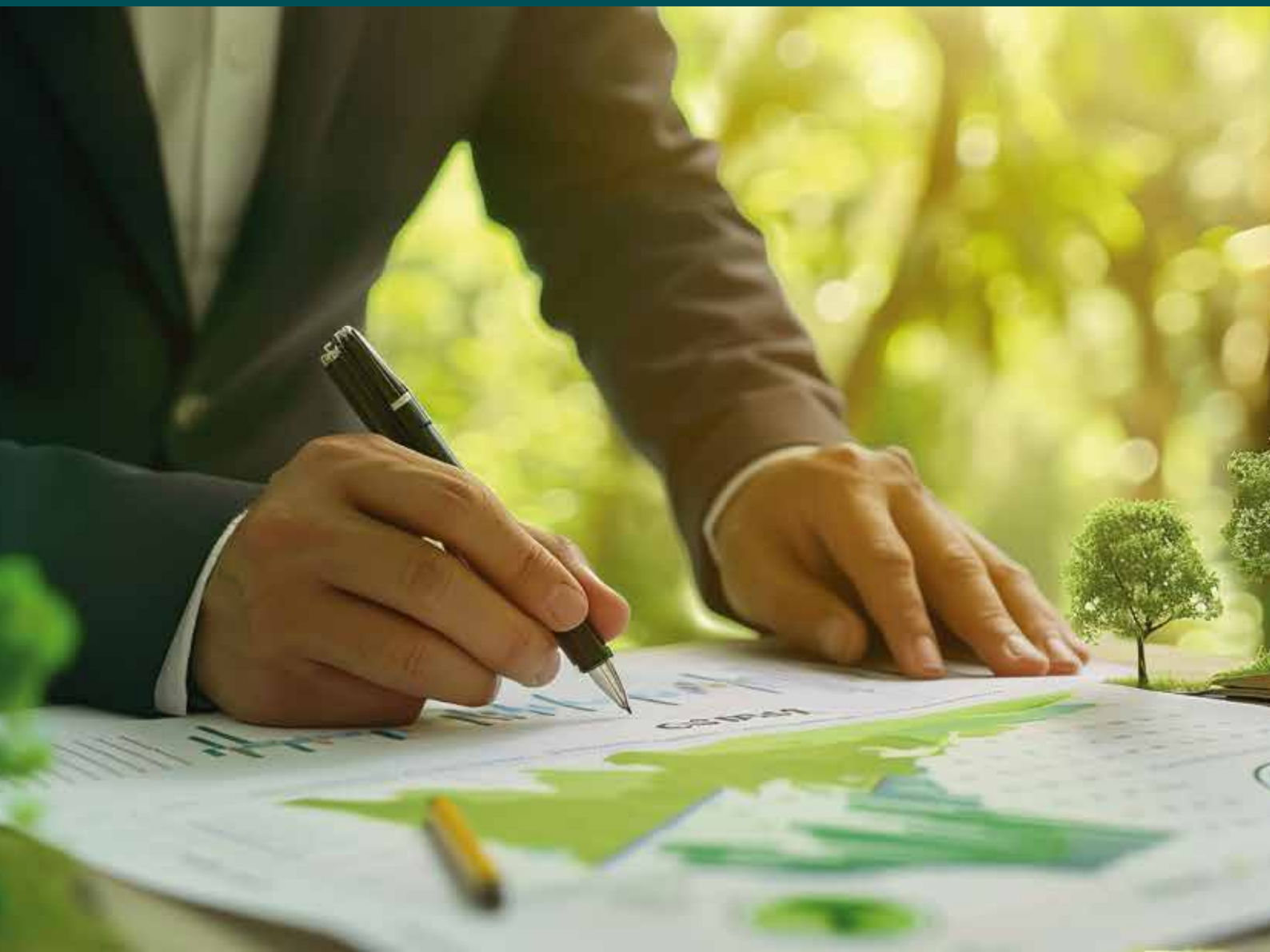




PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: UN NUEVO EQUILIBRIO EN LOS TBI

Autora:
María Isabel Pimentel Tello

PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: UN NUEVO EQUILIBRIO EN LOS TBI

Environmental protection and human rights in investment arbitration: towards a new balance in BITs

Maria Isabel Pimentel Tello¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Fragmentación del Derecho Internacional – Régimen de inversiones vs. Derecho ambiental.
- III. Evolución de los TBI: De la protección absoluta del inversor a las cláusulas de salvaguarda ambiental.
- IV. Reconvencción como herramienta de justicia ambiental.
- V. Análisis de casos emblemáticos.
- VI. Ponderación de Derechos.
- VII. Conclusiones.

Resumen

La evolución del arbitraje de inversiones frente a las crecientes demandas estatales por proteger el medio ambiente y los derechos humanos es la materia del presente trabajo. Históricamente, los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante TBI) fueron diseñados para una protección casi absoluta y rígida del inversor; sin embargo, la actual crisis climática y los compromisos internacionales adquiridos por el Acuerdo de París han forzado a una relectura de cláusulas clásicas como la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo (en adelante TJE), todo lo que nos llevó a desarrollar este trabajo que tiene como colofón que existe una tendencia hacia un nuevo equilibrio donde el derecho a regular del Estado se consolida como un límite legítimo a la protección arbitral; para lo cual se examina cómo los nuevos laudos arbitrales buscan equilibrar la seguridad jurídica de la inversión con el derecho soberano a proteger el ecosistema y los derechos humanos.

