

**DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y DERECHO  
INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE: RELACIÓN Y LÍMITES DE CARA A  
LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE**

**JUAN MANUEL TABARES FERNÁNDEZ**

**Trabajo de grado presentado como requisito  
para optar por el título de Abogado**

**Asesor: José Alberto Toro Valencia**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLÍN, COLOMBIA**

**2017**

## RESUMEN

Este escrito estudia la evolución del Derecho internacional de las inversiones con el fin de determinar en un primer momento cuál es el estado actual en materia bilateral y multilateral de esta rama del Derecho internacional y establecer el papel que cumple el arbitraje internacional para la evolución de esta. En un segundo momento se realiza una exposición sobre la relación que existe entre el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional del medio ambiente con el fin de identificar los problemas y los retos que se presentan de cara a la protección internacional de ambas materias.

Todo lo anterior se justifica en el entendido que el Derecho internacional en general se encuentra no solo dividido en regímenes especializados, sino también en constante evolución, por lo cual los desacuerdos que se presentan entre las diferentes ramas que lo componen hacen que en algunos casos los acuerdos internacionales sean insuficientes para garantizar la protección internacional de ciertas materias. Esto ha traído como consecuencia la consolidación de distintos mecanismos de solución de controversias como el medio más idóneo para lograrlo, y en segundo lugar la evidencia de la necesidad de implementar ciertas reformas a estos regímenes especializados para garantizar una protección más homogénea.

**Palabras clave:** Derecho internacional de las inversiones; Inversión extranjera; Arbitraje internacional de inversiones; Acuerdos multilaterales; Derecho internacional del medio ambiente.

## ABSTRACT

This paper explores the evolution of international investment Law in order to determine, first, what is the current bilateral and multilateral status of this branch of International Law, and to establish the role who plays international arbitration in the evolution of it. Second, it illustrates the relationship between international investment Law and international enviromental Law with the purpose of identifying the problems and challenges towards the international protection of both branches,

All of this is justified on the understanding that international Law is not only divided into specialized regimes but also in constant evolution, which means the disagreements that arise between the diferente branches that compose it make that in some cases the international agreements insufficient to ensure the international protection of certain matters. This has resulted in the consolidation of different dispute settlement mechanisms as the most appropriate means of achiving this, and secondly the evidence of the need to implement certain reforms to these specialized regimes to ensure a more homogeneous protection.

**Key words:** International investment law; Foreing investment; International investment arbitration; Multilateral agreements; International enviromental Law

## Contenido

Lista de abreviaturas

Introducción

### **1. Construcción y funcionamiento del sistema de acuerdos internacionales de inversión (AII)**

1.1. Construcción histórica del sistema

1.2. ¿Cómo funciona el régimen internacional de las inversiones?

### **2. Límites y problemas que tienen el actual sistema internacional de inversiones y el sistema internacional de controversias de cara a la protección del medio ambiente**

2.1. Problemas de cara a la protección internacional del medio ambiente y de la inversión extranjera

2.2. Conflictos que se presentan de cara a la protección internacional de la inversión extranjera y del medio ambiente y los mecanismos para dirimirlos

### **3. Conclusiones**

Lista de referencias

## Abreviaturas

AAI: Acuerdos Internacional de Inversión

ADPIC: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Inversión relacionados con el Comercio

AGCS: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

AMI: Acuerdo Multilateral de Inversión

BM: Banco Mundial

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CERDS: Carta de Derechos Económicos y Deberes de los Estados

CPA: Corte Permanente de Arbitraje

FMI: Fondo Monetario Internacional

GATT: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

IED- Inversión Extranjera Directa

IFC: Corporación Financiera Internacional

ITLOS: Tribunal Internacional del Derecho del Mar

MIC: Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio

NAFTA: Tratado de Libre Comercio de América del Norte

NOEI: Nuevo Orden Económico Internacional

NMF: Nación Más Favorecida

OCDE: Organización para de Cooperación y Desarrollo Económico

OIC: Organización Internacional del Comercio

OMC: Organización Mundial del Comercio

ONG: Organización No Gubernamental

ONU: Organización de las Naciones Unidas

TBI: Tratado Bilateral de Inversión

TRIM: Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio

UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo

## Introducción

La actual red de acuerdos internacionales de inversión (AII) se ha expandido en los últimos tiempos no solo por las necesidades de desarrollo y crecimiento económico que tienen los diferentes Estados, sino también porque con estos instrumentos los Estados buscan ofrecerles a los inversionistas extranjeros mayor estabilidad y transparencia que la que está establecida en su legislación interna con el fin de atraer capital proveniente de la inversión extranjera hacia sus territorios. Esta expansión del universo de AII requiere de la participación de diferentes actores internacionales, entre los que encontramos a los Estados, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Banco Mundial (BM) o el Centro Internacional de Solución de Disputas relativas a la Inversión (CIADI), entre otras organizaciones internacionales y agentes externos a estas, los cuales durante muchos años han intentado establecer unos estándares mínimos de protección a la inversión extranjera, además de una serie de mecanismos y procedimientos especiales para la solución de las controversias que en materia de inversión pudiesen llegar a presentarse entre los inversionistas extranjeros y aquellos Estados receptores de su inversión.

La participación de estos agentes en la construcción del actual universo de AII no es sencilla y no está exenta de controversias, ya que la intervención de diferentes actores internacionales supone la concurrencia de distintos intereses al momento de negociar un determinado instrumento, ya sea bilateral o multilateral, lo cual ha generado protestas tanto por parte de algunos de los actores que intervienen en dicha negociación, así como por parte de algunos actores externos que no han participado o no han sido tenidos en cuenta en la negociación de un instrumento internacional específico, pero que consideran que sus derechos e intereses se ven o serán afectados con las decisiones que se tomen allí, tal y como sucede con los derechos humanos, los estándares laborales y para el caso de estudio de este trabajo con el medio ambiente, en consecuencia han sentado su

voz de protesta en contra de la negociación de este tipo de instrumentos y propugnado por que sus ideas sean consideradas. Es por este motivo que a pesar de los diversos intentos realizados por organizaciones internacionales como la OCDE o a la OMC no ha sido posible hasta el momento lograr un consenso entre los Estados, grupos económicos y ONG frente al contenido que debe tener un acuerdo multilateral en materia de inversión y se ha dejado el desarrollo del Derecho internacional de las inversiones en manos de los TBI, acuerdos regionales en materia de inversión y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales que conocen de las controversias que se presentan entre los Estados y los inversionistas extranjeros.

De igual forma, la relación que existe entre el Derecho internacional de las inversiones y otras ramas del Derecho internacional, como el Derecho internacional del medio ambiente, no siempre es armónica y lleva a conflictos tanto en la interpretación de las normas aplicables a un caso concreto, como a los procedimientos de solución de controversias que se puedan suscitar en un caso en donde sea posible aplicar o se alegue por una de las partes involucradas la aplicación de un conjunto de normas específicas que si bien pueden aplicarse al caso concreto, pueden ser incompatibles entre ellas. Este conflicto se debe a la atomización del mismo en regímenes especializados y que en muchos casos no tienen en cuenta a las demás ramas a la hora de elaborar un instrumento internacional, lo cual impide tanto garantizar la protección plena de los derechos de los inversionistas extranjeros como la de otros derechos que chocan con los derechos de los inversores, llevando de esta forma a potenciales controversias entre los inversionistas y aquellos Estados receptores de su inversión.

En este sentido, el desarrollo del Derecho internacional de las inversiones, si bien ha sido significativo, no se encuentra al mismo nivel que otras ramas del Derecho internacional, en la medida que por la existencia de un gran número de intereses contrapuestos no ha sido posible

llegar a un acuerdo general en esta materia que se vea reflejado en un acuerdo multilateral, lo cual si puede observarse en otras ramas, por lo cual su desarrollo se ha llevado a cabo principalmente a través de la suscripción de tratados bilaterales de inversión (TBI) o acuerdos regionales en esa materia. Lo anterior ha logrado que el actual universo de AII, a falta de un instrumento multilateral que regule la materia, se haya convertido en una amalgama de acuerdos individuales que no son coherentes entre ellos y que, en vez de generar la protección y promoción de la inversión extranjera, se han convertido en focos de controversias entre los inversionistas extranjeros y los Estados suscriptores de los mismos.

El objetivo final de este trabajo es determinar si efectivamente existe o no la necesidad de que se suscriba un acuerdo multilateral en materia de inversión extranjera que permita darle coherencia al universo actual de AII y si con la suscripción de este nuevo acuerdo existe una posibilidad de reconciliar los conflictos que existen entre el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional del medio ambiente. Para cumplir con este objetivo, se pretende en un primer momento realizar un recuento sobre la evolución histórica que ha tenido el actual sistema de AII, en el cual se identifiquen los momentos en los que se ha pretendido establecer una regulación general del Derecho internacional de las inversiones y cuáles han sido los motivos por los cuales estos han fallado. De igual forma, dentro de este recuento histórico, se hará una exposición de la evolución que han tenido los TBI desde sus inicios hasta nuestros días. Todo lo anterior es importante para en un segundo momento poder explicar cuál es el estado actual en materia bilateral y en materia multilateral del Derecho internacional de las inversiones y como los procedimientos de solución de controversias internacionales, especialmente el arbitraje internacional, se han convertido en instrumentos más que idóneos para lograr la protección de los intereses de los

inversionistas extranjeros, más allá de los esfuerzos que han hecho los Estados para lograrlo a través de la suscripción de TBI.

Una vez finalizado este estudio se pretende realizar un análisis sobre la relación que existe entre el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional del medio ambiente, en el cual se logren identificar algunas sinergias que existen entre estas dos ramas del Derecho internacional pero también los conflictos o dificultades que existen para proteger ambas materias y como los mecanismos de *soft law*, como los indicadores de gobernabilidad y los mecanismos de arbitraje internacional pueden ser utilizados por los inversionistas extranjeros para garantizar la protección de sus derechos, especialmente de su propiedad, y como los Estados, haciendo uso de sus poderes soberanos se han escudado en estos para justificar la aplicación de cierta medida regulatoria que está siendo controvertida y que puede ir en detrimento ya sea del medio ambiente o de los derechos de los inversionistas extranjeros.

## **1. Construcción y funcionamiento del sistema de acuerdos internacionales de inversión (AII)**

### **1.1. Construcción histórica del sistema**

Los acuerdos internacionales de inversión (AII) son el producto del momento histórico, económico y social en el cual fueron negociados. Estos acuerdos surgen entonces como respuesta a las necesidades y cambios tanto de índole político como económico que se presentan en determinado periodo de tiempo, y que los Estados suscriptores ven como necesario regular a través de un acuerdo con unas características específicas.

Para exponer la evolución histórica del actual sistema de AII es necesario hablar de tres momentos. El primero de estos momentos comienza a finales del siglo XVIII y se extiende hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial (1945). El segundo momento da inicio una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial y se extiende hasta los inicios de la década de los 90, cuando se da la caída y disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). El tercer periodo da inicio a comienzos de la década de los 90 con la finalización de la Ronda de Uruguay (1994) la cual da lugar a la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y se extiende hasta nuestros días (Vandeveldt, 2005).

El primer momento se caracteriza por el profundo desacuerdo que existió en la Comunidad Internacional sobre el grado de protección que ofrecía el Derecho Internacional consuetudinario a la inversión extranjera, toda vez que este imponía unos estándares de protección a la inversión que eran considerados por parte de los denominados Estados importadores de capital o en vía de desarrollo como una violación a la potestad reguladora que tienen los Estados sobre esta materia (UNCTAD, 2008).

La mayoría de la expansión del comercio e inversión internacional durante los siglos XVIII, XIX y XX ocurrió durante la vigencia de regímenes jurídicos y políticos de índole colonial. En este contexto no había necesidad que los Estados colonialistas acudieran a procedimientos de Derecho internacional para garantizar la protección de la propiedad de sus nacionales en el extranjero, toda vez que el poder político y militar que ostentaban les permitía proteger a sus colonos y a su propiedad frente a la interferencia o control del Estado en el cual se encontraban. Por lo tanto, la jurisdicción internacional facultaba a los poderes extranjeros aplicar sus leyes a sus nacionales en otros Estados. Sin embargo, como en Latinoamérica no existían muchas colonias debido a los movimientos independentistas, en contra de estos Estados se implementaron mecanismos de índole diplomático o militar para garantizar la protección de los extranjeros y de su propiedad (Newcombe & Paradell, 2009).

Durante este periodo la protección de la inversión extranjera directa (IED) pocas veces se encontraba consignada en acuerdos internacionales, ya que la mayoría de los acuerdos que existían para ese entonces, especialmente aquellos de amistad, comercio y navegación (Friendship, Commerce and Navigation), eran generalmente suscritos entre los Estados imperiales, se encargaban de establecer las relaciones comerciales entre los diferentes Estados y territorios coloniales, y pocas veces incluían cláusulas relativas a la protección de los nacionales de uno de los Estados suscriptores en el territorio del otro Estado suscriptor (Vandeveld, 2005). Los tratados suscritos en ese entonces reconocían la libertad y la seguridad del comercio a gran escala, derechos de inversión, acceso comercial no discriminatorio al territorio del Estado receptor y el derecho de los extranjeros a viajar, residir y conducir el comercio. Se imponían además límites a los impuestos sobre los bienes importados y exportados y, se establecía la protección a la propiedad privada, a la vida y libertades privadas de los extranjeros, entre otros (Castillo Meneses, 2015). Con todas estas

prebendas los Estados imperiales buscaban garantizar que sus nacionales que residieran por fuera de su territorio contaran con unas garantías mínimas de trato al interior de otros Estados, por lo tanto, y según estos estándares, la ley que les sería aplicable en caso de controversias o disputa sería la de sus Estados de origen (Sornarajah, 2010).

La principal fuente de protección a la inversión extranjera durante este periodo fue la Costumbre Internacional, la cual obligaba a que el Estado receptor de la inversión aplicara tanto al inversionista extranjero como a la inversión que realizaran sus nacionales un estándar mínimo de tratamiento internacional (Vandeveld, 2005) Es entonces, en el marco de este derecho consuetudinario que surge la denominada “Cláusula Hull”, la cual exigía que en caso de expropiación de la propiedad de los extranjeros por parte del Estado en el cual se encontraran llevando a cabo su actividad, este pagara una compensación “pronta, adecuada y efectiva” (Guzman, 1997).

No obstante, lo anterior, algunos autores consideraban que este estándar mínimo de tratamiento y la protección a la inversión extranjera que ofrecía la costumbre internacional, era un mecanismo inadecuado siempre y cuando los Estados imperiales o desarrollados argumentaran que este era suficiente garantía para la protección de la inversión. (Vandeveld, 2005). Por otro lado, los Estados en vía de desarrollo propugnaban por la aplicación del principio de Trato Nacional (TN) y la igualdad en el trato que debía brindársele a los extranjeros y a su propiedad dentro de su territorio, postura que sería conocida como la “Doctrina Calvo”, según la cual, la igualdad entre los Estados requiere que no haya intervención diplomática o de otro tipo en los asuntos internos de otro Estado, y que los extranjeros no estaban facultados a recibir mejor tratamiento que el que recibían los nacionales del Estado receptor. Además, esta doctrina sostenía que las cortes

nacionales tenían jurisdicción para resolver las disputas que involucraran a un extranjero (Newcombe & Paradell, 2009).

Como ya se mencionó, en ausencia de un acuerdo entre el Estado receptor y los extranjeros para tramitar las controversias que se presentasen entre estos, el único mecanismo que ofrecía la Costumbre Internacional para hacer obligatorio el cumplimiento de lo que la costumbre establecía era la diplomacia. Este mecanismo permitía que el Estado del cual era nacional el extranjero que se veía afectado por la decisión de un Estado receptor asumiera el reclamo de su ciudadano en contra del Estado agresor, una vez se haya agotado el debido proceso establecido en la legislación interna del supuesto Estado agresor (Vandeveld, 2005). De esta forma, el extranjero perdía el control sobre su asunto y se sometía a la merced de lo que su Estado de origen decidiese hacer, lo que en muchos casos degeneraba en una responsabilidad por parte del Estado agresor (Castillo Meneses, 2015). Lo anterior pues se consideraba que la injuria al nacional de un Estado era una injuria al Estado mismo, por lo cual el Estado afectado estaba facultado para reclamar una compensación (Newcombe & Paradell, 2009).

Como alternativa a estos mecanismos diplomáticos, los Estados recurrían a la implementación de su fuerza militar, política y económica, con el objetivo de proteger la propiedad de sus nacionales fuera de su territorio (Vandeveld, 2005), lo que constituía un abuso de los mecanismos diplomáticos para la solución de controversias, pero que fue sumamente común durante este periodo en particular. Adicionalmente, los Estados comenzaron a adoptar comisiones *ad hoc* para solucionar o dirimir determinadas disputas que involucraban el tratamiento que el Estado receptor le daba a los extranjeros y a su propiedad dentro de su territorio, prácticas que fueron formando una especie de jurisprudencia en materia de responsabilidad de los Estados (Newcombe & Paradell, 2009).

