax cooperation mechanisms for host countries to benefit from investment and avoid tax evasion by large corporations, and no international cooperation mechanisms to eliminate perverse incentives for fossil fuels, intensive agriculture, mining, etc. are observed. There are no provisions for inter-state cooperation in science and technology to improve monitoring the state of ecosystems, the application of natural accounting methodologies, or the transfer of technology and know-how to host States. In other words, the promise of IIAs as a tool for financing sustainable development lacks substance.

Twelfth: Against this backdrop, I have analyzed what legal mechanisms are available for citizens to demand profound changes in IIL so that it can deliver on the promise of accelerating sustainable development.

The rights of access to information, public participation, and access to justice in environmental matters have shown to be useful available tools for this purpose if investment-related decisions are framed as “environmental”. In my view, given that foreign investment has a natural tendency to accelerate environmental degradation, policies and project-specific decisions surrounding foreign investment should be considered environmental decisions. Against this backdrop, I conclude that the application of procedural environmental rights to the various spheres of foreign investment regulation is required, but it poses challenges.

In relation to the negotiation of IIAs, it has been noted that both the Aarhus Convention and the Escazú Agreement include access to information and public participation in international fora provisions, including those that *may have effects on the environment*. Given that various UN reports have already concluded that IIAs have adverse environmental and human rights impacts, it is valid to argue that procedural environmental rights do apply to the negotiation of IIAs. However, the language used on public participation in international fora in the Aarhus Convention and in the Escazú Agreement is non-binding, which may affect the exercise and enforceability of such rights.

Indeed, practice in IIA negotiation shows that, although some investment-related international fora, such as UNCTAD, UNCITRAL or the OECD, are conducting more inclusive processes that involve civil society in their dialogues, States are still far from guaranteeing procedural environmental rights in IIA negotiation. Specifically, access to key documents, such as draft agreements, is not guaranteed, nor is there an opportunity to participate - often not even through representative democracy in parliaments - when negotiations are still open, and it is possible to influence the content of the IIA.

As far as (foreign) investment domestic policies are concerned, the Aarhus Convention clearly extends the scope of application to plans, programs, policies, laws, and other regulations of general application *that may have effects on the environment*, which may include investment policies. The Escazú Agreement is a bit more restrictive as it only covers those policies strictly within the environmental field. At least under the Aarhus Convention, the right of access to information includes not only the text of plans and programs, but also the various analyses and studies that justify a specific foreign investment policy, e.g., metals mining, hydrocarbons, transport, etc. The right to public participation in this area of foreign investment regulation is even more nuanced, as when it comes to *plans and programs*, states are only obliged to make provision for public participation, and when it comes to *policies*, states are only obliged to endeavor to involve the public in decision-making. In other words, under the Aarhus Convention, environmental procedural rights are applicable to the elaboration of investment plans, programs and policies, but they are also not fully enforceable rights because states are not obliged to guarantee these rights.

Regarding investment contracts, the right of access to information under the Aarhus Convention does apply to contracts, insofar as *the information contained* therein relates to the environment. The right to public participation in decision-

making may cover some types or aspects of investment contracts, such as EIAs, but not all investment contracts. Furthermore, access to information, public participation, and access to justice in relation to investment contracts can prove very difficult as each specific investment project may involve a large variety of contracts, not all of them known by the people.

Amongst the most salient challenges for the application of procedural environmental rights to foreign investment-related decisions are: 1) the need that authorities recognize IIA negotiation, investment policy formulation and contract negotiation as environmental information and part of environmental decision-making processes; 2) that access to information and public participation in decision-making regarding these spheres of regulation is not mandatory under the Aarhus Convention and the Escazú Agreement; and 3) that because they are not binding, access to justice against refusal to provide information on these matters or for lack of public participation in the decision-making process is also affected. The solution could be for citizens to demand an expansion of environmental procedural rights to cover, in a binding way, all these spheres of investment regulation.

Thirteenth: Some environmental organizations have worked to expand the frontiers of environmental procedural rights and import them into international foreign investment law and investor-state arbitration. Their efforts have proved successful, although there is some way to go.

IAs have increasingly introduced provisions on investment-related transparency, and some, still rare, provisions on public participation in investment-related EIAs.

Environmental organizations have also promoted the negotiation and signature of the UNCITRAL Transparency Rules and the Mauritius Convention, which are specific treaties on transparency regarding investor-State arbitration, which also provide for third parties' participation in investor-State arbitration as *amicus curiae*.

After a detailed analysis of the conformity of the provisions of these specific treaties, this research concludes that there is still a need to fight a little harder for these treaties to reach the standards set out in the Aarhus Convention and the Escazú Agreement to guarantee access to justice when it comes to investments, as well as to influence the reform of IIL.

Final conclusion: Based on all that has been noted above and looking back at the initially stated research question, this thesis concludes that international foreign investment law, in its current version, does not facilitate the transition to sustainable development; on the contrary, it could increase the costs of the transition. Therefore, it is necessary for citizens to push for far-reaching regime reforms by exercising environmental procedural rights in the negotiation of IAs, the formulation of environmental policies and the signing of investment contracts.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Lorena Martínez Hernández



UNIVERSITAT
ROVIRA i VIRGILI