Palabras clave

Arbitraje de inversiones/ Medio ambiente/ Derechos humanos/ TBI/ Derecho a regular/ Expropiación indirecta.

Abstract

The evolution of investment arbitration in the face of increasing state demands to protect the environment and human rights is the topic of this work. Historically, Bilateral Investment Treaties (BITs) were designed to provide almost absolute investor protection; however, the current climate crisis and international commitments (Paris Agreement)

¹ Vicepresidente del Consejo de Arbitraje y JPRD de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, Directora de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, docente de pre y posgrado de la misma Universidad, Cajamarca, Perú; doctora en ciencias con mención en Derecho, abogada. Correo de contacto: mpimentel@unc.edu.pe

have forced a reinterpretation of classic clauses such as Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment (FET). The paper concludes that there is a trend toward a "new equilibrium" where the state's right to regulate is consolidated as a legitimate limit to arbitral protection.

Keywords

Investment arbitration/ Environment/ Human rights, BITs, right to regulate, Indirect expropriation.

I. INTRODUCCIÓN

Los tribunales arbitrales en el arbitraje de inversiones durante mucho tiempo han sido criticados por darle prioridad a las expectativas de lucro del inversor, lucro que es por demás legítimo; sin embargo, este, presuntamente, era superpuesto sobre las políticas públicas ambientales de los Estados. Esta situación sumió a este tipo de arbitraje en una crisis, la cual, ante la corriente del constitucionalismo que se presenta de manera transversal en todas las áreas del Derecho, exige que en el arbitraje internacional se tenga a la mano los tratados de nueva generación, que han incluido expresamente la posibilidad de que el Estado adopte las medidas necesarias para proteger la salud pública y el medio ambiente.

II. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL – RÉGIMEN DE INVERSIONES VS. DERECHO AMBIENTAL

La innegable propagación de regímenes jurídicos especializados y autónomos, ha transformado la construcción del derecho internacional contemporáneo, transitando de un modelo supuestamente unitario, decimonónico, basado en principios generales; hacia un escenario de marcada fragmentación estructural caracterizada por subsistemas normativos independientes, altamente especializados. Como advirtió en su momento la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, existe una emergencia de estas esferas de derecho especializadas o *self-contained regimes*² en el que se presenta una afrenta hermenéutica cuando las prioridades axiológicas entre dos o más subsistemas generan un riesgo inminente de colisión normativa, donde reglas de las distintas ramas imponen obligaciones contradictorias a un mismo Estado, y en donde tribunales sectoriales apliquen lógicas interpretativas diversas a un mismo supuesto de hecho, con la consecuente afectación del ordenamiento jurídico global.

Cuando el Régimen Internacional de Inversiones, que tiene como esencia teleológica la despolitización de las controversias y la protección de capitales transnacionales, y el binomio del Derecho Internacional Ambiental y el Derecho Internacional de los Derechos humanos se enfrentan, es que se presenta esta temida fragmentación; los imperativos categóricos multilaterales de protección de la dignidad humana y los bienes comunes de la biosfera de estos últimos derechos y el RII que opera en un plano predominante para los tribunales arbitrales, que se orientan por lo general a posturas contractualistas, desligadas de los ideales globales que deben defender los Estados.

Entonces, el punto más crítico de esta tensión se ubica en la confluencia entre el régimen internacional de protección de inversiones, que cuenta con más de tres mil tratados bilaterales de inversión, el arbitraje ante el CIADI y el Derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) junto al Derecho internacional ambiental (en adelante DIA).

² Martti Koskeniemi, *The Politics of International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2011), 312.

Graficando, en un escenario en el que el Derecho Internacional, compuesto entre otros por el Régimen de inversiones del DIDH (Tratados de Inversiones) y los TBI³ que son la base de aplicación en CIADI, y generalmente contienen la cláusula de MFN⁴; el Derecho Ambiental Internacional (Convenios ambientales), que se expresa en el Acuerdo de París y los Derechos Humanos (Tratados del DIDH) o pactos de Naciones Unidas aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; generan una zona de colisión normativa que precisa de la intervención de cláusulas de estabilización.

Por lo tanto, esta pugna representa un conflicto ideológico y de valores fundamentales dentro del orden internacional, ya que, mientras que el DI fue diseñado bajo una lógica de protección del capital transnacional, la mitigación de riesgos y la intangibilidad de los contratos, el DIA y el DIDH se sustentan en la salvaguarda de bienes públicos globales, intereses difusos, la dignidad humana y la soberanía regulatoria de los Estados para atender crisis sistémicas como el cambio climático o las emergencias sanitarias.