A comienzos del siglo XX, más específicamente en el año 1917, con el estallido de la Revolución Rusa, el Gobierno Revolucionario de Rusia abolió todo tipo de propiedad privada, incluida la de los extranjeros, lo que fue considerado por la mayoría de los Estados exportadores de capital como una violación al Derecho Internacional y cambiaba aquella concepción de que todos los Estados se encontraban comprometidos con la protección de la propiedad privada, una economía de mercado y el limitado control de la economía por parte del Estado (Newcombe & Paradell, 2009) lo cual dio lugar a una ola de expropiaciones y nacionalizaciones de la propiedad de los inversionistas extranjeros dentro de estos territorios. Este fenómeno cambió el paradigma de protección a la inversión que se venía planteando hasta ese entonces (UNCTAD, 2008), especialmente a través del uso de mecanismos diplomáticos.

A partir de ese momento es que comienza el debate sobre cuáles deberían ser los estándares externos, al margen de la regulación interna de cada Estado en materia de inversión extranjera, que deberían ser satisfechos por parte de los inversionistas extranjeros para asegurar que la interferencia por parte del Estado receptor en el ejercicio de su actividad y en su propiedad se encontrara justificada en el marco del Derecho Internacional. Los Estados en vía de desarrollo insistían que con la aplicación del trato equitativo a los inversionistas extranjeros se satisfacían los requerimientos del Derecho internacional (Sornarajah, 2010) y que por este motivo no era necesaria la implementación de unos estándares y principios externos e independientes. Aducían también, en ese sentido, que el inversionista solo tenía derecho, como mínimo, al mismo trato que el gobierno del Estado receptor reservaba a las inversiones de sus propios nacionales dentro de su territorio. De esta manera no se atentaría contra la soberanía que tenían para regular la inversión extranjera (UNCTAD, 2008). Por su parte los Estados desarrollados, quienes para ese entonces eran los principales exportadores de capital hacia los Estados en vía de desarrollo, sostenían que el

Derecho Internacional consuetudinario ya incluía unas normas internacionales mínimas que establecían el trato que los inversionistas extranjeros podían exigir en el territorio del Estado receptor (UNCTAD, 2008). Adicionalmente, estos Estados se encontraban inquietos frente al modelo de industrialización por sustitución de importaciones, implementado por un gran número de Estados en vía de desarrollo en la medida en que este modelo imponía demasiadas restricciones en relación con lo que estos exigían, de conformidad con el derecho internacional. Además, consideraban que era demasiado permisivo con las expropiaciones a las cuales eran sometidas las compañías transnacionales en dichos territorios (Castillo Meneses, 2015).

Iniciando el segundo momento con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y como reacción a la severa depresión económica que antecedió a este evento, los vencedores de la misma formaron una alianza en favor de la liberalización del comercio. Este consenso llevó a que en 1947 se concluyera el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por su nombre en inglés), el cual estableció el primer sistema jurídico para el comercio internacional, tanto para las relaciones bilaterales como para las multilaterales, con el fin de buscar la liberalización global del comercio, diferente a “La Carta de La Habana” (Vandeveldel, 2005), la cual fue el primer intento por establecer un sistema multilateral relativo a la protección de la inversión extranjera. Este instrumento fue diseñado para crear la Organización Internacional del Comercio (OIC) (UNCTAD, 2015), la cual sería una de las tres instituciones que conformaría un nuevo sistema económico internacional, junto con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (Newcombe & Paradell, 2009), y el cual si bien hacía referencia principalmente a cuestiones comerciales, los Estados Unidos de América (EE.UU) propusieron que dentro del texto del acuerdo se incluyeran cláusulas o disposiciones que ofrecieran a la inversión extranjera algún tipo de protección, como el TN, la cláusula de nación más favorecida (NMF) y clausulas sobre la justa

compensación en caso de expropiación (Newcombe & Paradell, 2009). Sin embargo, debido a las diferencias que se presentaban para ese entonces entre los Estados desarrollados y aquellos en vía de desarrollo, no se logró un consenso respecto a la interpretación que debía dársele a ciertas normas de Derecho Internacional consuetudinario, y frente al contenido de unos estándares mínimos de tratamiento que debería dársele a los inversionistas extranjeros, por lo cual el proyecto de acuerdo finalmente fracasó (UNCTAD, 2015) y la OIC nunca fue establecida. Lo anterior implicaba que, si bien el comercio estaba regulado internacionalmente por el GATT, la inversión extranjera debía regularse por fuera de este marco, diferenciando de esta forma el comercio y la inversión como dos materias independientes y sin la supervisión de ninguna organización internacional (Vandeveld, 2005).

Como el GATT se convirtió en el principal foro mediante el cual la mayoría de las negociaciones en materia de comercio eran dirigidas, los acuerdos de amistad, comercio y navegación fueron perdiendo relevancia. Si bien algunos de estos acuerdos incluían ciertas nuevas prebendas adicionales a los acuerdos iniciales, no constituían una garantía real para los Estados exportadores de capital. Esto demostró por primera vez la necesidad que tenían los Estados de proteger la inversión extranjera bajo un acuerdo internacional. No obstante, estos acuerdos seguían siendo considerados como vehículos para regular el comercio, pero con menor relevancia ya que este ahora se regulaba en su mayoría bajo el GATT (Vandeveld, 2005).

Durante este periodo y gracias a la inclusión de disposiciones relativas a la solución de controversias, el uso del arbitraje internacional tomó relevancia, especialmente pues la pugna por la soberanía de los Estados, las olas de expropiación y nacionalización y la imposición de nuevos controles regulatorios que se venían presentando en los Estados comunistas eran vistas como un riesgo por parte de los inversionistas extranjeros, los cuales veían este mecanismo de arbitraje

mucho más favorable que someterse a los mecanismos internos de cada Estado. Fue este incremento en el uso del arbitraje internacional que demostró en la práctica la dificultad de hacer exigibles las decisiones que allí se tomaran, por lo cual, en 1958 se ratificó la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York, la cual provee el reconocimiento y exigibilidad de las decisiones tomadas por los tribunales de arbitramento internacional, limitando de igual forma el campo en el cual las cortes nacionales pueden reusarse al cumplimiento de dichas decisiones (Newcombe & Paradell, 2009).

A pesar del fracaso que se dio en la negociación de la Carta de La Habana, a nivel regional y plurilateral, hubo mayor éxito en el establecimiento de instrumentos relativos al trato que debía brindársele a los inversionistas extranjeros. Estos instrumentos permitieron que los Estados de una misma región o zona geográfica pudiesen concluir acuerdos entre ellos, los cuales, si bien en principio no abordaban cuestiones relativas a la inversión extranjera, con posterioridad lo hicieron, tales como el Tratado de Roma, el Acuerdo sobre la Unidad Económica Árabe (1957), el Acuerdo de Cartagena (1969), entre otros. No fue sino hasta 1959 cuando se celebró el primer Tratado Bilateral de Inversión (TBI). Este tipo de tratados permite que dos países de diferentes zonas geográficas y con diferentes niveles de desarrollo establezcan normas y principios que van a regular la actividad de sus nacionales en el territorio de otro Estado (UNCTAD, 2008).

Alemania, quien habiendo perdido toda su inversión extranjera como producto de su derrota en la Segunda Guerra Mundial y siendo potencialmente sensible a los riesgos a los que los inversionistas extranjeros estaban sometidos, suscribió el primer TBI con Pakistán y posteriormente con la República Dominicana. Este primer TBI sentó las bases para que otros Estados de Europa Occidental como Francia (1960), Suiza (1961), Holanda (1963), Italia, Bélgica y Luxemburgo (1964), Suecia y Dinamarca (1965) y Noruega (1966) comenzarán a celebrar más

tratados de esta índole, convirtiéndose en el principal instrumento que rige las relaciones comerciales entre los diferentes Estados, sobre la base, no solo de proteger la inversión de los nacionales de uno de los Estados suscriptores en el territorio del otro Estado suscriptor, sino también de atraer nuevas inversiones a los territorios de dichos Estados (UNCTAD, 2008). Junto con las olas de expropiaciones que se presentaron en la década de los 70, otros Estados como el Reino Unido (1975), Austria (1976) y Japón (1977) iniciaron programas para la suscripción de TBI. EE.UU. comenzó a elaborar su programa de TBI en 1977, sin embargo, no fue sino hasta 1980 que concluyeron su primer tratado (Vandeveldt, 2005).

En principio, los TBI se enfocaban en la protección de la inversión contra la expropiación y la nacionalización de compañías extranjeras dentro de un determinado territorio, considerado como uno de los mayores riesgos para los inversionistas extranjeros, toda vez que el comercio seguía rigiéndose por el GATT (UNCTAD, 2015). Sin embargo, con el transcurso del tiempo se fueron incluyendo en estos tratados la garantía del TN, el principio de NMF, la aplicación de un trato justo y equitativo, un trato conforme al derecho internacional consuetudinario, la garantía de una compensación rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación, el derecho a la libre transferencia de fondos relacionados con la inversión, entre otros (UNCTAD, 2008). Estos tratados eran negociados principalmente entre un Estado desarrollado y un Estado en vía de desarrollo, con el argumento de que estos acuerdos iban a proteger la inversión de los nacionales del Estado desarrollado en el territorio del Estado en vía de desarrollo. Por lo tanto, solían incluirse en estos disposiciones similares a las establecidas por la Cláusula Hull, aunque eran considerados como más garantistas que esta última. Por este motivo también eran percibidos como acuerdos no recíprocos, ya que solo uno de los Estados involucrados en su negociación asumía obligaciones frente a la protección de los inversionistas extranjeros y de su propiedad. Por su parte, la

motivación de los Estados en vía de desarrollo para la suscripción de estos acuerdos era que con estos iban a poder atraer flujo de capital proveniente de la inversión extranjera a sus territorios, ya que consideraban que ofreciéndole protección legal a los inversionistas y a su inversión iban a lograr seducir a estos primeros para que llevaran a cabo sus actividades en su territorio (Vandeveld, 2005).

Fue a comienzos de los años 60, cuando los Estados en vía de desarrollo decidieron reclamar ante la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) su derecho sobre la soberanía de los recursos naturales que se encontraban dentro de su territorio. Tal reclamo tuvo como consecuencia la negociación de la Resolución 1903 (XVII), la cual reconoció finalmente la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales que se encontraran dentro de su territorio, indicando que la expropiación debía fundarse en motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, además de que debía acompañarse por una compensación pronta, adecuada y efectiva (UNCTAD, 2015), incorporando o estableciendo de esta forma el estándar de la Cláusula Hull. Durante este mismo periodo comenzó a darse una expansión del universo de AII, aún a pesar del número limitado de Estados que los concluía. Tal fenómeno ocurrió en función de que, en su mayoría, estos eran celebrados entre Estados desarrollados de Europa y algunos Estados en vía de desarrollo de Asia, África y América Latina, quienes consideraban que la IED contribuía sustancialmente con sus estrategias de desarrollo económico, y que a diferencia de los acuerdos que se venían negociando hasta ese entonces, incluyeron cláusulas relativas a la solución de controversias que pudiesen presentarse en relación con la inversión extranjera, así como cláusulas que fortaleciesen la protección a la misma (UNCTAD, 2015).

Fue entonces, en 1965, cuando el Banco Mundial dio inicio al proceso de suscripción y ratificación de la convención por medio de la cual se estableció el Centro Internacional de Arreglo

de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI o ICSID por su sigla en inglés), considerada como un nuevo paso importante en la creación de un marco legal internacional para la protección de la inversión extranjera (Newcombe & Paradell, 2009) pues pretendía proveer un foro neutral que permitiera facilitar la resolución de controversias que pudiesen presentarse entre los inversionistas extranjeros y el Estado receptor de dicha inversión (UNCTAD, 2015) y en donde se pudiesen balancear los intereses y requerimientos de las partes involucradas (Newcombe & Paradell, 2009) Para esto, se vale principalmente del arbitraje internacional, mecanismo que rápidamente comenzó a implementarse dada la tendencia creciente de los Estados a suscribir AII, especialmente TBI (Castillo Meneses, 2015). De esta forma, por primera vez, los inversionistas extranjeros contaban con un remedio efectivo contra las acciones legales llevadas a cabo por parte del Estado receptor y que estaban perjudicando su inversión, sin tener que depender de acciones militares o mecanismos diplomáticos desplegados por sus Estados de origen para obtener una solución a la controversia, lo cual a su vez ayudaba a “despolitizar” aquellas disputas relativas a la inversión extranjera (Vandeveld, 2005).

Hay que mencionar que el CIADI no es un tribunal permanente de arbitraje internacional, sino un centro que provee un marco legal y organizacional para arbitrar aquellas disputas que se pueden llegar a presentar entre un Estado y un inversionista que es catalogado como nacional de otro Estado, y cuyas decisiones pueden desencadenar en la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión. Sin embargo, para poder acudir al CIADI es necesario que se cumplan con unos requisitos: (i) Las partes deben haber acordado someter la resolución de la controversia bajo lo establecido en la convención del CIADI; (ii) La disputa debe ser entre un Estado miembro del CIADI y el nacional de otro Estado miembro. No obstante, se ha permitido que se lleve a cabo la resolución de controversias entre un Estado miembro y el nacional de un Estado no miembro,

siempre y cuando alguno de estos sea parte de la Convención de Nueva York; (iii) Debe ser una disputa jurídica, y; (iv) La disputa debe provenir de una inversión realizada en el territorio del Estado involucrado. Cuando las partes han acordado acogerse al foro del CIADI, automáticamente excluyen la aplicación de un foro diferente o de otro mecanismo de solución de controversias, salvo cuando haya un incumplimiento de lo acordado, caso en el cual podrán acudir a otro escenario. Cabe aclarar que acudir al CIADI no deja sin relevancia las normas internas del Estado involucrado, pues estas son fundamentales para resolver las controversias que se pongan en conocimiento del Centro, teniendo en cuenta que la ley aplicable dependerá de la relación que exista entre el Estado receptor y el inversionista. Las decisiones que se tomen son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, y solo podrán ser anuladas por un comité ad hoc establecido bajo la convención del CIADI, toda vez que esto está diseñado para que los tribunales nacionales no revisen y dejen sin efecto estas decisiones (Newcombe & Paradell, 2009).

En 1974 se llevó a cabo un nuevo esfuerzo multilateral por fortalecer la soberanía de los Estados en la regulación de la inversión extranjera, especialmente de aquellos Estados en vía de desarrollo, que pretendían garantizar la protección de la inversión extranjera desligando a las compañías transnacionales del exceso de privilegios que habían conseguido durante el periodo de colonización y establecer un marco de responsabilidades para los inversionistas originado en los impactos negativos que se derivaban del ejercicio de sus actividades, especialmente en el medio ambiente, los estándares laborales y el disfrute de los derechos humanos por parte de la población de un determinado Estado. Por consiguiente, en el marco de la Asamblea General de la ONU, se adoptó la resolución 3201 (S-VI), con la cual se establecía un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI). Con este NOEI no solo se pretendió modificar las relaciones existentes hasta ese entonces entre los Estados en vía de desarrollo y los Estados desarrollados, sino también

reforzar las facultades regulatorias soberanas de los Estados, con el fin de comprometer a las compañías transnacionales con la materialización de sus objetivos de desarrollo (Castillo Meneses, 2015).

Con esta resolución se declaró que los Estados tienen plena y permanente soberanía sobre sus recursos naturales y las actividades económicas que se lleven a cabo dentro de su territorio, incluyendo su derecho a nacionalizar o transferir la propiedad privada a los nacionales del Estado que está tomando la medida (Vandeveldt, 2005). De igual forma establecía que ningún Estado podrá ser sometido a ningún tipo de coerción, ya sea política, económica o de ninguna otra índole con el ánimo de prevenir el ejercicio libre y pleno de este derecho que es inalienable (Guzmán, 1997). Asimismo, en el texto de la Resolución, la remisión al Derecho Internacional para regular la expropiación se mantuvo, y se consolidó el arbitraje internacional como una herramienta a favor del inversionista extranjero, con el aditivo de que este mecanismo no se limitaría únicamente a los casos de expropiación y compensación de activos a favor de las compañías transnacionales (Castillo Meneses, 2015). Por último, esta resolución considera como inaceptable la imposición de cualquier tipo de sanción a cualquier Estado que decida expropiar o nacionalizar la propiedad de un extranjero, sea persona natural o jurídica, desautorizando de esta forma la aplicación de la Cláusula Hull (Guzmán, 1997).

El 12 de diciembre del mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Carta de Derechos Económicos y Deberes de los Estados (Charter of Economic Rights and Duties of States – CERDS) la cual estableció que cada Estado tiene el derecho de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad extranjera en cualquier caso siempre y cuando se pague por parte del Estado que tome la decisión una adecuada compensación (Vandeveldt, 2005). Esta resolución, junto con la del NOEI, demostraron que el estándar establecido con la Cláusula Hull respecto de la “pronta,

adecuada y efectiva” compensación en caso de expropiación ya no era considerada como parte del Derecho internacional consuetudinario, por lo cual los Estados en vía de desarrollo podían llevar a cabo expropiaciones cuando lo considerase como justificado o necesario para el interés público y que solo debían pagar lo que según sus legislaciones internas se considerase como una compensación adecuada. Cabe mencionar, que si bien estas resoluciones no son instrumentos vinculantes de Derecho Internacional (Authoritative Statements of International Law) sino que son considerados como instrumentos de *soft law*, si representaban el Estado actual del Derecho Internacional (Guzmán, 1997).

Posteriormente, a comienzo de los años 80, la ONU realizó un nuevo intento por establecer un marco multilateral que regulara la inversión extranjera al iniciar la negociación de un Código de Conducta de las Compañías Transnacionales y el Código de Conducta en la Transferencia de Tecnología. Estos códigos pretendían establecer unas directrices para el comportamiento de estas compañías, con el fin de que contribuyeran al cumplimiento de las metas y objetivos de desarrollo de aquellos Estados en los cuales llevaban a cabo sus actividades económicas (UNCTAD, 2008). No obstante, las negociaciones fallaron pues no hubo forma de conciliar los intereses de aquellos Estados desarrollados, quienes pretendían establecer una protección más fuerte y menos ambigua para la inversión extranjera y, los intereses de los Estados en vía de desarrollo y aquellos Estados socialistas los cuales apuntaban a mantener al máximo su soberanía (UNCTAD, 2015). Asimismo, los negociadores no pudieron ponerse de acuerdo sobre si los inversionistas extranjeros debían ser o no sometidos a obligaciones de carácter multilateral, y si lo iban a ser, cuál sería la naturaleza de estas obligaciones.

A finales de los años 80 y principios de los 90 se presentó una proliferación de AII, especialmente de TBI, debido a que en primer lugar la mayoría de los Estados veían la necesidad

de liberalizar la inversión extranjera (UNCTAD, 2015). En segundo lugar, la denominada “crisis de la deuda soberana” propició que los bancos comerciales se mostraran menos dispuestos a conceder créditos a aquellos Estados en vía de desarrollo, quienes para ese entonces dependían en gran medida de la ayuda limitada que podían ofrecerles estas instituciones financieras internacionales. Lo anterior llevó a que estos Estados comenzaran a reconocer que la fuente de más fácil acceso para obtener capital con el cual satisfacer sus necesidades y objetivos de desarrollo era la IED, además de que con esta estaban más propensos a obtener tecnología, formación y capacitación (UNCTAD, 2008). En tercer lugar, la caída del muro de Berlín (1989) y la disolución de la URSS en 1991, marcaron un hito en las relaciones geopolíticas que se mantenían hasta ese entonces, toda vez que disminuyeron las confrontaciones políticas y varios nuevos Estados que se regían por un modelo económico socialista pasaron a un modelo económico neoliberal basado en el intercambio de bienes y servicios, permitiendo que aumentara la cooperación política y económica a nivel global. Por último, la apertura económica China y el acelerado crecimiento del mercado asiático (UNCTAD, 2015), en contraposición a diversos Estados en vía de desarrollo que aún basaban su economía en un modelo de industrialización por sustitución de importaciones, demostró el rol constructivo que tanto la inversión extranjera como la integración global podrían traer al desarrollo económico (Vandeveldt, 2005).

De igual forma, durante este periodo, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional comenzaron a promover la implementación de una serie de políticas neoliberales, que requerían que los Estados liberalizaran la entrada de inversión extranjera a sus territorios. Con la implementación de estas políticas se buscó crear un clima más favorable a los inversionistas extranjeros, abriendo espacio a las fuerzas de mercado, cuyo requisito era la implementación del principio de Trato Nacional cuando una compañía transnacional entrara a su territorio a llevar a

cabo su actividad económica. Igualmente, debían garantizar la protección contra la violación de ciertos estándares de tratamiento y asegurar mecanismos de solución de controversias en los cuales se respetase el debido proceso. Junto con la implementación de estas políticas, los Estados siguieron concluyendo cada vez más AII, especialmente TBI, buscando garantizar a los inversionistas extranjeros un clima más estable y transparente para sus inversiones, procurando de igual forma atraer cada vez más inversión extranjera a sus territorios, algo de lo cual no hay evidencia que haya sucedido (Sornarajah, 2010). Todo lo anterior contribuyó a la globalización de la economía, permitiendo la apertura de diferentes mercados por parte de varios Estados en vía de desarrollo. Asimismo, dio lugar a que estos comenzaran a competir entre ellos por atraer a los inversionistas extranjeros hacia sus territorios, ocasionando que estos últimos, principalmente los provenientes de los Estados desarrollados, buscaran locaciones o mercados fuera de sus Estados natales en los cuales pudiesen reducir costos y abrirse a nuevos mercados (UNCTAD, 2015).

Sumados a todos estos cambios, da inicio el tercer momento en 1986 con una serie de negociaciones a nivel multilateral, tendientes a establecer estrictas prácticas referentes a la distorsión del comercio, teniendo en cuenta además otros factores relevantes que tuviesen un impacto en el flujo de las inversiones hacia los diferentes Estados (Amarashinha, & Kokott, 2008). Estas negociaciones concluirían en 1995 con la Ronda de Uruguay, dando así inicio formal de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la cual es la organización internacional encargada de administrar el GATT y los acuerdos relacionados con este, además de ciertos asuntos relativos a la inversión que se encuentran dentro de su jurisdicción (Vandeveldt, 2005). Tales negociaciones, dieron origen a cuatro acuerdos multilaterales que incluyen dentro de su estructura algunas disposiciones que daban a entender la relación que existía entre el comercio de bienes y servicios y la inversión extranjera (Granato & Odonne, 2007).

El primero de estos acuerdos es el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS según sus siglas en inglés), el cual establece un mecanismo para liberalizar la inversión en el sector de servicios. El segundo es el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC O TRIM), el cual prohíbe la imposición a la inversión extranjera de ciertas prescripciones de resultados que son incompatibles con el principio de TN. De igual forma este acuerdo elabora y clarifica ciertos aspectos del GATT relativos al TN y a la prohibición de restricciones cuantitativas. Su aplicación es limitada por el hecho de que solo aplica a un área específica de la actividad económica. Sin embargo, dispone que su contenido será complementado por aquellas disposiciones relativas a la inversión y la competencia que estén en sintonía con lo dispuesto en el cuerpo del tratado (Granato & Odonne, 2007). El tercero de estos acuerdos es el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el cual obliga a los Estados miembros a establecer determinadas medidas de protección a la propiedad intelectual frente a las infracciones, lo cual supone el establecimiento de normas de protección al inversionista extranjero (Granato & Oddone, 2007). El cuarto es el GATT (diferente del negociado en 1947), que, si bien no se enfoca en la protección de los inversionistas y de su inversión, abarca la inversión extranjera en los servicios como uno de los modos de suministro de los mismos (Granato & Odonne, 2007). Adicionalmente se enfoca en evitar la imposición de barreras discriminatorias a las cuales se enfrentan los inversionistas extranjeros, tanto antes como después de ingresar a un mercado, especialmente en sectores como el financiero, de transporte, energía y telecomunicaciones (Amarashinha & Kokott, 2008). Cabe mencionar que la declaración ministerial, en materia de inversiones estableció lo siguiente:

A continuación de un examen del funcionamiento de los artículos del Acuerdo General relativos a los efectos de restricciones y distorsiones del comercio resultantes de las medidas

en materia de inversiones, a través de la negociación deberán elaborarse, según proceda, las disposiciones adicionales que pudieran ser necesarias para evitar tales efectos negativos sobre el comercio (Declaración Ministerial de Punta del Este, Uruguay, 20 de septiembre de 1986).

Estos acuerdos supusieron dos cambios al sistema de AII que existía hasta ese momento. El primer cambio es el reconocimiento de la relación que existe entre comercio e inversión al incluirse dentro del mismo acuerdo cláusulas relativas a ambas materias, permitiendo que la inversión fuese vista como una forma de promoción del comercio tanto de bienes como de servicios y no como un tema subsidiario. El segundo cambio concierne el haber permitido abrir las puertas a que en la mayoría de AII se incluya un amplio capítulo dedicado a la inversión extranjera, y en el cual se logran evidenciar disposiciones tanto de liberalización como de protección a la inversión extranjera. Estos cambios permitieron que dentro de los AII que se concluyeron de ahí en adelante se incorporara lenguaje específico respecto del estándar de trato justo y equitativo, la extensión de cláusulas relativas a la protección contra la expropiación tanto directa como indirecta y la modificación de ciertos procedimientos de arbitraje internacional frente a las disputas que puedan llegar a presentarse entre un inversionista y un Estado. Ambos cambios reflejaban la naturaleza de la actividad económica para ese entonces (Vandeveldt, 2005).

Es importante mencionar que el sistema de arbitraje internacional tuvo su mayor apogeo durante este periodo, toda vez que, a mediados de los años 90, tras la suscripción del North American Free Trade Agreement (NAFTA) por parte de EE. UU., Canadá y México, este último realizó una serie de reclamos basado en el Capítulo XX de este acuerdo relativo a la solución de controversias. Estas sumadas a las que emergieron basados en los TBI suscritos durante este periodo. Bajo estas disposiciones, los inversionistas extranjeros han realizado más de 150 reclamaciones,

especialmente en contra de los Estados en vía de desarrollo, las cuales han permitido un amplio desarrollo jurisprudencial en esta materia, especialmente desde el CIADI. Adicionalmente, este sistema de solución de controversias ha permitido el reconocimiento de la jurisdicción internacional de los diferentes tribunales en los que estas son resueltas. De esta forma, aquellos Estados que han suscrito AII que permiten a los inversionistas extranjeros llevar a cabo reclamos en su contra, les han brindado a estos tribunales la autoridad para que sean estos quienes solucionen las controversias que se puedan llegar a presentar entre ellos y los inversionistas extranjeros, autoridad que en algunos casos es más poderosa que cualquier corte nacional (Van Harten, 2007).

Una vez finalizada la Ronda de Uruguay y con la entrada en vigencia de los tratados resultantes de esta, desde 1995 hasta 1998 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) llevó a cabo una serie de negociaciones con la intención de establecer un Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI o MAI por sus siglas en inglés) (UNCTAD, 2015). El objetivo de esta organización era establecer un acuerdo que cubriera todos los sectores de la economía con los principios del trato nacional y nación más favorecida, a menos que existiesen exclusiones expresas, y que las discusiones que se presentasen frente a aspectos relativos a la inversión extranjera estuviesen reguladas por un aparato robusto de mecanismos de solución de controversias, además de la inclusión de disposiciones relativas a la liberalización y la protección de la inversión extranjera (Amarashinha & Kokott, 2008). Sin embargo, en 1998 las negociaciones por establecer este nuevo acuerdo fracasaron.

Entre las razones de este suceso se puede mencionar la gran oposición presentada por diversas organizaciones no gubernamentales (ONG), las cuales consideraban que este nuevo acuerdo impedía a los diferentes Estados adoptar unos estándares laborales y ambientales de protección más exigentes de los que se aplicaban en ese entonces. Igualmente, los Estados no miembros de la

OCDE rechazaban la idea de un nuevo acuerdo en cuya negociación no habían participado, de tal forma que si decidían adherirse al mismo no podrían realizar reformas a aquellas cláusulas nocivas para sus intereses y objetivos de desarrollo. Asimismo, algunos Estados que participaron en su negociación, ya ofrecían dentro de sus legislaciones internas unos niveles de protección a la inversión extranjera mucho más completos que los ofrecidos por el nuevo acuerdo, por lo cual suscribirlo no les representaba ninguna ganancia y, por el contrario, podía generar incoherencias entre el acuerdo y sus políticas internas y entre su sistema de AII (Amarashinha & Kokott, 2008). Por otra parte, quienes se oponían a este nuevo acuerdo argumentaban que este se enfocaba exclusivamente en la protección de las compañías multinacionales, dejando por fuera la regulación de la protección al medio ambiente, los derechos humanos y laborales y el desarrollo de los Estados más pobres. Por último, los opositores a este nuevo acuerdo buscaban que la responsabilidad corporativa trascendiera más allá del ámbito interno de un Estado, y que esta pudiese extenderse al ámbito internacional, por cuanto exigían un sistema internacional que reconociese la responsabilidad de estas compañías a nivel internacional por la violación, que con el ejercicio de su actividad dentro de un territorio, realizaban a los derechos humanos y laborales, su impacto en las comunidades indígenas y sus afrentas al medio ambiente (Amarashinha & Kokott, 2008).

De forma paralela a la negociación del AMI en el marco de la OCDE, en 1996 sucedió que al interior de la OMC se celebró la Conferencia Ministerial de Singapur. En este evento se estableció un programa de trabajo para analizar y debatir la relación entre el comercio y la inversión extranjera a escala internacional y sus repercusiones en el crecimiento económico y el desarrollo de los diferentes Estados, además de buscar establecer o crear un código de conducta relativo a la inversión extranjera, el cual debía ser incluido en el programa de trabajo de la Ronda de Doha, Qatar, que daría inicio en el 2001 (UNCTAD, 2015). Sin embargo, este tema fue abandonado en

el 2003, en el marco de la Conferencia Ministerial de Cancún, México, y posteriormente retirado del programa de trabajo de la Ronda de Doha, debido a la divergencia de intereses en la negociación de temas relativos a la inversión y otras áreas conexas. Otro factor coadyuvante para desestimar estos controles fue la oposición por parte de los Estados en vía de desarrollo a la consideración de un código relativo a la inversión extranjera, a menos que hubiese un acuerdo para expandir dicha discusión y que se incluyeran temas no solo referentes a la protección de la inversión, sino también la potencial responsabilidad de las compañías multinacionales por los perjuicios que hubiesen causado hasta ese momento y frente a los que pudiesen llegar a causar al Estado receptor de la inversión (Amarashinha & Kokott, 2008).

Con posterioridad a estos eventos se presentó una disminución en la proliferación de AII, y de la necesidad que los Estados veían de suscribir este tipo de acuerdos. Esto llegó a tal punto, que muchos Estados comenzaron a revisar el contenido de los AII que habían suscrito hasta ese momento y llegaron a replantear y reconsiderar sus políticas relativas a la inversión extranjera; por un lado estaban insatisfechos con el impacto que el sistema de AII tuvo en sus facultades de regulación de la inversión extranjera y, por otro lado, se veían motivados por el aumento de controversias originadas en relación a la inversión extranjera, toda vez que estas se volvieron cada vez más complejas. Especialmente las relativas a la delimitación de cuales actividades estaban permitidas o autorizadas para ser reguladas por parte del Estado, y en qué casos existía una interferencia ilegal por parte de éste con los derechos de los inversionistas extranjeros, además de los casos en los cuales debía o no pagársele a los inversionistas extranjeros una compensación (UNCTAD, 2015). De igual forma la crisis económica del 2008, sumada a la crisis del mercado asiático y argentino, demostró la importancia de establecer una regulación solida frente a la red de tratados económicos existentes, incluyendo los AII, en donde se estableciera lenguaje más

específico con el objetivo de hacer más claro el hecho de que los objetivos de protección y liberalización de la inversión no pueden ir en contravía, ni en detrimento de la protección a la salud, seguridad, el medio ambiente y los estándares laborales internacionalmente reconocidos (UNCTAD, 2015). Frente al tema del arbitraje internacional, la principal crítica es que la jurisprudencia que emana de los tribunales de arbitramento no es consistente, por lo que hay quienes sostienen que este mecanismo de solución de controversias entre un Estado y un inversionista extranjero era un mecanismo inadecuado para solucionar una controversia que es considerada como de Derecho Público, por lo cual han recomendado el establecimiento de una corte de arbitraje internacional y de establecer un mecanismo que permita apelar estas decisiones, el cual también deberá ser incluido en los AII. Sin embargo, hay otros que simplemente sostienen que las normas y los procedimientos que rigen los procesos de arbitraje internacional deben ser modificados con el fin de darle mayor transparencia tanto al proceso como a las decisiones que se tomen en el (Newcombe & Paradell, 2005).

Esto dio lugar a que los diferentes Estados y algunas Organizaciones Internacionales se encuentren en una fase de análisis de los costos y beneficios del actual sistema de AII. Se preguntan si con estos es posible alcanzar sus objetivos de desarrollo a futuro, y cuáles son las estrategias para alcanzarlos. De igual forma, junto a este análisis, algunos Estados han comenzado a aclarar el alcance de algunas disposiciones contenidas en sus AII y a mejorar los procedimientos de solución de controversias, con el objetivo de no solo evitar incoherencias dentro del sistema de AII, sino de contar con un procedimiento más elaborado, predecible y transparente, que les brinde a las partes en conflicto mayor participación dentro del proceso.

En la actualidad no existe precisamente una estructura que pueda denominarse como un régimen general o multilateral que regule de forma homogénea la inversión extranjera. En consecuencia,

es necesario explicar el actual funcionamiento del régimen internacional de las inversiones, especialmente lo que respecta a cuál es la situación actual en materia de protección y promoción de la misma a escala multilateral y como debido a las falencias en este nivel los diferentes Estados se han decantado por la suscripción de TBI para intentar promover y proteger los flujos de inversión hacia sus territorios. Finalmente, y dada la importancia que han tenido los AII en la promoción de mecanismos de solución de controversias entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de su inversión se hará una exposición sobre la relevancia de los procesos de arbitraje internacional autorizados por los Estados con la suscripción de diferentes AII para la protección de los intereses públicos y de la inversión extranjera.