2.1. Cláusulas de Estabilización (Regulatory Chill)

Uno de los principales factores de fragmentación se manifiesta con las cláusulas de estabilización insertas en los contratos de Estado o en los propios TBI; estas disposiciones garantizan al inversor extranjero que el marco legal y regulatorio vigente al momento de realizar la inversión permanecerá inalterable, es decir que, el Estado receptor se obliga a congelar el marco regulatorio vigente al momento de la inversión, o que, en caso de modificarse, deberá compensarlo económicamente por los costos de cumplimiento, si se altera la rentabilidad calculada para el negocio⁵.

Pero, lo que sucede en la práctica, es que estas cláusulas generan un efecto congelador u obsolescencia regulatoria (*regulatory chill*), ya que los Estados, ante la amenaza de demandas millonarias ante tribunales de arbitraje de inversiones que escapen a sus regulaciones nacionales, optan por abstenerse de dictar normativas ambientales estrictas o políticas de protección social necesarias⁶.

En el caso *Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador*⁷, el Tribunal Arbitral falló evidenciando cómo las medidas estatales legítimas de soberanía fiscal y redistribución de recursos pueden ser interpretadas por el arbitraje de inversiones como violaciones contractuales, colisionando de manera directa con las expectativas de intangibilidad patrimonial del inversor, y desconociendo que los Estados tienen obligaciones en materia de derechos económicos y sociales, que son concurrentes e inderogables, de proteger los intereses de su pueblo bajo los tratados de derechos humanos; poniendo en claro que bajo un prisma particular se puede favorecer los intereses particulares sobre los de un Estado.

³ **TBI:** Tratado Bilateral de Inversiones, que es un acuerdo internacional que firman dos Estados para proteger y promover las inversiones de los ciudadanos y empresas de uno de los países en el territorio del otro y son base del arbitraje de inversiones.

⁴ **MFN:** Nación más favorecida, equiparable a un principio de no discriminación, son cláusulas incluidas en los TBI, implica el compromiso del Estado a no dar al inversor extranjero un trato menos favorable que ningún otro Estado.

⁵ Jorge E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 145.

⁶ Vaughan Lowe, "International Investment Law and the Individual", en *International Investment Law and Human Rights*, ed. Filippo Fontanelli (Londres: Routledge, 2020), 34.

⁷ *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Laudo sobre Decisión de Responsabilidad (14 de diciembre de 2012), párr. 210.

2.2. Trato Justo y Equitativo (TJE) y Expropiación Indirecta

De otro lado, las herramientas hermenéuticas más usadas por los tribunales de inversión para fiscalizar la actividad regulatoria de los Estados han sido el estándar de Trato Justo y Equitativo (TJE) y el concepto de expropiación indirecta; a diferencia de la expropiación clásica o directa (nacionalización o desposesión física del bien), este tipo de expropiación indirecta se configura cuando medidas estatales de carácter general, legítimas en su propósito normativo, anulan o socavan significativamente el valor económico o la explotación de la inversión extranjera.

Este estándar de TJE, presente en la casi totalidad de los TBI, ha sido el instrumento predilecto por los inversores extranjeros para impugnar las políticas públicas de los Estados anfitriones; estuvo originalmente concebido como una garantía mínima contra la denegación de justicia o la arbitrariedad manifiesta, la interpretación maximalista de los tribunales arbitrales expandió el TJE para abarcar la protección de las expectativas legítimas del inversor, llegando en ocasiones a exigir la inmutabilidad del ordenamiento jurídico nacional.⁸

Cuando un Estado revoca una licencia minera o detiene un proyecto de infraestructura debido a evaluaciones de impacto ambiental, los tribunales arbitrales suelen evaluar la medida basándose en las expectativas legítimas del inversor. Igualmente, cuando a falta de consulta previa a comunidades indígenas o tribales⁹, un Estado revoca una concesión o licencia, o luego de identificar graves riesgos ecológicos en una evaluación de impacto ambiental; los tribunales arbitrales, por lo general, resuelven la controversia basándose primordialmente en la frustración de las legítimas expectativas del inversor, un subcomponente derivado del TJE.¹⁰

Ante este recorte de las facultades estatales, la doctrina contemporánea ha impulsado la revitalización del Derecho de regular (*Right to regulate*), que consagra que los Estados no cedan su soberanía normativa al firmar un TBI; sino que retengan su potestad de modificar sus marcos regulatorios para responder a demandas sociales emergentes, avances científicos o crisis climáticas.

Se trata de la aplicación del Principio de Proporcionalidad buscando un equilibrio entre el Poder de Policía que representa el interés público en el DIA y las expectativas legítimas que es la buena fe del inversor. Establecidos los límites al TJE a través del citado principio y para que no se considere una reforma ambiental o sanitaria como una vulneración al TJE, se establecieron las siguientes condiciones:

- a) La aplicación general y no discriminada.
- b) La adopción de buena fe con la finalidad de tutelar un interés público urgente.
- c) La proporcionalidad respecto al riesgo que se pretende paliar, de forma que el inversor, realizando un análisis de riesgo diligente, debió prever la evolución normativa.¹¹

Un hito histórico de esta confrontación se identificó en la demanda arbitral corporativa *Vattenfall AB vs. República de Alemania*, donde la decisión del Parlamento alemán de acelerar el apagón nuclear y la transición hacia energías renovables, luego de la catástrofe de Fukushima fue duramente impugnada por una multinacional energética

⁸ Jorge E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 172.

⁹ Denominación que se encuentra en el Convenio 169 de la OIT.

¹⁰ Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, 2a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 412.

¹¹ Vaughan Lowe, "International Investment Law and the Individual", en *International Investment Law and Human Rights*, ed. Filippo Fontanelli (Londres: Routledge, 2020), 45.

bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía; demandando compensaciones de carácter expropiatorio e interfiriendo directamente en las agendas de cumplimiento del Acuerdo de París por parte del Estado Alemán.¹² Este caso demostró cómo el régimen de inversiones puede penalizar la transición ecológica y el cumplimiento de las metas del Acuerdo de París.

Antes del laudo referido, la doctrina tradicional sostenía sobre la cláusula de TJE que cualquier cambio regulatorio imprevisto que afectara la rentabilidad de la inversión, violentaba el trato justo, siendo materia de una extensa discusión.

Sin embargo, Sotomayor y Ancí, proponen los empates ponderativos entre los derechos fundamentales y los derechos económicos, los cuales consisten en que el árbitro no se aísle del Derecho Internacional General¹³ y que laude interpretando y explicando que cuando un Estado prohíbe la minería en ecosistemas frágiles no está expropiando, sino cumpliendo con sus obligaciones de *jus cogens* ambiental.

2.3. Expectativas legítimas y cambio normativo

Pero, para que el TJE sea considerado afectado por una medida estatal bajo el régimen de un TBI, no basta con que se produzca una reducción en los beneficios del inversor; sino que, es necesario que la medida sea manifiestamente arbitraria o que vulnere compromisos específicos asumidos por el Estado. La aplicación del derecho requiere considerar la complejidad de los conflictos modernos, donde el acceso a la justicia y la cultura jurídica deben integrarse para evitar soluciones aisladas de la realidad social en las que la razón de ser del Derecho se pierde de cara al interés de unos pocos.¹⁴

En este sentido, un inversor no puede pretender que el marco legal vigente para un TBI permanezca intacto luego del descubrimiento de riesgos ambientales, porque la soberanía regulatoria prioriza que el Estado adecúe las normas para cumplir con tratados internacionales de derechos humanos o acuerdos climáticos, siempre que estos no sean utilizadas como un medio de expropiación.

2.4. Asimetría procesal y mecanismos de integración sistémica

Ya se había expuesto el fenómeno de la fragmentación internacional, a lo que debemos añadir que esta se agudiza por la asimetría procesal propia del sistema de Solución de Controversias entre Inversores y Estados (SCIE); mientras los TBI operan de forma unidireccional porque confieren derechos sustantivos exigibles, acciones y legitimación activa directa a las corporaciones extranjeras para demandar a los Estados, no consagran obligaciones directas vinculantes para el inversor en materia de preservación del medio ambiente o derechos humanos¹⁵. Así pues, los Estados comparecen invariable e irremediamente como demandados y se ven impedidos de formular reconvenções de forma autónoma ante el Tribunal de Inversiones por daños socioambientales causados por la empresa, salvo contadas y recientes decisiones jurisprudenciales. De tal manera que, con la finalidad de atenuar el aislamiento interpretativo, la doctrina y la jurisprudencia han recurrido de forma creciente al principio de integración sistémica positivado en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), el cual prescribe que,

¹² Vattenfall AB and others vs. Federal Republic of Germany, Caso CIADI N. ° ARB/12/12, Registro del procedimiento (concluido por acuerdo de partes en 2021).

¹³ Sotomayor, José Enrique y Ancí, Noemí, El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy (México: Ubijus, CEAD, 2017), 112.

¹⁴ Osna, Gustavo. "Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution". Derecho PUCP, N.º 83 (2019): 9-27.

¹⁵ Lowe, "International Investment Law", 39.

al interpretar un tratado, deberá tenerse en cuenta "toda forma relevante de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes".¹⁶ En el caso *Urbaser S.A. vs. República Argentina*, donde el tribunal arbitral admitió formalmente que los derechos humanos —específicamente el derecho humano al agua— forman parte del bloque normativo aplicable al inversor y que las corporaciones transnacionales no gozan de una inmunidad absoluta frente al Derecho Internacional General, se marcó un importante hito al respecto;¹⁷ pero, la inexistencia del principio de precedente obligatorio (*stare decisis*) en el arbitraje de inversiones mantiene la contradicción jurisprudencial y la incertidumbre del orden internacional.