### **1.2.¿Cómo funciona el régimen internacional de las inversiones?**

El marco internacional que rige la inversión extranjera consiste en una amplia red de AII, entre los cuales se encuentran los TBI, los acuerdos regionales y algunos acuerdos multilaterales en los se incluyen disposiciones relativas a la protección y promoción de la inversión extranjera, aunque ese no sea su objetivo principal, y otro tipo de tratados económicos que interactúan con esta red de forma importante (Newcombe & Paradell, 2009). Esto explica por qué no existe una estructura uniforme que pueda denominarse como un régimen general que regule la inversión extranjera, sino como un régimen atomizado en diferentes acuerdos, cada uno con un nivel de detalle y complejidad diferente a los demás. Todos estos carecen de coordinación entre sí, y pueden llegar a sobreponerse entre ellos, lo que permite sostener que para cada grupo de Estados es posible aplicarle un régimen de inversión diferente (Amarashina,& Kokott, 2008), causando el fenómeno que el profesor Jagdish Bhagwati denominó como *Spaghetti Bowl*, el cual supone que dado el aumento en la suscripción de AII, es posible que se den coincidencias en dos o más tratados suscritos por un

mismo Estado, lo cual puede entorpecer los flujos comerciales por los costos que supone para los inversionistas extranjeros el hecho de tener que cumplir con múltiples regímenes. Sumado a este fenómeno, es posible que también se dé la posibilidad de que los inversionistas extranjeros lleven a cabo el denominado *Treaty Shopping*, el cual permite a estos buscar la protección de sus derechos y de su inversión a través de la búsqueda del régimen que más les convenga, aún en los casos en los cuales el Estado del cual son nacionales no haya concluido ningún acuerdo con aquel Estado en el cual pretenden llevar a cabo su actividad económica (Amarashina & Kokott, 2008).

Si quisiéramos hablar de un régimen multilateral que regule la inversión extranjera, sería necesario que los diferentes Estados, tanto los desarrollados como aquellos en vía de desarrollo, se pusieran de acuerdo sobre cuáles son las normas que constituyen el derecho internacional de las inversiones. Sin embargo, el hecho de que este tipo de acuerdos aún no exista se debe al conflicto que se ha presentado entre los Estados desarrollados y los Estados en vía de desarrollo, los cuales fueron detallados en la sección anterior. No obstante, hay quienes sostienen que este conflicto se ha disipado en los últimos tiempos debido al incremento en el número de acuerdos que se han suscrito entre los Estados desarrollados y aquellos en vía de desarrollo, permitiendo de esta forma que el flujo de capital proveniente de la inversión extranjera ya no sea unidireccional sino también bidireccional. Asimismo, aquellos Estados que han sido denominados como “emergentes” se han convertido en actores importantes en el establecimiento de un régimen internacional relativo a la inversión extranjera, ya que son al mismo tiempo receptores como exportadores de capital, lo cual demuestra que todos los Estados ven como indispensable el flujo de capital proveniente de la inversión extranjera hacia sus territorios para alcanzar sus objetivos de desarrollo, ayudando a disipar algunas diferencias notorias entre Estados (Alvarez, 2011).

Hasta la fecha se han llevado a cabo varios intentos por establecer un marco multilateral que regule la inversión extranjera. Tales intentos se centraban exclusivamente en la protección a los inversionistas extranjeros y a su inversión, dejando de lado asuntos como su responsabilidad por los perjuicios que hayan ocasionado (o pudiesen ocasionar) al medio ambiente, a los derechos humanos y a los derechos laborales en el ejercicio de sus actividades en un determinado territorio. Empero, por las razones ya explicadas en el apartado anterior, estos intentos fracasaron. Actualmente existe el temor por parte de diferentes ONG y otros agentes (que se opusieron en su momento a la negociación de instrumentos que buscaban establecer un acuerdo general que regulara la inversión extranjera), frente a la eventual negociación y suscripción de un acuerdo multilateral relativo a la inversión extranjera que los Estados puedan, a través de la negociación de TBI, establecer unos estándares de protección aún mayores a los inversionistas extranjeros, en detrimento del medio ambiente, los derechos humanos y los estándares laborales internacionalmente reconocidos (Sornarajah, 2010)

Por su parte los TBI, que constituyen acuerdos entre dos Estados que no pertenecen necesariamente a la misma región geográfica, se han convertido en el principal instrumento que regula esta materia, a falta de un instrumento multilateral que lo haga, por cuanto buscan establecer las reglas que van a regir las inversiones que van a llevar a cabo los nacionales (sean personas naturales o personas jurídicas) de uno de los Estados suscriptores en el territorio de su contraparte. Esto quiere decir que los Estados suscriptores, de forma voluntaria, crean una estructura que permite establecer una infraestructura tanto institucional como económica que permitirá a los actores privados llevar a cabo sus operaciones en el territorio de uno de los Estados suscriptores (Schill. 2009), por lo cual estos han sido denominados por algunos autores como una especie de *lex specialis* entre los suscriptores (Sornarajah, 2010).

Este tipo de tratados han surgido como respuesta a la incertidumbre y el estado confuso del Derecho Internacional de las inversiones. Igualmente buscan establecer cuáles van a ser los mecanismos a ser implementados cuando surja alguna controversia relativa a la inversión extranjera, que pueda presentarse entre ellos o entre un inversionista y un Estado (Sornarajah, 2010). El otro objetivo que tienen estos tratados es la promoción y la protección de la inversión extranjera, a través de la creación de condiciones o de un ambiente favorable a esta en ambos Estados suscriptores, con el objetivo de intensificar la cooperación de los nacionales de uno de los Estados suscriptores con las compañías multinacionales del otro, estimulando el uso productivo de los recursos que se encuentran dentro de su territorio.

Este tipo de tratados son celebrados en una base ad-hoc, es decir, con un objetivo específico que se describe en el contenido del tratado, en donde las partes buscan que se acomoden en principio sus intereses, lo cual, debido a la falta de consenso que ha existido en muchos casos, no ha sucedido en los intentos por negociar un acuerdo multilateral. Cabe aclarar que también buscan fungir como una garantía, no solo para los Estados suscriptores, sino a los demás Estados interesados en tener relaciones con estos y a los inversionistas extranjeros frente a los riesgos geopolíticos que estos perciben dentro del territorio de uno de los Estados suscriptores, especialmente en materia de protección a la propiedad privada frente a la expropiación directa o indirecta (Sornarajah, 2010).

Una de las principales características de este tipo de tratados es que por lo general son suscritos entre dos Estados que no se encuentran en una posición de igualdad material, especialmente en lo relativo a capacidad económica, conocimiento técnico y poder de negociación, en la medida en que suelen ser suscritos entre un Estado desarrollado, exportador de capital, y un Estado en vía de desarrollo, que se encuentra buscando con la suscripción de este tipo de acuerdos atraer inversión

extranjera hacia su territorio con el fin de obtener el capital necesario para tratar de alcanzar sus objetivos de desarrollo. Esta relación de inequidad suele desencadenar en que el flujo de inversión sea unidireccional, es decir, que solo uno de los Estados suscriptores invierta en el territorio del otro Estado, aunque la tendencia actual es que este flujo sea cada vez más bidireccional (Schill, 2009).

Vale aclarar que la tesis según la cual con la suscripción de este tipo de tratados va a aumentar el flujo de inversión extranjera hacia un Estado ha sido objeto de varias críticas, ya que en la realidad se ha visto que hay Estados que han recibido grandes flujos de inversión extranjera hacia su territorio sin haber suscrito un TBI con el Estado del cual provienen estos fondos, y varios Estados que han suscrito este tipo de tratados no han visto el aumento de inversión extranjera en sus territorios, como lo habían esperado (Newcombe & Paradell, 2009). Lo anterior, se explica pues hay factores externos, como la estabilidad interna de un Estado, el clima político y el clima económico de estos que influyen más en la decisión de una compañía o de una persona natural de invertir en un determinado territorio que la existencia de un TBI que garantice su protección (Sornarajah, 2010). Los críticos a esta tesis han sostenido que la sola suscripción de TBI no es suficiente para que esto suceda, sino que también es necesario que confluyan otro tipo de factores que contribuyan al establecimiento de un clima favorable para la inversión (Vandavelde, 2005). Inclusive la UNCTAD ha sostenido que este tipo de acuerdos cumplen un papel menor en la influencia en el aumento del flujo de inversión extranjera, aunque si contribuyan a que los Estados mejoren sus condiciones de mercado (Newcombe & Paradell, 2009)

De igual manera, dentro de esta relación de inequidad que puede llegar a presentarse, el Estado desarrollado busca garantizar al máximo la protección de las inversiones de sus nacionales y de sus intereses como Estado dentro del territorio del Estado receptor, para lo cual se vale de su

capacidad y poder de negociación para imponer obligaciones específicas, que le permitan obtener mayores beneficios de los que obtendría otro Estado, limitando de esta forma la potestad reguladora de su contraparte en relación con la inversión extranjera, aun cuando el otro Estado se encuentre interesado en mantener al máximo dicha potestad reguladora. Esto tiene como consecuencia que existan diferentes TBI, contrapuestos entre sí, desencadenando en la falta de uniformidad que actualmente existe en el derecho internacional de las inversiones (Schill, 2009).

Lo anterior logra evidenciar un problema mayor, toda vez que es irrealista esperar que aquellos Estados en vía de desarrollo, que se encuentran en una posición inferior frente a sus contrapartes logren cumplir con lo que se establezca en estos, lo cual puede llevar a que, contrario a la intención que tienen al suscribir estos tratados de que aumente el flujo de inversión extranjera hacia sus territorios, se de una disminución de este, toda vez que estos tratados no obligan a los Estados y a sus nacionales a llevar a cabo negocios determinados ni a llevar a cabo actividades de inversión específicas en el territorio del otro Estado suscriptor. Sumado a esto, se puede dar la situación en la cual estos Estados en una posición de inferioridad renuncien a su potestad soberana de regular la inversión extranjera, de tal forma que esta reciba mayor protección no solo de acuerdo a los intereses de sus contrapartes, sino a través de mecanismos internacionales, diferentes a los mecanismos contemplados en su legislación interna, tales como el arbitraje internacional. Sin embargo, a pesar de estas situaciones de inequidad que pueden llegar a presentarse en la negociación de este tipo de tratados, estos cuentan en principio con una validez formal, en el sentido que son negociados de forma voluntaria, puesto que se presume haber sido negociados sin injerencia de alguna fuerza externa que ejerza coerción a los diferentes Estados para su suscripción, lo cual hace suponer que los Estados suscriptores se están obligando al cumplimiento de lo que se establece en ellos (Schill, 2009).

Por otro lado, es importante mencionar que, si bien el contenido de cada TBI es diferente, debido a los factores antes mencionados, la mayoría de estos convergen en la uniformidad de principios relativos a la protección de la inversión extranjera aplicables y en la definición de inversión y de inversionista, lo cual permite sostener que los TBI logran ofrecer una protección casi uniforme contra ciertos riesgos a la inversión extranjera, sin importar si son concluidos entre un Estado desarrollado y uno en vía de desarrollos, dos Estados en vía de desarrollo o dos Estados desarrollados. Esto logra explicar, como sostienen algunos autores, que la mayoría de estos tratados contienen disposiciones relativas a la protección de la inversión extranjera como a el TN y el principio de NMF, los cuales fungen como cláusulas de equilibrio a la competencia entre los nacionales de un Estado y los inversionistas extranjeros, las cuales pueden ser sometidas de común acuerdo por parte de los Estados suscriptores a excepciones específicas. De igual forma, la mayoría de los Estados incluyen en sus TBI cláusulas relativas al trato justo y equitativo, lo cual ha sido visto como un “estándar constitucional” toda vez que cobija todo el aparato interno de los Estados, en el sentido de que obliga a los Estados suscriptores a establecer un sistema jurídico que garantice la protección no solo de la inversión extranjera sino también de la integridad del inversionista frente a las interferencias que tanto actores privados como el mismo Estado receptor en su actividad (Schill, 2009).

Del mismo modo, pueden encontrarse en la mayoría de los TBI cláusulas relativas a la protección de la inversión extranjera frente a la expropiación, tanto directa como indirecta y los estándares según las cuales esta va a ser permitida en determinados casos. Adicionalmente es posible encontrar en este tipo de tratados las denominadas “cláusulas paraguas” (*umbrella clause*), las cuales crean una obligación separada de las previstas en el TBI, con la intención de que los Estados observen el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por su contraparte, además de

las obligaciones adquiridas por el Estado con la suscripción de cualquier tipo de contrato relativo a la inversión con un determinado inversionista (Schill, 2009). Por último, es posible encontrar cláusulas relativas a la libre transferencia de recursos de un Estado a otro y aquellas que autorizan el uso de mecanismos internacionales de solución de controversias entre el Estado y los inversionistas. Las primeras, complementan la protección a los inversionistas extranjeros, ya que estas garantizan que el Estado receptor no impida al inversionista repatriar sus ganancias a su Estado, ni impida que este dé por terminada su actividad dentro de su territorio. Las segundas, por su parte, permiten a los Estados establecer métodos de protección a la inversión extranjera, no solo estableciendo mecanismos de solución de controversias que puedan presentarse entre los Estados suscriptores del tratado, sino también entre las que puedan presentarse entre los inversionistas y un Estado, a través del arbitraje internacional. Normalmente los Estados definen si estos mecanismos van a llevarse a cabo en el CIADI, siguiendo las normativas de la UNCITRAL o por instituciones independientes elegidas a discrecionalidad de las partes, como, por ejemplo, la Cámara de Comercio de París. (Schill, 2009).

Los TBI más recientes han sido encaminados no solo a protección y promoción de la inversión, sino al establecimiento de garantías de protección a los recursos naturales, el medio ambiente, los derechos humanos y los derechos laborales, estableciendo en ellos cláusulas de responsabilidad en caso de que los inversionistas extranjeros, en el ejercicio de su actividad, vulneren este tipo de derechos, toda vez que consideran que las actividades de inversión deben cumplir con unos estándares internacionales, como los principios de la ONU relativos a los negocios y los derechos humanos, los principios de la OCDE, relativo al comportamiento de las compañías multinacionales, y los principios de responsabilidad en el sector de agricultura, entre otros, con el fin de maximizar las contribuciones que los inversionistas extranjeros hagan a la sociedad,

evitando los impactos negativos que sus actividades pueden generar en la salud, el medio ambiente, los derechos humanos y otros intereses público. Además de promover los mecanismos de solución de controversias en caso de que se presente una injerencia ilegal del Estado en el desarrollo de la actividad económica de los inversionistas, lo que interesa el interés que tienen los Estados en atraer hacia sus territorios capital proveniente de la inversión extranjera.

Finalmente, la proliferación de TBI y AII con un contenido similar, como se acaba de exponer, ha abierto nuevamente el interrogante de si los diferentes Estados deben negociar un solo acuerdo multilateral que simplifique el proceso de negociación, permitiendo de esta forma a un Estado crear un sistema de tratados con un gran número de Estados simplemente suscribiendo un solo acuerdo multilateral. Este acuerdo multilateral permitiría reducir la complejidad del régimen internacional de inversión actual, el cual como se menciona al comienzo de este apartado, se caracteriza por la superposición de acuerdos tanto a nivel bilateral como regional y multilateral. Sin embargo, hay algunos sectores que se oponen al mismo, argumentando que, ya que los diferentes Estados han vinculado a los acuerdos que han suscrito tanto previsiones relativas al comercio como a la inversión, cualquier acuerdo multilateral haría más complejo el actual sistema internacional (Vandebelde, 2005).

Frente al tema del arbitraje internacional y de los mecanismos de solución de controversias en materia de inversión es necesario mencionar que por regla general la mayoría de tratados internacionales suscritos por dos o más Estados, entre los cuales se encuentran los diferentes AII, crean obligaciones en cabeza de las partes que lo suscriben las cuales en algunos casos pueden llegar a limitar el ejercicio de decisiones de índole democráticas a nivel interno de cada una de ellas. Al suscribir este tipo de tratados los Estados de forma voluntaria están permitiendo a las diferentes cortes o tribunales internacionales no solo que revisen la conducta de sus legisladores

al interior de su territorio con el fin de poder determinar, entre otras cosas, cuales son los límites territoriales de los Estados, sino también regular la legalidad del uso de la fuerza por parte de estos, limitar el campo de aplicación de sus poderes regulatorios, además de facultarlos para que ordenen el pago de una compensación en favor de los nacionales de otro Estado por los perjuicios que pudiesen llegar a causarles y que se deriven del incumplimiento de una de las obligaciones contenida dentro de uno de estos. Por este motivo, el arbitraje internacional es considerado no solo como un proceso de interpretación racional de reglas que rigen una determinada conducta, sino como un proceso en el cual se ven envueltas decisiones de índole político debido al papel casi que principal que juega el derecho público interno del Estado involucrado en la disputa, al igual que el derecho público internacional. Claro está, cada proceso de arbitraje internacional varía en el grado en que cada uno de las cortes o tribunales que conocen de un determinado reclamo, delimitando no solo el campo de aplicación de una norma determinada, sino también delimitando el lenguaje específico que fue implementado para la redacción de las normas y estándares que se encuentran en disputa (Van Harten, 2007).