III. EVOLUCIÓN DE LOS TBI: DE LA PROTECCIÓN ABSOLUTA DEL INVERSOR A LAS CLÁUSULAS DE SALVAGUARDA AMBIENTAL

Como lo decíamos, el Derecho Internacional de Inversiones ha experimentado un cambio en su estructura como respuesta a las crecientes crisis de legitimidad del sistema de Solución de Controversias entre Inversores y Estados, habiendo para ello reconocido la doctrina, generaciones en la evolución de los TBI, mismas que evidencian los cambios en el equilibrio entre la protección del capital privado y el cuidado del margen regulatorio estatal.¹⁸

Describiendo esta evolución, a los TBI de primera y segunda generación caracterizados por tener un enfoque asimétrico absoluto, con cláusulas TJE laxas y sin excepciones ambientales, les siguen los de tercera generación que contemplan la inclusión de cláusulas de no atracción de capitales laxas; y finalmente, los modelos recientes aplicados por CIADI que incluyen el Poder de Policía, excluyen los subsidios verdes y fijan obligaciones directas a los inversores por daño ambiental.

Los TBI de primera y segunda generación fueron propios de las décadas de 1980 y 1990 y tenían por objetivo unívoco blindar al inversor extranjero frente al riesgo político en los países en desarrollo, siendo concebidos bajo el Consenso de Washington.¹⁹ Bajo este modelo originario, los estándares de Trato Justo y Equitativo, la Cláusula de la Nación más Favorecida y las disposiciones sobre expropiación indirecta se configuraron con cláusulas abiertas, que no contaban con ninguna precisión semántica; esta distensión textual dotó a los tribunales arbitrales de un poder discrecional amplio, que se tradujo en una interpretación que subsumía cualquier medida regulatoria general aplicada por el Estado, fuera fiscal, sanitaria o ambiental, y que afectara la rentabilidad de la inversión, dentro de la categoría de expropiación o violación al TJE.²⁰

Fue entonces que, ante las crecientes demandas que afectaban las políticas públicas nacionales, emergió una tercera generación de Tratados a partir de la década del 2000, que estuvo fuertemente influenciada por los capítulos de inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y los modelos de TBI de Estados Unidos y Canadá²¹ que introdujeron las llamadas cláusulas de salvaguarda ambiental, así como disposiciones de no atracción de capitales mediante la flexibilización de estándares

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 31.3.c.

¹⁷ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas de Bilbao vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo del 8 de diciembre de 2016, párr. 1190 a 1195.

¹⁸ Jorge E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 34-41.

¹⁹ Martti Koskeniemi, *The Politics of International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2011), 325.

²⁰ Vaughan Lowe, "International Investment Law and the Individual", en *International Investment Law and Human Rights*, ed. Filippo Fontanelli (Londres: Routledge, 2020), 28.

²¹ Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, 2a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 415.

ecológicos, que constituyeron el compromiso de no relajar las leyes ambientales para atraer inversión.²²

Posteriormente, en las reformas más contemporáneas, se ha avanzado redefiniendo el llamado *poder de policía* (*police power*) del Estado dentro del propio Tratado, los modelos recientes de TBI y los capítulos de inversión de megatratados regionales que establecen taxativamente que las medidas estatales de carácter general, no discriminatorias, adoptadas de buena fe y dirigidas a la protección de la salud pública, la seguridad o el medio ambiente no constituyen una expropiación indirecta, como lo habíamos explicado y, por ende, no generan el derecho a una compensación económica. Este giro radical pretende aplicar normativamente un límite a la interpretación de los árbitros con tendencia proteccionista de los inversores, tratando de armonizar sistemáticamente las inversiones con los propósitos climáticos del Acuerdo de París y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, de aplicación global.

3.1. Poder de policía del Estado

Consideramos pertinente aclarar este término que, en el arbitraje de inversiones se viene empleando como ya lo hemos visto, como un estándar que implica la facultad soberana de los Estados para regular asuntos de interés público como la salud, el medio ambiente, la moral o la seguridad; cuando un Estado ejerce este poder de buena fe, de manera no discriminatoria y proporcional, las medidas regulatorias no constituyen expropiación indirecta y, por tanto, el Estado no está obligado a pagar compensación económica al inversor afectado.²³

Se constituye como uno de los mecanismos de defensa más importantes de los Estados frente a reclamaciones de inversores en tribunales internacionales ante el CIADI o la Corte Permanente de Arbitraje y funciona bajo los siguientes criterios y características:

3.1.1. Exención de pago por expropiación

Como ya se advirtió, los Tratados Bilaterales de Inversión protegen a los inversores extranjeros frente a la expropiación ilegal o al perjuicio sobre sus inversiones sin la indemnización adecuada. Sin embargo, si el daño económico surge como resultado del ejercicio legítimo del poder de policía; la medida se considera un acto regulatorio válido y no una expropiación compensable.

3.1.2. Condiciones para su aplicación

El Estado afectado debe demostrar que sus medidas cumplen con tres requisitos fundamentales para que un tribunal arbitral acepte esta defensa:

- A. Buena fe:** Debe identificarse plenamente que estén orientadas a proteger el interés público y no a perjudicar intencionalmente la inversión extranjera.
- B. No discriminación:** La aplicación normativa debe serlo por igual tanto a inversores nacionales como extranjeros en situaciones similares.
- C. Proporcionalidad:** El perjuicio causado al inversor no debe ser excesivo o desproporcionado en relación con el objetivo público que se busca alcanzar.