La importancia del sistema de arbitraje internacional se basa entonces en que combina varias características innovadoras para formular un potente aparato que se encarga no solo de revisar, sino también de controlar la conducta de los Estados suscriptores de diferentes acuerdos internacionales. Entre estas características se puede mencionar el hecho de que se les permite a los inversionistas extranjeros poder llevar a cabo de forma directa reclamos internacionales en contra del Estado receptor respecto de las decisiones de este de implementar medidas regulatorias sobre una materia y que puedan estar causando un perjuicio. Esto implica no solo que son los inversionistas extranjeros quienes tienen la facultad de activar el mecanismo internacional de solución de controversias y no el Estado, sino que hay un cambio en el paradigma que manejaba

la costumbre internacional según la cual la resolución de una controversia relativa a la regulación que un Estado le daba a determinada materia y que pudiese afectar a un extranjero debía en primer lugar intentar solucionarse de conformidad con los mecanismos establecidos en derecho interno del Estado receptor con el fin de darle a este último la oportunidad de resolver el problema antes de que la controversia fuese llevada a instancias internacionales, y que en caso de que esta no pudiese resolverse agotando estos mecanismos, se diera un reclamo diplomático por parte del Estado del cual el inversionista extranjero afectado es nacional (Van Harten, 2007), tal y como se explicó anteriormente.

De igual forma, con la inclusión de cláusulas relativas a la solución de controversias dentro de los diferentes acuerdos internacionales, especialmente para nuestro caso los AII, los Estados consienten de forma libre y soberana llevar a cabo la solución de controversias en materia de inversión ante diferentes cortes o tribunales internacionales, en donde el principal remedio que existe frente a los errores de conducta en los que pudo haber incurrido un Estado es la responsabilidad estatal, la cual por lo general consiste en el pago de una compensación por parte del Estado al inversionista extranjero por los perjuicios que el primero pudo haber causado al segundo cuando la corte o tribunal internacional concluye que efectivamente la conducta alegada por el inversionista se ha dado y ha sido efectivamente probada, y los cuales son tasados en cada caso de forma diferente. Sin embargo, en materia de derecho internacional humanitario y de derecho ambiental los Estados se han abstenido en muchos casos de reconocerles a estas cortes o tribunales internacionales competencia o jurisdicción para que conozcan de forma directa aquellas controversias que en esas materias puedan llegar a presentarse. Empero, en otros acuerdos internacionales diferentes a las AII, como la Convención Europea de Derechos Humanos o la Convención Americana de Derechos Humanos si se les ha reconocido jurisdicción a estas cortes

o tribunales internacionales siempre y cuando se agoten primero los mecanismos internos contemplados en la legislación del Estado transgresor. (Van Harten, 2007).

Por su parte, otra de las características del nuevo sistema es que, si dentro del acuerdo no está especificado el foro según el cual se van a solucionar las controversias que en materia de inversión se presenten, es posible que los reclamantes puedan escoger el foro según el cual desean que la disputa o controversia sea resuelta. Esta práctica hace referencia al ya mencionado *fórum shopping*, y permite que cuando los inversionistas extranjeros pretendan realizar un reclamo bajo lo establecido en un determinado AII deberán efectivamente poseer la calidad de inversionista extranjero, lo cual implica que deben cumplir con las reglas de nacionalidad del otro Estado parte del acuerdo, sin importar si son personas naturales o jurídicas. De esta forma, el inversionista extranjero que cumpla con estos requisitos de nacionalidad podrá verse cobijado bajo las disposiciones del acuerdo negociado entre su Estado y el Estado receptor de la inversión (Van Harten, 2007).

Finalmente, las decisiones de estas cortes o tribunales internacionales son de obligatorio cumplimiento para los Estados y para las demás cortes nacionales del mundo, estableciendo solo limitadas oportunidades para que se presente una revisión de la decisión proferida por uno de estos organismos por parte de un órgano judicial nacional. La fuerza de obligatoriedad de este tipo de decisiones descansa en la posibilidad de que lo determinado pueda ser efectivamente cumplido o no por parte del Estado que es condenado. Si no existe una posibilidad real que se cumpla el dictamen, los reclamantes dependerán de la buena fe del Estado condenado para que pague, lo cual hace ese tipo de decisiones similares a las que surgen de los procesos de conciliación. Cabe nuevamente mencionar que el uso de la fuerza para obligar al cumplimiento de una decisión de uno de estos tribunales se encuentra internacionalmente prohibido. Inclusive bajo algunos AII los

Estados suscriptores renuncian en parte a su inmunidad para que no solo puedan ser sujetos en procesos internacionales, sino también para que sus cortes o tribunales nacionales puedan obligarlos al cumplimiento de las decisiones proferidas en instancias internacionales. Adicionalmente estos acuerdos pueden autorizar la obligatoriedad de las decisiones que se tomen bajo la convención del CIADI o la Convención de Nueva York, por lo cual los inversionistas extranjeros tienen la potestad de buscar quien obligue al cumplimiento de las decisiones que se tomen en contra de un Estado por la violación de un AII (Van Harten, 2007).

Todo lo expuesto anteriormente permite identificar que dentro de los procedimientos de solución de controversias internacionales, especialmente dentro de los de arbitraje internacional, se encuentren involucrados elementos tanto de discrecionalidad como de elección política, lo cual genera que en muchos casos los inversionistas extranjeros se encuentren en un grado de incertidumbre respecto a la posibilidad de anticipar la decisión que será tomada por parte de la corte o tribunal que conozca de su reclamación. Sin embargo, son los Estados quienes se encuentran en un grado de incertidumbre mayor por dos razones. La primera de ellas es que en la mayoría de los procesos de arbitraje, los Estados son encontrados culpables por la violación injustificada de alguna disposición o estándar contenido en un acuerdo internacional lo cual constituye al mismo tiempo un incumplimiento de un deber de conducta y por ende son condenados al pago de una compensación en favor del inversionista que se ve perjudicado, lo cual sumado al pago de los gastos de representación del proceso, puede ser considerado como una carga demasiado abrumadora, especialmente para aquellos Estados que cuentan con problemas de capacidad monetaria. La segunda de estas es que los inversionistas extranjeros cuentan con la posibilidad de ponderar los costos y los beneficios que les puede representar la decisión de la corte o tribunal internacional aún antes de dar por iniciado el reclamo, por lo cual los Estados se

encuentran a disposición de si estos efectivamente decidirán o no acudir ante las instancias internacionales, lo cual resalta el poder significativo que tienen las decisiones de estas cortes o tribunales internacionales (Van Harten, 2007).

Ante todo lo anterior hay que agregar que la autoridad o competencia que tienen las diferentes cortes o tribunales internacionales para conocer y solucionar aquellas controversias que en materia de inversión puedan llegar a presentarse entre un Estado y un inversionista extranjero tiene su fundamento y/o sustento en un AII, un instrumento público suscrito entre dos o más Estados soberanos y no entre un Estado y un inversionista, a través del cual plasman su consentimiento general como representantes de sus territorios y de su población y con el cual también le otorgan a agentes privados la autorización para que en ejercicio de su autonomía privada lleven a cabo un reclamo en su contra por la alegada violación de un deber de conducta consagrado en el acuerdo suscrito y busquen con este la reparación de los perjuicios que se les hubiese podido causar por esa violación del Derecho Internacional. Cabe aclarar que los AII por lo general no proveen límites expresos a la responsabilidad de los Estados en orden de atenuar la justicia correctiva y así acomodarla la discrecionalidad gubernamental. De esta forma, los inversionistas extranjeros se encuentran en la posibilidad de obtener una compensación que no obtendrían en caso de que se debieran aplicar los procedimientos internos del Estado en contra del cual realizan el reclamo. Lo anterior implica que el concepto de responsabilidad Estatal en el marco del derecho internacional es mucho más amplio que el que se encuentra consagrado dentro de las legislaciones internas de los Estados (Van Harten, 2007).

Para complementar, es importante mencionar que la promesa de arbitraje internacional como una institución recae en el ideal de neutralidad que existe entre los Estados que suscriben el acuerdo en ejercicio de su soberanía y que se encuentra sujeto a los estándares del Derecho Internacional y

no entre los Estados y los inversionistas. Esto implica que la neutralidad como institución internacional demanda no solo igualdad de tratamiento a los inversionistas extranjeros sin importar su Estado de origen, sino también igual tratamiento a los Estados involucrados sin importar si son Estados desarrollados o en vía de desarrollo. Sin embargo, como institución, no implica igual tratamiento entre los Estados y los inversionistas extranjeros, en el sentido de que los acuerdos internacionales obligan a las partes que los suscriben (*pacta sunt servanda*), y como ya se mencionó, los inversionistas extranjeros a pesar de verse beneficiados por las disposiciones de un acuerdo no son parte de ellos. Esto último implica que las obligaciones de un Estado corresponden a los derechos del otro Estado suscriptor del acuerdo y viceversa y por ende entre ellos es que debe predicarse la igualdad formal y la neutralidad, por lo cual es muy común que las decisiones de las cortes o tribunales internacionales que conocen de las controversias entre un Estado y un inversionista extranjero suelen estar más inclinadas a las pretensiones del último (Van Harten, 2007).

Respecto a la implementación del sistema internacional de solución de controversias, especialmente en materia de arbitraje internacional, y teniendo en cuenta las características antes enunciadas, hay quienes consideran que el medio más idóneo para llevar a cabo su función de conformidad con lo estipulado dentro de los AII es aplicar el marco del derecho público de acuerdo a los estándares establecidos en el derecho internacional. En ese sentido se estaría reconociendo que el reclamo que realiza el inversionista extranjero en contra de un Estado surge por una decisión soberana de este último y como consecuencia de esta se le está ocasionando un perjuicio, decisión que se puede enmarcar dentro de un mecanismo público de solución de controversias diferente de los establecidos en el Derecho privado y en el Derecho público internacional. Es por ende que se llama a la aplicación de principios de Derecho público desarrollados dentro del nivel doméstico

del Estado en contra del cual se solicita el pago de una compensación frente a una corte o tribunal internacional de solución de controversias en aquellos casos en los cuales las cortes y tribunales nacionales pueden resolver directamente las disputas normativas que puedan surgir entre agentes privados y el Estado. Este enfoque llama entonces a que quienes conozcan de la controversia lleven a cabo un examen de como las reglas y principios de Derecho administrativo y constitucional logran gobernar un sinfín de asuntos que emergen en la resolución de disputas normativas y por lo cual, para delinear el marco de responsabilidad de un Estado a nivel internacional, es necesario considerar el Derecho público interno de este al igual que el del Estado del cual es nacional el inversionista extranjero que inicio el proceso de solución de controversias internacional. De esta forma, los árbitros que conocen de la controversia reconocen que la protección de los inversionistas es un fin público del Estado y no debe ser defendido a expensas de otras prioridades gubernamentales o de la viabilidad del Estado en sí mismo, ya que, como signatarios de los acuerdos internacionales, los Estados son los responsables del bienestar público (Van Harten, 2007).

Es posible entonces concluir que con el transcurso del tiempo y con los diversos cambios históricos que se han dado en materia económica, política y social, la dicotomía que predominó durante muchos años según la cual los Estados desarrollados eran los exportadores de capital y los Estados en vía de desarrollo eran los importadores de capital se ha ido diluyendo, toda vez que los primeros ahora también son importadores de capital y los segundos, aunque no en su totalidad, se han convertido en importantes exportadores de capital. Esto permitiría afirmar que en la mencionada *Race to the Bottom* también pueden participar Estados que son considerados como desarrollados, pues algunos de ellos también ven como necesaria la IED para alcanzar sus objetivos de desarrollo. Sin embargo, si bien la mencionada dicotomía se ha diluido con el

paso del tiempo, aún es posible observar características de esta en el sentido de que muchos Estados en vía de desarrollo aún cuentan con grandes problemas de capacidad, no solo en términos económicos, sino de negociación, lo cual permite que aquellos Estados que se encuentran en mejor posición puedan abusar de estas falencias y obtener mayores beneficios en la negociación de un determinado AII.

De igual forma es posible concluir que los AII, y en especial los TBI, han contribuido a que la competencia por atraer flujos de inversión extranjera entre los diferentes Estados hacia su territorio sea un tanto más competitiva a lo que era cuando iniciaron a suscribirse este tipo de tratados, ya que sin estos los inversionistas se verían obligados a invertir en un determinado territorio en el cual consideran que pueden llevar a cabo su actividad de la mejor manera sin conocer cuáles son realmente los términos en los cuales deberán operar, llegando al punto en que el Estado en el cual se establezcan pueda abusar de sus potestades soberanas a través de por ejemplo la inflación de los precios de las materias primas, estableciendo impuestos exorbitantes a las actividades de los inversionistas, exigiendo resultados de rendimiento, imponiendo estándares de protección extremadamente onerosos de cumplir, entre otros, de tal forma que los únicos que se verían beneficiados de la actividad de los inversionistas serían los Estados receptores de la inversión y por el contrario los inversionistas en vez de percibir ganancias estarían generando pérdidas o por lo menos no las ganancias que esperaban obtener al llevar su actividad económica en ese Estado.

Es por lo anterior que podría sostener que dentro del actual universo de AII, los TBI son el instrumento por antonomasia que permite a los inversionistas extranjeros estar protegidos en cierta medida de lo que podría ser un abuso sistemático de las potestades soberanas con las que cuentan los Estados, ya que son estos últimos quienes a través de este tipo de tratados realizan

promesas creíbles a los inversionistas extranjeros, y que en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado los inversionistas están facultados por estos para acudir ante un tercero imparcial, es decir un tribunal internacional de solución de controversias, ya sea para exigir el cumplimiento de dichas promesas realizada por los Estados en el marco de un acuerdo internacional o el pago de una compensación por los perjuicios que el incumplimiento de estas les pudo haber ocasionado. Y digo que, en cierta medida, pues como se verá en la siguiente sección, es posible que los Estados, aun existiendo un AII o un contrato de inversión suscrito con un inversionista extranjero estén facultados a actuar en contravía de lo allí establecido.

Parece entonces correcto afirmar que para cada Estado individualmente considerado puede llegar a representar mayores beneficios la suscripción de AII bilaterales o regionales que les otorguen mayores posibilidades de atraer flujos de IED hacia sus territorios en vez de negociar un acuerdo multilaterales que regule la inversión extranjera. Sin embargo, si hablamos en términos globales, la negociación de acuerdos individuales por parte de los Estados puede llevar a una reducción general de los estándares de protección de ciertas áreas o materias, como lo son los derechos humanos, los estándares laborales o los estándares de protección del medio ambiente, entre muchos otros, lo cual genera no solo que los Estados se vuelvan más propensos a enfrentarse a litigios internacionales que en algunos casos pueden no ser, capaces de afrontar, sino que puede darse también el caso en el cual los beneficios que pensaban obtener con la reducción de ciertos estandartes pueden ser inferiores a los que se proyectaban.

Lo anterior se da pues es posible reconocer que existe una relación entre las diferentes ramas del Derecho internacional con el Derecho internacional de las inversiones, pues este no se encuentra compuesto únicamente por AII, sino también por otro tipo de tratados que regulan

diferentes materias, como el DIH o el Derecho internacional del medio ambiente, las cuales interactúan de forma significativa con la red de AII para lograr no solo la promoción sino también la protección de la inversión extranjera en el sentido de que estas ramas del Derecho internacional se encargan de la regulación de diversas esferas que pueden interactuar de forma directa o indirecta con la inversión extranjera y que pueden llegar no solo a beneficiar a los inversionistas extranjeros sino también a causarle algún tipo de perjuicio a sus derechos, especialmente a su propiedad. Es por lo anterior que en el siguiente capítulo y dada la importancia del medio ambiente en los derechos de los inversionistas extranjeros se explicará la relación que existe entre esta rama del Derecho internacional y el Derecho internacional de las inversiones, cuales son los problemas que se presentan de cara a la protección de ambas materias y cuales son algunos de los mecanismos con los que cuentan las partes en conflicto para solucionarlos y obtener una decisión que favorezca sus intereses o que no les cause tantos perjuicios.

## **2. Límites y problemas que tienen el actual sistema internacional de inversiones y el sistema internacional de solución de controversias de cara a la protección del medio ambiente**

Las protestas globales que han surgido en contra de la negociación de un acuerdo multilateral que regule la inversión extranjera, como aquellas que se dieron el contra del AMI que estaba siendo negociado por la OCDE., han tenido como una de sus principales motivaciones la limitada o casi insuficiente preocupación que han tenido los negociadores de este tipo de acuerdos por los derechos del medio ambiente que se han visto o podrían verse perjudicados por las diferentes actividades económicas que llevan a cabo los inversionistas extranjeros en sus territorios,

especialmente en aquellos Estados que son considerados como en vía de desarrollo. En este sentido, aquellas ONG y demás manifestantes que se han opuesto a la negociación de este tipo de acuerdos han sostenido que los AII son negociados exclusivamente para garantizar la protección de los intereses de los inversionistas extranjeros que se ven beneficiados por sus disposiciones, y no para salvaguardar los intereses y valores que conciernen a la comunidad internacional, como lo son los derechos humanos, el desarrollo económico de los Estados y el medio ambiente (Sornarajah, 2010). Esta crítica sobre la protección exclusiva de los derechos de los inversionistas puede verse reflejada en la realidad, pues en el actual sistema de AII, dominado por los TBI, los Estados siguen atribuyéndole mayor importancia a la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros y a la liberalización del comercio, dejando de lado, en la mayoría de los casos, asuntos que conciernen al interés general (UNCTAD, 2008).

Empero, a pesar del dominio de los TBI dentro del universo de AII, en los últimos años se han venido negociando una serie de nuevos acuerdos que no solo promulgan por la protección y promoción de la inversión extranjera, sino de otro tipo de materias, toda vez que abordan una amplia gama de sectores, como la propiedad intelectual, el comercio de bienes y servicios, la protección del medio ambiente y la solución de controversias que puedan presentarse frente a lo dispuesto en el acuerdo, lo que, si bien puede traer una serie de problemas, los cuales serán explicados más adelante, también representa una oportunidad para la protección de algunos sectores que han sido olvidados o a se les ha restado importancia, como lo es el medio ambiente, y que de esta forma se logran integrar a un marco más amplio de integración económica, permitiendo de esta forma que en su negociación participen una gama más amplia de expertos en diferentes conocimientos, y no únicamente en materia de inversión (UNCTAD, 2008).

Respeto a la relación que existe entre el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional del medio ambiente, es importante recalcar que esta no ha estado exenta de controversias. Es posible que dentro de la relación entre ambas ramas del Derecho internacional pueda darse la apertura económica de diferentes mercados, como el de las llamadas energías limpias. No obstante, también es posible que las medidas regulatorias que implemente un Estado, en ejercicio de su potestad soberana, frente a una de estas materias, afecte de forma adversa a la otra, como sucede en aquellos casos en que un Estado al adoptar una medida ambiental perjudique o afecte los intereses de los inversionistas extranjeros, particularmente en aquellas áreas en donde, según lo dispone un acuerdo internacional, se requiere que uno de los Estados suscriptores lleve a cabo unas medidas regulatorias específicas. Desde la perspectiva de los inversionistas extranjeros, se ha vuelto cada vez más relevante evaluar los riesgos que este tipo de medidas ambientales pueden tener en sus derechos, al igual que cuales son los remedios legales con los cuales cuentan para poder controlar los posibles abusos que puedan llegar a sufrir por parte del Estado receptor de su inversión, remedios que pueden inclusive llegar a limitar los poderes regulatorios con los que cuentan los Estados, lo que a su vez aumenta el riesgo de que pueda llegar a iniciarse un litigio o conflicto internacional, litigios suelen representar un costo elevado para aquellos Estados involucrados (Viñuales, 2012) y que, en muchas oportunidades, como se verá más adelante, no están en capacidad de asumir.

Frente a la relación que existe entre las diferentes preocupaciones ambientales, como la polución, el transporte de residuos peligrosos, la pesca indiscriminada, entre otros, con otras ramas del Derecho internacional, como el Derecho internacional de las inversiones o el Derecho internacional de solución de controversias, cabe mencionar que estas son negociadas por los Estados en el marco de diferentes organizaciones internacionales, como la ONU, la OCDE o la

OMC. El problema yace en que son pocos los gobiernos que pueden asumir todas las consecuencias de los acuerdos que suscriben y que, aun cuando sean capaces de cumplir con todas las obligaciones que adquieren en el marco de estos acuerdos, les es muy difícil, sino imposible, lograr que los demás Estados cumplan con las obligaciones que han adquirido, lo cual suele llevar a tensiones y posteriores controversias por el incumplimiento de lo dispuesto en estos acuerdos (Boyle, 2008).

Es claro que los acuerdos ambientales son solo una faceta específica del universo de acuerdos internacionales, y en ese sentido, las partes que se encuentran en conflicto por un tratado específico pueden ser partes en otros acuerdos no ambientales que pueden llegar a proveer diferentes procedimientos de solución de controversias. La mayoría de las disputas que han surgido en materia de medio ambiente y que han sido conocidas por diferentes tribunales de solución de controversias internacionales han surgido de la alegada violación de la costumbre internacional y han sido establecidas por fuera del marco de un acuerdo en materia de medio ambiente. Inclusive, en muchos casos, los acuerdos cuyas brechas han sido invocadas no eran *per se* tratados ambientales (Romano, 2008).

En la presente sección se busca examinar cuáles son los principales problemas que surgen de la relación entre el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional del medio ambiente y cómo estos pueden llegar a afectar la protección internacional de ambas ramas del Derecho. Una vez se realice el análisis de la relación entre ambas ramas del Derecho internacional se hará mención de algunos de los mecanismos con los que cuentan, por una parte, los inversionistas extranjeros que consideren que se están viendo perjudicados con una medida regulatoria tomada por el Estado receptor de su inversión para acudir ante un tribunal internacional competente que les ayude tanto a amparar sus derechos y protegerlos de los supuestos abusos que

está cometiendo el Estado receptor de su inversión. De igual forma se mencionarán algunos de los mecanismos y argumentos con los que cuentan los Estados para poder justificar las medidas regulatorias que supuestamente están afectando los intereses de los inversionistas extranjeros.

### **2.1. Problemas de cara a la protección internacional del medio ambiente y de la inversión extranjera**

El Derecho internacional del medio ambiente se ha visto confrontado desde sus inicios con la necesidad de integrar las necesidades de crecimiento y desarrollo que tienen los diferentes Estados. En sus inicios, esta rama del Derecho internacional, se encargaba exclusivamente de la aplicación del Derecho internacional a ciertos problemas ambientales específicos (Boyle, 2008), como los relativos a los recursos de agua compartidos, los daños transfronterizos o el manejo de recursos de vida útil, cuya regulación se debía en gran medida a cuestiones principalmente económicas y no ambientales. De igual forma tenía como tarea la identificación de aquellos asuntos ambientales que requerían de pronta atención, entre los que se pueden mencionar la contaminación y la conservación de aquellas especies en vía de extinción y de hábitats frágiles (Viñuales, 2012). Esta visión cambió considerablemente entre 1960 y 1980 con el crecimiento de los movimientos ambientalistas. Fue entonces, en la Conferencia de Estocolmo de Naciones Unidas de 1972 donde, debido al sentido de alerta y la urgencia que existía por proteger el medio ambiente, se enfatizó en la importancia que representaba para los Estados la protección del mismo, aún en detrimento de su desarrollo económico. Este fue entonces el punto de partida entre la tensión que ha existido entre la protección internacional del medio ambiente y la protección y promoción internacional de la inversión extranjera hasta nuestros días. Sin embargo, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Conferencia de Río), se dio la necesidad de reconciliar la protección del medio ambiente con el desarrollo económico de los Estados, lo cual resultó en el

concepto de desarrollo sostenible (Viñuales, 2012), concepto que no se enfoca en limitar la actividad económica dentro de los Estados, sino en re direccionar los objetivos de desarrollo de los mismos en orden de asegurar su potencial a largo plazo, toda vez que tanto la inversión nacional como la extranjera privada son percibidas como necesarias por parte de aquellos Estados que dependen de esta para alcanzar sus necesidades de crecimiento económico, mejorar el bienestar de su población y lograr proveer a sus habitantes con las necesidades básicas de forma sostenible sin deteriorar o agotar la base de recursos que sostienen el progreso económico. En ese sentido, para poder alcanzar el anhelado desarrollo sostenible, se requiere de un aumento en los niveles de inversión, tanto domésticos como internacionales, que percibe un Estado (Gehring & Newcombe, 2010)

Frente al Derecho internacional de las inversiones, las políticas de desarrollo sostenible han sido difíciles de implementar, pues el reto se encuentra en garantizar que las nuevas normas, tanto nacionales como internacionales, que son elaboradas para incentivar los flujos de inversión a través del otorgamiento de una protección especial o adicional a los inversionistas, tanto nacionales como aquellos que provienen de los Estados considerados como exportadores de capital, logren proveer suficiente flexibilidad e incentivos para garantizar la sostenibilidad (Gehring & Newcombe, 2010).

Este concepto de desarrollo sostenible ofrece entonces una solución consensual a la compensación entre la protección internacional del medio ambiente y la promoción del crecimiento económico. Sin embargo, la relación entre el medio ambiente y el desarrollo ha resultado ser difícil de poner de acuerdo en la mayoría de las negociaciones en materia ambiental, por lo cual en aquellos casos en donde existía un conflicto entre ambas materias se suspendieron las negociaciones y la atención se centró principalmente en las restricciones al comercio basadas en consideraciones ambientales. De igual forma, este concepto parece no ser percibido como

suficiente para manejar los posibles conflictos que pueden surgir entre consideraciones de índole ambiental y de índole económica (Viñuales, 2012).

Al respecto, una estrategia reciente para reconciliar ambos términos ha sido la de resaltar el rol que juega el sector privado en materia de protección al medio ambiente. Fue en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, en 2002 (Cumbre de Johannesburgo) en donde se exaltó el rol de este sector como una de las claves para la implementación del marco normativo que había sido aprobado en la última década, principalmente de las diferentes convenciones que fueron adoptadas finalizada de Conferencia de Rio, y especialmente en conexión con asuntos relativos al agua, energía, salud, agricultura y biodiversidad, también denominada como la agenda WEHAB (Water, Evergy, Health, Agriculture and Biodiversity). De igual forma, dentro de la misma conferencia, se identificaron diferentes formas a través de las cuales se podía vincular al sector privado para la protección del medio ambiente, a saber: Asociaciones público privadas, mecanismos de mercadeo y financiamiento de proyectos ambientales (Viñuales, 2012).

Esta estrategia tomó un nuevo rumbo en 2009 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una Resolución a través de la que se convocaba nuevamente a los miembros de la organización a una nueva Conferencia Sobre el Desarrollo Sostenible, también conocida como Rio 2012 o Rio + 20, en donde se esperaba tratar temas como el avance hacia una economía más verde, según la cual los Estados deben construir sus modelos económicos basándose en consideraciones ambientales con el fin de ser más competitivos en el ámbito económico y de crear tanto a nivel interno de cada Estado como a nivel internacional una estructura institucional íntegra para alcanzar el objetivo de desarrollo sostenible. Es en ese contexto en donde aquellos sectores en donde existe una fuerte presencia de inversión extranjera y que cuentan con una importancia estratégica para la protección del medio ambiente, como el energético, minero, de tratamiento de residuos, entre

otros, juegan un rol más que importante en la evolución hacia una economía verde. Sin embargo, la esperada renovación de los procesos de producción en orden de adherirse a las tendencias ambientales para alcanzar nuevas y mejores oportunidades en términos de competitividad y rentabilidad es poco probable que llegue, toda vez que la transición podría ser no solo dolorosa, sino que podría desencadenar en una batalla jurídica (Viñuales, 2012).

Vale mencionar que en las últimas dos décadas el espacio dedicado a las consideraciones ambientales en diferentes AII que han sido suscritos por diversos Estados se ha expandido significativamente, lo cual puede confirmar la hipótesis de que la interacción entre el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de las inversiones ha aumentado con el paso del tiempo. Este tipo de consideraciones ambientales no solo dependen de los Estados partes en un acuerdo, sino también del tipo de cláusula ambiental que se incluyen en ellos. De igual forma, de acuerdo con un reporte realizado por la *UN Special Representative on Business & Human Rights* para el uso de cláusulas de estabilización en los contratos de inversión, concluyó que los inversionistas extranjeros que llevan a cabo sus actividades económicas en el territorio de un Estado no miembro de la OCDE suelen recibir garantías contractuales mucho más amplias en conexión con la estabilidad legal del marco legal interno del Estado. Lo anterior pues en los AII que son celebrados entre un Estado miembro de la OCDE y un Estado no miembro suele otorgársele a los Estados no miembros mayor campo de regulación en temas relativos al medio ambiente. Una posible explicación a este fenómeno es que cuando los AII son más amigables con el medio ambiente, los inversionistas extranjeros suelen buscar mayor protección a través de contratos de inversión o de contratos de seguro específicos con el Estado receptor de su inversión frente a los perjuicios que pudiesen llegar a representarles la implementación de ciertas medidas

regulatorias en materia ambiental, (Viñuales, 2012) como aquellas que, por ejemplo, pueden desencadenar en una expropiación.

Frente a la solución de controversias en materia de inversión, suele ser particularmente complejo calificar una disputa como ambiental, toda vez que el Derecho internacional del medio ambiente regula una amplia gama de cuestiones y la naturaleza ambiental de estas son en algunos casos debatibles. Adicionalmente, la mera presencia de un componente ambiental no define la naturaleza de la disputa. Las disputas en materia de inversión con componentes ambientales suelen surgir de las operaciones de los inversionistas extranjeros que han sido denominados como ambientales o de otras actividades de inversión en sectores en los cuales el impacto que estas tienen en el medio ambiente o en una minoría suelen ser parte del conflicto. De igual forma, son comunes las controversias en donde el debate consiste en si debe aplicarse una norma o medida de nivel interno del Estado receptor o si por el contrario se debe aplicar una norma o disposición del derecho internacional del medio ambiente. Vale mencionar que no todas las disputas relativas a inversión extranjera con componentes ambientales han sido conocidas por tribunales de arbitraje internacional, ya que algunas han sido solucionadas por otros medios o simplemente fueron discontinuadas por las partes. La mayoría de estos reclamos no incluyen únicamente asuntos relativos a la contaminación, protección de especies o manejo de residuos, sino también temas relativos a la expropiación o el cambio climático, a través de los cuales se ve reflejado el incremento en la sensibilidad por el medio ambiente en todos los niveles, soportando de esta forma la teoría de que la relación entre la protección internacional de la inversión y la protección internacional del medio ambiente está evolucionando (Viñuales, 2012).

Respecto al arbitraje internacional en materia de inversión, puede presentarse el caso de que un estándar de protección a la inversión pueda estar siendo transgredido o lo pueda ser en un futuro

como consecuencia de la conducta de un Estado que implica la violación de una norma o estándar ambiental, ya sea de índole doméstica o internacional, como sucede en aquellos casos en donde las actividades de inversión dependen de la implementación por parte del Estado de una medida ambiental y que en caso de no ser implementada se pueda estar transgrediendo lo establecido en un contrato de inversión o en un AII. La situación es diferente en aquellos casos en los cuales el reclamo ambiental es realizado de forma independiente, por ejemplo, cuando el inversionista reclama que la conducta del Estado receptor va en contravía de una norma ambiental diferente de aquella que contiene la cláusula que lo faculta a iniciar el proceso de arbitraje. Esto sugiere que aquel tribunal internacional que conozca de asuntos relativos a la inversión extranjera no tendrá jurisdicción o competencia sobre aquellas controversias que se pongan en su conocimiento por la violación de una norma ambiental, independientemente de que la conducta que este violando dicha norma también afecte la inversión que está siendo protegida por el instrumento que contiene la cláusula o disposición de solución de controversias. En consecuencia, la competencia o jurisdicción de un tribunal internacional frente a un reclamo en materia ambiental que se ponga en su conocimiento y que no provenga directamente de la violación de un AII, dependerá del campo de aplicación de la cláusula o disposición que autorice este procedimiento (Viñuales, 2012).

Por otra parte, la incorporación de consideraciones ambientales en los AII tiene un impacto en determinar la existencia de la protección de una determinada inversión, ya sea en la definición de los derechos que pueden ser protegidos de esta o con respecto a los límites en la protección de una inversión que puede llegar a ser nociva para el medio ambiente. Este tipo de consideraciones pueden ser introducidas a un procedimiento de solución de controversias ya sea por las partes que se encuentran en conflicto dentro de los alegatos que realizan para justificar su posición, por parte del tribunal que conoce de la controversia cuando recurren a estas como una guía o herramienta

de interpretación o por la intervención de un tercero que no es parte de la disputa, también conocido como *amicus curiae*, que cuentan con conocimientos específicos sobre la materia en disputa y que pueden contribuir no solo a la legitimidad de las decisiones que sean proferidas por el tribunal sino como una asistencia a los tribunales para que estos entienda las repercusiones públicas que el asunto que tienen bajo su conocimiento pueden tener (Viñuales, 2012).