²² Philippe Sands y Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, 4a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 845.

²³ Cantillo, Alejandro Linares. *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión: la tensión con el derecho interno*. Vol. 13. Universidad Externado, 2019.

3.1.3. Derecho a regular

En la doctrina académica y los laudos arbitrales, el poder de policía suele utilizarse como sinónimo del derecho a regular del Estado, el cual ya ha sido desarrollado extensamente por instituciones como *Jus Mundi*.²⁴

IV. RECONVENCIÓN COMO HERRAMIENTA DE JUSTICIA AMBIENTAL

Habiendo ya identificado la asimetría procesal que se ha presentado históricamente en el sistema de SCIE, señalamos que esta ha dado origen a una suerte de canal de mitigación que se presenta por medio de demandas reconventionales o contrademandas (*counterclaims*). Como ya advertimos, generalmente los TBI tenían como única posibilidad de que sea el inversor extranjero quien tuviera el derecho de accionar contra el Estado anfitrión, y este sólo podía jugar el rol de defensa de su posición, no pudiendo exigir el cumplimiento de responsabilidades patrimoniales directas por daños socioambientales y violaciones de derechos humanos que se hubieran cometido en su territorio por la transnacional.²⁵

Entonces, las demandas reconventionales o contrademandas se presentan como la vía más apropiada para superar el sistema de resolución de disputas unidireccional y asimétrico en aras de uno bidireccional y recíproco. Como se ha referido, se impedía históricamente, en los arbitrajes de inversiones, que los Estados dedujeran pretensiones indemnizatorias de forma autónoma por los pasivos ambientales dejados por las corporaciones; sin embargo, hay una tendencia de subvertir esta postura permitiendo que los Estados planteen demandas frente a la violación de derechos humanos o normas ambientales por parte de los inversores.

Esa situación de desventaja de los Estados, se purga con la siguiente dinámica; ante la pretensión de un inversor extranjero que demanda el cumplimiento del TJE o presunta expropiación encubierta al Estado anfitrión, este a su vez puede reconvenir o contrademandar por daño ambiental o vulneración de Derechos Humanos; dependiendo la procedencia del requisito de la presencia del nexo causal y el consentimiento conexo.

En la práctica se tiene como principal obstáculo jurídico para la procedencia de las reconversiones la determinación del consentimiento y el alcance de la jurisdicción del tribunal; dado que el TBI es un acuerdo entre Estados, el argumento más recurrente es que el inversor privado no es parte firmante del Tratado, por lo que no ha manifestado su consentimiento para asumir obligaciones internacionales. Sin embargo, la doctrina seguida por algunos tribunales arbitrales ha fijado la postura de que cuando se activa el mecanismo arbitral del Tratado, el inversor extranjero se somete a los beneficios y cargas procesales derivadas del mismo, salvo que exista una prohibición expresa de las contrademandas en el texto convencional.

Cabe mencionar que actualmente se considera que, el éxito de una reconversión estatal ante el CIADI requiere superar dos rigurosos test jurídicos:

4.1. Consentimiento Conexo

²⁴ Delgado Mondragón, M. A. (2022). El arbitraje internacional de inversiones y la «defensa» de los Estados en nuestros tiempos, ¿necesidad de reforma del sistema?.

²⁵ Viñuales, *Foreign Investment*, 210-215.

La condición es que el TBI aplicable o el acuerdo de inversión debe ser lo suficientemente amplio como para permitir que los conflictos comprendan cualquier controversia relativa a la inversión, abriendo la posibilidad a las contrademandas estatales.

4.2. La Relación de Causalidad e Interconexión

Debe existir un nexo jurídico y fáctico directo entre la demanda principal del inversor y la reconvencción del Estado, ya que esta última no puede ser una demanda nueva o aislada; por ejemplo, por la revocación de una licencia y por el daño ambiental que motivó la revocación de dicha licencia.²⁶

Comentamos antes también que en el caso *Urbaser S.A. vs. Argentina* se reconoció que los inversores extranjeros tienen derechos y obligaciones en materia de derechos humanos; entonces se discutía el derecho al agua, que había sido recientemente reconocido como tal, marcándose un nuevo punto de partida que, aunque disruptivo, pretende que el inversor no desconozca el impacto socioambiental de su inversión amparándose en el TBI.

En este caso, Argentina formuló una reconvencción exigiendo una indemnización a la concesionaria debido a que la deficiente prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico que prestaba la empresa, afectaba gravemente el derecho al agua de la población; trazándose, dicho sea de paso, y a partir de ello también el camino para desarrollar el contenido protegido de este derecho humano.²⁷ En su laudo el tribunal arbitral dictaminó que las corporaciones transnacionales ya no operan en un vacío legal ajeno al DIDH y que, en consecuencia, son sujetos capaces de contraer obligaciones internacionales directas en contextos donde sus operaciones afecten derechos fundamentales.²⁸ Cabe indicar que, aunque la contrademanda fue desestimada por el tribunal al no haberse especificado el nexo causal contractual, con este laudo se destruyó el aislamiento procesal del régimen de inversiones, dogmatizado hasta entonces.²⁹

Esta tendencia fue posteriormente adoptada en otros casos que presentaremos más adelante, quedando fijada la postura de que se pueden establecer obligaciones ambientales a inversores extranjeros permitiendo que los Estados invoquen en DAI y el DIDH, no solo como justificación o escudo argumentativo, sino también, como arma procesal legítima para obtener la reparación de los daños socioambientales.