Pese a todo lo anterior, y a los diversos intentos por reconciliar la protección del medio ambiente con las necesidades de crecimiento y desarrollo económico de los Estados, no se ha logrado ofrecer ni a los Estados ni a los inversionistas extranjeros una verdadera garantía de rentabilidad y sostenibilidad hacia el futuro. Vale aclarar que para muchos Estados la inversión extranjera constituye un vector fundamental, no solo en temas de desarrollo sostenible a través de la transferencia de tecnología y el flujo de capital que ingresa a sus territorios, sino también como una amenaza al medio ambiente, toda vez que los procesos de producción que implementan algunas compañías multinacionales en sus territorios suelen ser riesgosos y nocivos tanto para el medio ambiente como para su población. Esto se hace aún más evidente con el ya mencionado argumento de la denominada *race to the bottom*, ya que muchos Estados, buscando atraer flujos de inversión hacia sus territorios y con la intención de promover su desarrollo económico, suelen crear incentivos a los inversionistas extranjeros a través de la disminución de sus estándares de protección al medio ambiente, situación que lleva a otros Estados a realizar las mismas acciones en orden de evitar desventajas en términos de competitividad, lo cual resulta en un declive general de los estándares de protección al medio ambiente, llevando además a la descolocación de aquellas compañías que deciden llevar a cabo sus actividades económicas en aquellos Estados cuyas regulaciones ambientales resultan menos onerosas y en consecuencia al aumento de controversias internacionales (Viñuales, 2012).

Actualmente la Convención sobre el Derecho del Mar permanece como el único acuerdo ambiental que cuenta con una relación directa con el comercio de bienes y servicios y en ese sentido con la inversión extranjera, pues ha sido considerado como una *lex specialis* por parte de diferentes tribunales internacionales y en ese sentido prevalece sobre otro tipo de acuerdos generales como el GATT, razonamiento que se ha sugerido que se aplique para otras disposiciones contenidas en varios acuerdos globales en materia ambiental, como el CITES de 1993, la Convención de Basilea de 1989 y el Protocolo de Montreal de 1987, los cuales contienen una serie de disposiciones ambientales específicas que restringen el comercio de bienes, prohíben o restringen el derecho de los Estados a hacer reservas sobre su contenido y tienen la intención de ser regímenes integrales para el beneficio común de los Estados partes. En consonancia con lo anterior, se ha propuesto que las disposiciones relevantes en materia de medio ambiente deben prevalecer sobre aquellas normas generales de organizaciones como la OMC que sean incompatibles con estas. Esta propuesta implicaría que en caso de que en un futuro se elabore y se suscriba un acuerdo global en materia ambiental que incluya disposiciones específicas que imponga sanciones al comercio y que sean incompatibles con otros acuerdos generales, como el GATT o aquellos derivados de la Ronda de Uruguay, este nuevo acuerdo no solo seguirá la regla de la *lex specialis*, sino la de la *lex posteriori*, en el sentido que la última ley ambiental prevalecerá sobre las demás. Todo esto justifica por que en principio los Estados son libres de promover sanciones o restricciones al comercio a través de acuerdos ambientales regionales o globales a pesar de la existencia del GATT (Boyle, 2008).

Respecto a la protección del medio ambiente, a diferencia de otras ramas del Derecho internacional, el Derecho internacional del medio ambiente nunca ha sido sistemáticamente codificado en un solo acuerdo o grupo de acuerdos. De igual forma, no existe una organización

internacional dedicada exclusivamente a temas relacionados al medio ambiente, solo parcialmente la Cámara de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para asuntos ambientales que se creó en 1993 (Romano, 2008), ni tampoco un solo mecanismo de solución de controversias internacional con la habilidad de brindarle coherencia a esta rama del Derecho internacional. A pesar de esto, es indudable que sí existen normas ambientales específicas que son consideradas como costumbre internacional o han sido aceptadas por los diferentes Estados como principios generales de derecho. Sin embargo, en la práctica no es posible dirigir muchos de estos asuntos ambientales sin considerar otro tipo de factores, como la responsabilidad de los Estados, la jurisdicción de los tribunales nacionales e internacionales, las normas que rigen los procedimientos de solución de controversias, el Derecho del mar, el Derecho de los recursos naturales, los Derechos humanos, el Derecho comercial internacional, entre otros, los cuales, al tener dimensiones ambientales diferentes, pueden afectar de forma diversa la solución de controversias en esta materia (Boyle, 2008).

Dada esta matriz tan compleja, en materia ambiental es posible acudir a un conjunto diverso de foros internacionales y procedimientos para dirimir aquellas controversias que puedan llegar a presentarse entre esta rama del Derecho internacional y otras disciplinas del mismo, y el cual es accesible no solo para los Estados, sino para otro grupo más amplio de actores internacionales, entre los que se pueden mencionar diferentes organizaciones internacionales, las corporaciones multinacionales y personas naturales (Romano, 2008). Dentro de estas posibilidades se pueden mencionar, sin listar todas las opciones, la CIJ, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS por su sigla en inglés), el Cuerpo de Solución de Controversias de la OMC o tribunales ad-hoc, entre muchos otros; toda vez que son las partes involucradas en la disputa quienes, salvo que existan disputas que surjan bajo un acuerdo específico que disponga un procedimiento

especifico de solución de controversias, pueden elegir ante qué tribunal de solución de controversias quieren acudir. Como resultado de permitir a las partes en disputa limitar las normas aplicables a su controversia, es posible que en algunos casos no sea viable la aplicación en todo o en parte del Derecho internacional relevante a esa situación específica, consecuencia inevitable de la inexistencia de una jurisdicción universal obligatoria. Esta incertidumbre de no saber qué normas deben ser aplicadas a una disputa específica han llevado a que, en varias oportunidades, aquellos tribunales ante los que se pone en conocimiento una controversia, animen a las partes a buscar una solución acordada a su conflicto, e inclusive se han dado casos en que las partes de forma voluntaria deciden darle fin al mismo (Boyle, 2008).

Este tipo de procedimientos contenidos en los diferentes acuerdos ambientales han tomado ventaja del incremento en el nivel de sofisticación de los modernos mecanismos de solución de controversias internacionales, ya que los acuerdos más recientes suelen proveer a las partes con un espectro de opciones más amplio en vez de un solo mecanismo o procedimiento de solución de controversias, además, en algunos casos, pueden llegar a ser invocados de forma simultánea, lo cual no solo no implica que se va a resolver la disputa en favor de la parte que los invoque, sino que además es posible que contribuya al escalamiento del conflicto. Empero, a pesar de que los procedimientos de solución de controversias que se disponen en los acuerdos internacionales en materia de medio ambiente se han vuelto cada vez más comunes, en la realidad son pocas veces usados (Romano, 2008).

Todo lo anterior no solo representa un reto para la protección internacional del medio ambiente, sino también una oportunidad. Por un lado, multiplica las oportunidades de que las disputas sean dirigidas en una estructurada base, no solo legal, sino también institucional, antes que la disputa pueda escalar. Por otro lado, surge el choque entre los diferentes regímenes legales y los

procedimientos de solución de controversia que se ponen a disposición de las partes en disputa (Romano, 2008). Frente a lo anterior, vale la pena enunciar algunos de los problemas que, en materia de solución de controversias en materia ambiental, se presentan de cara a la protección del medio ambiente.

Uno de los principales problemas que presenta la protección del medio ambiente a nivel internacional es que las disputas en esta materia presentan unos desafíos en términos de evidencia, como resultado del alto grado de naturaleza técnica y la considerable incertidumbre científica que viene asociada a muchos de estos asuntos. Lo anterior, pues los magistrados que conocen de este tipo de disputas no solo deben entender en cierto detalle la complejidad de los procesos ambientales, sino que también deben tomar posición en un debate científico en el cual las posiciones especializadas y documentadas presentadas por las partes o por un tercero suelen estar en conflicto. Lo anterior puede resultar particularmente complejo para aquellos magistrados que no cuentan con el suficiente conocimiento de la materia para entender el intricado y complejo proceso que pueden estar deliberando (Viñuales, 2012).

En segundo lugar, dentro de los diferentes instrumentos internacionales que permiten la solución de controversias en materia ambiental, se pueden encontrar cláusulas que son incoherentes entre ellas mismas. Esto se debe al alto grado de atomización del sistema internacional, que no permite en principio sincronizar las diferentes cláusulas dispuestas en los acuerdos ambientales con aquellas dispuestas en acuerdos internacionales ya sean también ambientales de otra naturaleza, como por ejemplo los AII, generando la necesidad de intervención de una tercera parte, ajena al conflicto, para que sea ella quien tome la decisión vinculante sobre cual procedimiento de solución de controversias será usado para dirimir una determinada disputa con componentes ambientales (Romano, 2008).

En tercer lugar, y en relación con el problema anterior y con el que será explicado a continuación, es posible que un mismo asunto pueda ser estudiado desde el punto de vista de diferentes y no coordinados regímenes legales, situación que suele ser muy común en el contexto de comercio de bienes y servicios y el medio ambiente, y, en consecuencia, con la inversión. En este caso, los diferentes tribunales de solución de controversia que puedan conocer de una disputa en particular podrán resolverla a través de la implementación de diferentes conjuntos de normas internacionales, lo cual implica que la solución que cada uno de estos tribunales le den a la disputa que están conociendo pueden ser incongruentes (Romano, 2008). Este choque entre ambos regímenes legales no es de extrañar, pues mientras el derecho del medio ambiente típicamente envuelve la intervención de agentes públicos en el mercado privado para corregir las supuestas fallas del mercado, las políticas de comercio representan un intento por limitar esta intervención de los gobiernos en el mercado y de esta forma permitir el libre flujo de bienes y servicios. Este tipo de conflictos pueden ser solucionados caso por caso ante diferentes tribunales o a través de la negociación de un acuerdo multilateral entre los diferentes Estados, lo cual supone un primer obstáculo el cual es determinar bajo qué organización internacional deberá negociarse dicho acuerdo. (Bodansky & Lawrence, 2008).

En cuarto lugar, dada la relación que tiene el derecho internacional del medio ambiente con otras áreas del derecho internacional, es posible que una misma disputa se pueda fragmentar en varias disputas que pueden tratar aspectos legales discretos de la misma cuestión, situación que no implica que todas ellas vayan a tener éxito. De igual forma es posible que las partes involucradas puedan transformar la misma disputa en dos casos completamente diferentes, pues es posible que, y dado lo que se explicó en el problema anterior, cada parte puede seleccionar el foro que va a aplicar y que percibe como el cuerpo de normas más favorable para aspectos particulares de la

disputa, lo cual a su vez permite que los diferentes mecanismos y foros de solución de controversias escogidos por las partes lleven a decisiones o conclusiones diferentes e incongruentes entre ellos, cada una basada obviamente en el conjunto de normas aplicado por cada tribunal de solución de controversias (Romano, 2008).

Por último, se encuentra la multiplicación de actores internacionales y de niveles en los que pueden llevarse a cabo las disputas en materia ambiental, dado que actualmente un diverso número de actores internacionales, diferentes de los Estados, son sujetos de derechos y de obligaciones frente al derecho internacional y que cuentan además con protección no solo a nivel internacional sino a nivel doméstico de cada Estado en el que llevan a cabo sus actividades económicas o del cual son nacionales para hacer cumplir de estos últimos sus deberes (Romano, 2008).

Por su parte, en materia de inversión extranjera, la jurisdicción o competencia de un tribunal internacional para conocer de las controversias en esta materia se encuentra justificada, como se mencionó previamente, en el consentimiento otorgado por las partes en conflicto, consentimiento que puede provenir de diferentes fuentes como una cláusula compromisoria contenida en un contrato de inversión celebrado entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, un tratado internacional o el mismo derecho doméstico del Estado que es parte en la disputa. Varias instituciones dedicadas a dirimir este tipo de controversias a través del arbitraje internacional, como el CIADI o la CPA de la Cámara de Comercio internacional han elaborado modelos de cláusulas compromisorias para someter este tipo de disputas bajo sus lineamientos. Algunas de estas pueden ser demasiado amplias y cubrir cualquier tipo de disputa que pueda presentarse respecto de lo contenido en el contrato de inversión, incluyendo las que se relacionen con su interpretación, aplicación o desarrollo del mismo, su existencia, validez y terminación, mientras que otras pueden especificar que el consentimiento otorgado para llevar a cabo una

disputa frente a un tribunal internacional solo podrá ser extendido a determinadas materias y que no podrá extenderse a otras que no estén cubiertas por dicha cláusula (Viñuales, 2012).

Es importante reconocer que la formulación de estas cláusulas o disposiciones van a variar dependiendo no solo de cada contrato de inversión sino de cada AII en el que decidan incluirse, las cuales además de poder ser más extensivas o restrictivas que otras, van a identificar ante que tribunales podrán iniciarse procesos internacionales de solución de controversias, bajo qué normas específicas de procedimiento se van a llevar a cabo, ya sea la Convención del CIADI, las Reglas de Arbitraje UNCITRAL, las del LCIA, las de la Cámara de Comercio de Estocolmo, además de indicar como será determinado el Derecho aplicable a cada disputa o que sucederá en caso de ausencia de normas explícitas determinadas por las partes. Este tipo de normas podrán estar inclusive sujetas a ciertas condiciones especiales para su procedencia. Estas cláusulas de solución de controversias que son incluidas en los AII o las que se encuentran establecidas en la legislación interna de los Estados receptores de la inversión son vistas como ofertas unilaterales que hacen estos últimos a los inversionistas que pretenden llevar a cabo sus actividades económicas en su territorio y que se vuelven vinculantes cuando el inversionista las acepta de forma expresa a través de una carta dirigida al gobierno del Estado receptor o de forma implícita cuando decide realizar un reclamo o someter una controversia al procedimiento establecido en estas cláusulas (Viñuales, 2012).

Es necesario mencionar que, la falta de protección con la que cuentan algunas inversiones se debe, en principio, a lagunas normativas que existen a nivel interno de los Estados receptores, lagunas que han llegado a ser invocadas como mecanismos de defensa en algunas ocasiones, a pesar de no tener conexión por ejemplo con la violación del derecho ambiental doméstico. Lo anterior, se debe a que en muchas situaciones, los Estados que suscriben un AII, sujetan la

definición de inversión extranjera a lo que se encuentra definido en su legislación interna y como resultado de esto, es posible que el Derecho ambiental doméstico tenga un impacto directo en las inversiones reguladas por dicho acuerdo para poder determinar si estas efectivamente se encuentran protegidas o no, lo cual es un factor importante para determinar qué tribunal cuenta con jurisdicción o competencia para conocer de los conflictos que involucren estas normas. Algunos tribunales han llegado a la conclusión que esto hace referencia a la validez de una inversión y no a la definición de inversión en sí misma. Empero, en algunos casos la legalidad de una inversión ha sido considerada como un obstáculo para que estos procedimientos puedan ser llevados a cabo (Viñuales, 2012).

De igual forma, el actual universo de AII presenta una serie de problemas en materia de capacidad y de coherencia que deben ser solucionados ya sea a través de la negociación de un acuerdo general o a través de la renegociación por parte de cada Estado de los diferentes acuerdos en materia de inversión que hayan suscrito. Los problemas de capacidad se manifiestan ya que dada la complejidad de los nuevos acuerdos y de su diversidad se han venido presentando en mayor número conflictos derivados de estos acuerdos, haciendo necesario para los Estados involucrados disponer de considerables recursos humanos para poder participar de forma plena y efectiva en el desarrollo, aplicación y vigilancia del sistema de AII, recursos que no se encuentran disponibles para un diverso grupo de Estados, lo cual implica que no pueden cumplir en muchos casos de forma efectiva con las obligaciones que han adquirido con la suscripción de un determinado acuerdo, poniendo en riesgo de esta forma la eficacia de todo el sistema de AII (UNCTAD, 2008). Sumado a este problema de capacidad se presenta un problema de contenido de los diversos AII, el cual se deriva de la necesidad que los acuerdos que han sido celebrados entre los diferentes Estados logren su objetivo de establecer un marco estable, transparente y coherente para la

inversión extranjera, reservando al mismo tiempo a los Estados receptores de la inversión un margen suficiente de capacidad reguladora discrecional para aplicar sus propias políticas de desarrollo económico, objetivo que dadas las incoherencias que se presentan entre las políticas internas de los Estados y los AII que suscriben, entre su propia red de AII y entre los AII que han suscrito y otros acuerdos internacionales generales, a saber, la superposición de tratados, no es posible alcanzar (UNCTAD, 2008).

Dentro del Derecho internacional de las inversiones, en materia de expropiación, existe el conflicto que puede presentarse entre las medidas ambientales adoptadas por los Estados y aquellas cláusulas de expropiación que los Estados han incluido en los AII que han negociado. Esto sucede pues en algunos casos los Estados pueden adoptar medidas de expropiación directas, la cual implica la transferencia formal del título de propiedad al Estado o indirectas, que no lo hace, con el ánimo de aplicar una medida ambiental la cual puede ir en detrimento de la propiedad del inversionista extranjero. En ese sentido, la cantidad a pagar en compensación por parte del Estado al inversionista que se ve afectado con una medida dependerá en cada caso concreto del grado de discrecionalidad con el que actúe el tribunal internacional que conozca del caso, toda vez que en algunos casos, quienes han conocido de este tipo de controversias han considerado que a pesar de los propósitos ambientales que se perseguían con una determinada medida ha habido expropiación y es necesario el pago de una compensación, mientras que en otros casos, a pesar de que las medidas regulatorias de los Estados que emanan de su soberanía han afectado de forma adversa los intereses de los inversionistas extranjeros han rechazado la obligatoriedad del pago de una compensación por diferentes razones que se refieren al caso concreto (Viñuales, 2012).