V. ANÁLISIS DE CASOS EMBLEMÁTICOS

Como correlato, los cambios producidos en los Tratados Bilaterales de Inversión y los textos convencionales, así como la nueva postura de los tribunales han permitido en la jurisprudencia del arbitraje de inversión, un viraje a favor de la equidad ambiental, y si bien el SCIE no contempla un régimen de precedentes vinculantes, algunos laudos recientemente emitidos avizoran un cambio de paradigma hacia una tendencia hermenéutica en que se contempla al interés público y la protección del medio ambiente como elementos determinantes para rechazar pretensiones económicas

²⁶ Philippe Sands y Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, 4a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 850.

²⁷ Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, 2a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 422.

²⁸ Martti Koskeniemi, *The Politics of International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2011), 338.

²⁹ David R. Aven and others v. Republic of Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo Definitivo (7 de agosto de 2018), párr. 735-742.

presentadas por transnacionales. En adelante, algunos de estos casos ordenados cronológicamente:

5.1. Philip Morris Brands Sàrl vs. República Oriental del Uruguay (2016)

Se centra en el ámbito de la salud pública; este laudo sentó las bases contemporáneas para el reconocimiento del poder de policía del Estado frente a las expectativas legítimas del inversor; la tabacalera transnacional, en este caso, alegó que las regulaciones de etiquetado plano impuestas por Uruguay destruían el valor de sus marcas registradas, constituyendo una violación del TJE y una expropiación indirecta, pero el laudo desestimó la demanda estableciendo que las exigencias del estándar de TJE no obstan que un Estado modifique su marco legal de forma razonable y proporcional ante una emergencia de salud pública; señaló además que las medidas fueron adoptadas de buena fe y para proteger el interés público, ratificándolas y declarándolas no compensables.

5.2. Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú (2017)

Lo particular de este caso es que se incorporan a la discusión los derechos de los pueblos indígenas y la conflictividad socioambiental como variables de responsabilidad corporativa. Se origina por la revocatoria por parte del Estado Peruano de la autorización del proyecto minero Santa Ana, luego de una asolada de protestas contra una posible contaminación hídrica y el no haber llevado adelante la consulta previa efectiva.³⁰ Si bien, la mayoría del tribunal arbitral halló una violación al Tratado por la forma en que el Estado gestionó la revocación, el árbitro Philippe Sands sustentó un voto disidente argumentando que la empresa minera carecía de un "título limpio" al no haber obtenido válida y eficazmente la licencia social requerida para operar de manera viable, remarcando el deber de cumplimiento de los estándares del convenio 169 de la OIT que se extiende a las corporaciones internacionales y que tal negligencia rompe el nexo de causalidad para exigir las reparaciones estatales íntegras que pretendía con su demanda.³¹

5.3. Eco Oro Minerals Corp. v. República de Colombia (2021)

En este proceso arbitral, el conflicto versó sobre las restricciones que el Estado colombiano impuso a la explotación minera en el Páramo de Santurbán, que resulta ser un ecosistema estratégico de alta montaña, que resulta imprescindible para preservar las fuentes de agua dulce y la captura de carbono.³² La minera de capitales canadienses demandó al Estado invocando el TLA canadiense-colombiano, señalando que la delimitación ambiental del páramo vulneraba el TJE; fue entonces que el tribunal, admitiendo que la protección del espectro del páramo era una medida legítimamente aplicada defendiendo el bien público y una finalidad ecológica, en una decisión controversial, falló en mayoría que el TBI no eximía al Estado de indemnizar a la transnacional bajo el estándar del TJE; evidenciando de esta manera que, a pesar de los avances interpretativos que buscan proteger el ecosistema de los Estados, aún persiste la postura, felizmente bastante aislada, de que reconociendo el derecho del Estado de proteger el ecosistema, no lo exime de la penalidad económica en favor de los inversores.³³

³⁰ Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo Definitivo (30 de noviembre de 2017), párr. 132.

³¹ Ibid., párr. 10-18.

³² Eco Oro Minerals Corp. v. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Direccionamiento de Daños (9 de septiembre de 2021), párr. 220.

³³ Ibid., párr. 490-502.

Estos tres casos son pues, una muestra de cómo se han venido desarrollando los procesos arbitrales de inversiones, con las decisiones de los tribunales polarizadas y una interpretación que, si bien, se orienta al reconocimiento de los Derechos Humanos y el DAI, aún no se consolida en la aceptación de las facultades de los Estados de proteger los mismos derechos y eximirlos de responsabilidades económicas ante inversores extranjeros por un cambio de reglas para tutelar sus ecosistemas.

VI. PONDERACIÓN DE DERECHOS

Los tribunales arbitrales entonces, tienen en sus manos la posibilidad de aplicar la ponderación entre la seguridad jurídica y los derechos que inciden colectivamente; deben asumir que la primera no resulta ser absoluta frente a los segundos, el árbitro tiene que establecer entre los derechos fundamentales y las libertades económicas cuál es el peso de la protección ambiental en el caso concreto, superando la idea de que los TBI son camisas de fuerza de las cuales no se puede salir; mucho menos cuando se trata de la protección del ecosistema de un Estado.³⁴

Por último, se puede afirmar entonces que, la evidenciada colisión del DAI y el régimen de inversiones obedece a la presencia de los modelos de TBI de primera y segunda generación, los cuales resultan anacrónicos; siendo necesario establecer un equilibrio entre la soberanía de los Estados en cuanto a la defensa socioambiental y la seguridad jurídica que ampara a la inversión extranjera, como partes en los contratos de inversión producto de los convenios comerciales interestatales.

VI. CONCLUSIONES

1. El tránsito del orden jurídico internacional de un modelo unitario hacia una fragmentación estructural, genera una colisión entre la protección de capitales transnacionales por parte del Régimen internacional de inversiones y el Derecho Internacional Ambiental y los Derechos humanos, puntualmente en cuanto a la preservación de la dignidad humana y la biosfera, provocando fallos arbitrales contradictorios para los Estados.
2. Las cláusulas de estabilización tradicionales actúan como un freno para el desarrollo normativo de los Estados anfitriones, quienes para evitar demandas millonarias en tribunales arbitrales como el CIADI, optan por la abstención legislativa, evitando la adopción de normativas ambientales estrictas o políticas de protección social necesarias.
3. El tránsito de diseño de los TBI de los modelos de primera y segunda generación hacia los modelos de tercera y cuarta generación garantiza medianamente la incorporación de salvaguardas ambientales y pauta la interpretación de la expropiación indirecta de manera restrictiva. Los Estados pueden realizar reformas ambientales para paliar crisis climáticas o demandas sociales, siempre que no violen el TJE, para lo cual se debe cumplir con a) aplicarlas de forma general, b) adoptarse de buena fe para un interés público urgente y c) respetar el principio de proporcionalidad; con lo cual no tienen la obligación de indemnizar al inversor.
4. A partir del caso *Urbaser S.A. vs. Argentina* y otros casos emblemáticos, se han ido fijando criterios jurisprudenciales a favor de la admisión de reconvenciones por parte de los Estados, rompiendo así con la histórica unidireccionalidad en las demandas dentro del sistema de solución de controversias de inversión, pudiendo resultar las mismas en obligaciones por daños socioambientales.

³⁴ Sotomayor y Ancí, *ibid.*

5. La jurisprudencia arbitral actual se encuentra en una etapa de polarización y cambio de paradigma, como lo demuestran los casos expuestos, por lo que es imperativo que los tribunales arbitrales internacionales apliquen la ponderación para superar el anacronismo de los TBI integrando sistemáticamente el Derecho Internacional para evitar que los intereses económicos de los inversores sigan prevaleciendo ante la protección de ecosistemas globales.

BIBLIOGRAFÍA

- Atria, Fernando. *La creación de derecho y la aplicación del derecho*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2005.
- *Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5. Laudo sobre Decisión de Responsabilidad (14 de diciembre de 2012).
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI). *La fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/L.682. Ginebra: Naciones Unidas, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-23/17: Medio Ambiente y Derechos Humanos*. 15 de noviembre de 2017.
- Dupuy, Pierre-Marie y Jorge E. Viñuales. *International Environmental Law*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- José Enrique Sotomayor y Noemí Ancí, *El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy* (México: Ubijus, CEAD, 2017), 112.
- Koskeniemi, Martti. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- Lowe, Vaughan. "International Investment Law and the Individual". En *International Investment Law and Human Rights*, editado por Filippo Fontanelli, 23-45. Londres: Routledge, 2020.
- Moya, Carlos. *El libre albedrío: Un estudio filosófico*. Madrid: Cátedra, 2017.
- Organización de las Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969.
- Osná, Gustavo. "Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution". *Derecho PUCP*, No. 83 (2019): 9-27.
- Sands, Philippe y Jacqueline Peel. *Principles of International Environmental Law*. 4a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- UNCTAD. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. Ginebra: Naciones Unidas, 2015.
- Viñuales, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Jurisprudencia

- *Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú*. Caso CIADI No. ARB/14/21. Decisión sobre irregularidad en la adquisición de tierras por estar en zona de frontera (Noviembre de 2017).
- *Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia*. Caso CIADI No. ARB/16/41. Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Direccionamiento de Daños (9 de septiembre de 2021).
- *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia, Publicam vs. República Argentina*. Caso CIADI No. ARB/07/26. Laudo Definitivo (8 de diciembre de 2016).
- *Vattenfall AB and others vs. Federal Republic of Germany*. Caso CIADI No. ARB/12/12 (Procedimiento concluido por acuerdo de las partes en 2021).