Para que una corte o tribunal internacional decrete que una determinada medida ambiental se considera como expropiación o no es necesario que confluyan diferentes factores, tales como la

disponibilidad de una excepción específica contenida en un AII aplicable al caso, los motivos inherentes a la medida, especialmente lo que respecta a la imperiosa necesidad de aplicar dicha medida a pesar de los efectos adversos que esta puede tener en la propiedad del inversionista extranjero. Este último factor ha sido la principal razón por la cual muchas medidas ambientales no han sido tenidas en cuenta como expropiaciones, pues en muchos casos los inversionistas extranjeros han fallado en establecer que el valor de su inversión se ha visto sustancialmente perjudicado o privado (Viñuales, 2012).

Por todo lo anterior se ha planteado que los Estados deben adoptar estrategias preventivas con el fin de evitar las ya mencionadas incoherencias, para lo cual, los programas de asistencia técnica de diferentes organizaciones internacionales, como la OMC, el FMI y la UNCTAD pueden brindar apoyo, especialmente para aquellos Estados que cuentan con problemas de capacidad, para procurar ordenar su red de AII, impedir que surjan más incoherencias y tratar de resolver aquellas que ya existen. La viabilidad y el éxito de esta estrategia dependerá en gran medida del poder de negociación de cada Estado, lo que implica que, y dado los ya mencionados problemas de capacidad, esta estrategia es poco prometedora o se queda a medias para solucionar todos los problemas mencionados. De igual forma, se ha planteado la modificación de algunos de los mecanismos de solución de controversias que son implementados por los inversionistas y los Estados con la intención de promover la coherencia entre las políticas de inversión de los Estados y la interpretación que se le da al contenido de los diferentes AII, con el fin de mejorar la calidad de los laudos que surjan de las controversias entre inversionistas y Estados (UNCTAD, 2008).

## **2.2. Conflictos que se presentan de cara a la protección internacional de la inversión extranjera y del medio ambiente y los mecanismos para dirimirlos**

Por lo general, los conflictos que suelen surgir entre aquellas normas o medidas encaminadas a la protección del medio ambiente y aquellas normas encaminadas a la protección de la inversión se deben a que existen dos sistemas jurídicos en conflicto, generalmente una norma de Derecho internacional y una medida doméstica a nivel del Estado receptor (Viñuales, 2012). La forma en la cual este tipo de conflictos puede ser alegado por la parte que considera que se está viendo perjudicada, los recursos con los que cuenta la parte que está siendo acusada y la forma en la que estos pueden ser enmarcados por la organización o el tribunal internacional que conozcan de estas controversias serán explicados a continuación.

La potencial dimensión conflictual que existe entre la protección del medio ambiente y la protección de la inversión extranjera llama a una variedad de técnicas jurídicas que ayudan a manejar los conflictos que pueden surgir entre una obligación proveniente del Derecho internacional de las inversiones y otra que surge del Derecho internacional del medio ambiente (conflicto normativo) o entre dos o más normas o medidas que emergen de diferentes sistemas jurídicos, como por ejemplo entre una norma del Derecho internacional de las inversiones y una medida doméstica en materia de protección al medio ambiente (conflicto de validez). La solución para determinar qué norma prevalece sobre otra será determinado caso por caso, a través del uso de las diferentes reglas de conflicto previstas por la doctrina, la jurisprudencia internacional u otro tipo de instrumentos internacionales, como aquellos AII que incluyan capítulos dedicados a la protección del medio ambiente (Viñuales, 2012).

Antes de continuar es preciso mencionar que los mecanismos tradicionales de solución de controversias son esencialmente un ejercicio bilateral en donde los reclamos de una parte son refutados por la parte en contra de la cual reclama el cumplimiento o el incumplimiento de una obligación derivada de un acuerdo internacional, y en algunos casos de un contrato o seguro

especifico que una de las partes involucradas haya celebrado con la otra. Una vez ambas partes presentan sus posiciones estas son escrudiñadas por un tercero imparcial, ajeno a la disputa y quien analizará las peticiones, consideraciones y respuestas que se pongan en su conocimiento para tomar una decisión que suele ser por lo general vinculante y por medio de la que se suele endilgar la responsabilidad a una de las partes por una acción pasada pudiendo proveer o no un remedio positivo (Romano, 2008).

Para que exista un conflicto entre dos normas, independiente del sistema jurídico del cual provengan, ese necesario que una de ellas orden, permita o prohíba una conducta y que la otra norma disponga una conducta diferente, lo cual en algunos casos es difícil de determinar pues las normas en Derecho internacional no suelen ser siempre claras en su formulación. El mismo análisis puede ser hecho respecto de los estándares de protección a la inversión extranjera que son consagrados en los diferentes AII, ya que si bien hay disposiciones que son claras en establecer por ejemplo prohibiciones de llevar a cabo expropiaciones o de exigir requerimientos de desempeño, suelen haber disposiciones que no son lo suficientemente claras, como la aplicación del principio de TN, NMF y el trato justo y equitativo, los cuales de no ser por la contribución que han realizado los diferentes tribunales internacionales que conocen de controversias en materia de inversión para su interpretación aún permanecerían vagos (Viñuales, 2012).

Por lo general, los conflictos que suelen surgir entre aquellas normas o medidas encaminadas a la protección del medio ambiente y aquellas encaminadas a la protección de la inversión extranjera suelen darse entre una norma internacional y una norma o medida interna del Estado receptor respecto del contenido sustancial de estas y como estas enmarcan la solución de controversias (Viñuales, 2012). La forma en la cual este tipo de conflictos puede ser alegado por la parte que considera que se está viendo perjudicada, quien por regla general es el inversionista extranjero, los

recursos con los que cuenta la parte que está siendo acusada para defenderse y la forma en la cual el conflicto puede ser enmarcado por la organización o el tribunal internacional que conozca de estos serán explicadas a continuación.

Los mecanismos para dirimir las controversias que pueden presentarse entre la protección internacional de la inversión y la protección internacional del medio ambiente pueden dividirse en dos: *soft law* y arbitraje internacional. Los primeros abarcan una serie de herramientas que van desde meras recomendaciones hasta técnicas contractuales y mecanismos de determinación de hechos. Algunos de estos mecanismos se asimilan a aquellos sistemas de solución de controversias en los cuales las acciones de una corporación o institución son estudiadas con el fin de determinar si sus acciones se encuentran conformes con los derechos humanos y con los estándares medioambientales que han sido desarrollados por la ONU y la OCDE (Viñuales, 2012).

Algunos de los instrumentos que han sido elaborados por estas organizaciones también pueden ser catalogados como indicadores de gobernabilidad, que corresponden a métodos cuantitativos de monitoreo y evaluación, implementados para medir el rendimiento de un determinado gobierno y de las organizaciones que hacen parte de él o se encuentran dentro de su territorio y cuya pretensión es alcanzar aquellos objetivos que tienen no solo los Estados sino diversas organizaciones internacionales. En este sentido, este tipo de indicadores permiten monitorear el desempeño de los Estados u otras instituciones en aspectos particulares. Estos indicadores de gobernabilidad, al igual que diversos instrumentos de *soft law* no representan normas vinculantes en derecho y su incumplimiento no genera efectos jurídicos en sentido estricto. Sin embargo, funcionan como complementos del Derecho internacional formal, pues se erigen como una herramienta para dar claridad a la evaluación de cumplimiento de las normas internacionales formales (Urueña. 2014)

Los instrumentos que han emanado tanto de la ONU como de la OCDE han funcionado como un marco normativo que busca influenciar el comportamiento de las compañías multinacionales y otros agentes privados y no estatales en múltiples áreas, dentro de las cuales se encuentra el medio ambiente (Viñuales, 2012). Esto demuestra el poder que pueden tener los indicadores de gobernabilidad, así como otros instrumentos de *soft law* para influenciar a aquellos actores que examina para que transformen o adapten sus políticas con el fin de estar mejor calificados (Ureña, 2014). De igual forma, este tipo de instrumentos que han sido elaborados por diversas organizaciones internacionales, ONG y grupos industriales también buscan regular la dimensión ambiental de la inversión extranjera con el objetivo de reconciliar la rentabilidad de una actividad económica con la protección del medio ambiente, tal y como sucede con el Protocolo de Kioto de 1997 o el *Harnessing Freedom of Investment for Green Growth* adoptado en 2011 por la OCDE (Viñuales, 2012).

Dentro de estos instrumentos se pueden mencionar las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y el Pacto Global de la ONU. Las primeras fueron adoptadas en 1976 y cuenta con un capítulo de protección al medio ambiente en el cual se incluyen ocho recomendaciones enfocadas en temas ambientales. Estos lineamientos, contenidos en el capítulo 6 deben ser vistos como una recomendación elaborada por los gobiernos de los Estados miembros de la organización y dirigida a las compañías multinacionales que lleven a cabo o piensen llevar a cabo actividades económicas dentro del territorio de uno de los Estados que haya adherido a ella<sup>1</sup>. En principio se supone que la observancia por parte de las compañías multinacionales de estas

---

<sup>1</sup> En el marco de las disposiciones legales y regulatorias y de las prácticas administrativas de los países en los que ejercen su actividad y considerando los acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales pertinentes, las empresas deberán tomar debidamente en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud, la seguridad pública y, en general, deberán realizar sus actividades de manera que contribuyan al objetivo más amplio de desarrollo sostenible (Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. 2011)

recomendaciones es voluntaria y no legalmente vinculante. Empero, es posible que los estándares allí establecidos puedan estar de igual forma dispuestos en el Derecho doméstico del Estado receptor o en otros compromisos internacionales, caso en el cual su observancia será regulada por la ley pertinente (Viñuales, 2012).

Por su parte, el Pacto Global o Mundial de la ONU es una plataforma política y un marco práctico para aquellas empresas comprometidas con la sostenibilidad y las prácticas empresariales responsables, el cual fue elaborado en julio del año 2000 y se enfoca en cuatro áreas potencialmente afectadas por el ejercicio de diferentes actividades económicas, entre las cuales se encuentra el medio ambiente. Este instrumento, en vez de recomendar la implementación de unos estándares, invita a las compañías multinacionales a que se adhieran a este de forma voluntaria a uno o varios de los principios establecidos en él. Es importante aclarar que las compañías que se adhieran a este no adquieren ninguna obligación, simplemente se espera que llenen unos formularios en los que expresen las acciones que han tomado y que se encuentran alineadas con los principios a los que decidieron adherirse. Dado que es visto como un mecanismo de colaboración, es considerado como un aparato débil de rendición de cuentas (Viñuales, 2012).

De igual forma, dentro de estos mecanismos de *soft law* es importante mencionar los acercamientos contractuales, los cuales van desde alianzas público-privadas hasta la facilidad de créditos con cláusulas ambientales, entre otras. Estos instrumentos pueden ser vistos como parte del aparato regulatorio de un Estado en materia de medio ambiente, mientras que otros los ven como garantías que otorgan los Estados a los inversionistas extranjeros. El contenido de este tipo de instrumentos varía de un caso a otro, por lo cual hay que analizar cuál es el objetivo de cada uno y cuáles son las cláusulas ambientales que las partes han decidido incorporar (Viñuales, 2012).

Además de estos estándares que son considerados como directos, existen otros indirectos que abarcan un amplio grupo de principios e instrumentos públicos que se encuentran encaminados a regular las actividades de los intermediarios financieros y de algunas instituciones financieras, como la Corporación Financiera Internacional (IFC por su sigla en inglés), los cuales operan a través de la elaboración de estándares sociales y ambientales para proveer financiamiento público, privado o institucional a proyectos de infraestructura con significantes implicaciones para el medio ambiente y los cuales deben ser llevados a cabo respetando una serie de estándares ambientales que se encuentran generalmente regulados por el Derecho internacional del medio ambiente. (Viñuales, 2012).

De igual forma, desde comienzos de los años 90, varios mecanismos han sido elaborados para asegurar que diferentes agencias multilaterales de financiamiento como el BM, el FMI o la IFC, y agencias regionales similares cumplan con ciertos estándares sociales y ambientales en el ejercicio de sus actividades. La importancia de estos mecanismos para influir indirectamente en la situación de los inversionistas extranjeros dependerá del tipo de proyecto que se encuentran financiando. En ese sentido, por ejemplo, el Panel de Inspección del BM (Viñuales, 2012), o el del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Asiático para el Desarrollo, autorizan a los individuos o grupos sociales para que cuestionen los proyectos que estas organizaciones se encuentran financiando en violación de sus propias políticas operacionales o procedimientos respecto al diseño, evaluación o implementación del proyecto, como aquellas que requieren evaluaciones o valoraciones ambientales (Romano, 2008).

El segundo tipo de mecanismos abarcan una serie de procedimientos que se enfocan en la responsabilidad de los Estados para que cumplan con sus deberes en concordancia con el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional del medio ambiente. Este tipo de mecanismos

de solución de controversias se encargan de revisar la conducta y los compromisos de los Estados con la protección de los derechos humanos y los estándares ambientales. En materia de derechos humanos, estos mecanismos incluyen diferentes cortes y tribunales regionales que se enfocan en la protección de los mismos pero que no son considerados como órganos de solución de controversias. Por su parte, en diferentes tratados ambientales, si bien brindan la posibilidad de llevar una controversia a instancias judiciales o de arbitraje internacional, tienen un enfoque diferente de cumplimiento en el cual adoptan sanciones ante el cumplimiento de estos acuerdos como última ratio (Viñuales, 2012).

Varias controversias que cuentan con componentes ambientales han sido puestas en conocimiento de diferentes tribunales internacionales, como la CIJ, el ITLOS, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), el Cuerpo de Solución de Controversias de la OMC, diferentes tribunales que se encargan de temas relativos a los Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, lo cual refleja la ya mencionada ausencia de un mecanismo internacional de solución de controversias que pueda darle coherencia al Derecho internacional del medio ambiente, a pesar de haberse intentado en varias oportunidades el establecimiento de un mecanismo general, como la creación de una corte internacional dedicada exclusivamente a temas ambientales, la creación de una sala especial dentro de la CIJ o la adopción por parte de la CPA de un conjunto específico de procedimientos especiales para aquellas disputas que involucren recursos naturales o contengan componentes ambientales. Inclusive se ha hecho un uso muy limitado de aquellos mecanismos de arbitraje internacional establecidos en diferentes acuerdos multilaterales en materia de medio ambiente, ya que muchas de estas cuestiones han sido manejadas por otro tipo de tribunales en disputas más generales. Como regla general, estos tribunales no cuentan con ninguna restricción particular cuando se pone en su conocimiento una

controversia que contiene un componente ambiental, teniendo en cuenta el marco general que regula los poderes de estos órganos. Sin embargo, si existen tribunales más especializados y que están más propensos a conocer este tipo de disputas, dependiendo además de la sinergia que pueda existir entre la protección del medio ambiente y otra materia, como por ejemplo los Derechos Humanos, la liberalización del comercio o la protección de la inversión extranjera (Viñuales, 2012).

La aplicación de un determinado cuerpo normativo a un conflicto específico guarda una relación directa con la jurisdicción y competencia que tienen los tribunales internacionales para conocer de una determinada controversia y resolverla, los cuales están basados en el consentimiento otorgado por las partes en disputa. El cuerpo específico de normas que deberá ser aplicado para dirimir una disputa entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión y la precisa articulación de esas normas dependerá, no solo de la normatividad escogida por las partes o la indicada por otro tipo de disposiciones, sino también de las normas potencialmente aplicables para el campo en el cual se está llevando a cabo la disputa. En efecto, la mayoría de los AII y algunos contratos de inversión celebrados entre los Estados y los inversionistas extranjeros suelen incluir disposiciones en las cuales especifican cual será la ley aplicable para la solución de controversias que respecto a ese acuerdo o contrato se puedan llegar a presentar (Viñuales, 2012).

El campo en el cual se lleva a cabo una disputa impone unos límites de relevancia en la selección de las normas aplicables al caso, toda vez que el hecho de que una disposición contenida en un contrato entre un inversionista extranjero y el Estado receptor o la de una AII dispongan que las normas aplicables al caso serán las del Derecho internacional, no implica que cualquier norma de Derecho internacional será relevante para el caso en concreto. Las cortes y tribunales internacionales cuentan con amplia discreción para determinar cuándo y a qué cuestiones pueden

extender la aplicación de una norma específica de Derecho internacional. Para ello, primero debe definirse a qué campo pertenece una determinada disputa y qué tribunal cuenta con competencia o jurisdicción para conocer de esta, y en segundo lugar habrá que analizar los alegatos de ambas partes con el fin de determinar si las normas que estos alegan que son aplicables para el caso, son efectivamente o no, las relevantes (Viñuales, 2012).

Algunos de los mecanismos de defensa con los que cuentan las partes en disputa a la hora de llevar a cabo su controversia ante un tribunal internacional. Por lo general, son los inversionistas extranjeros y no los Estados quienes acuden ante los tribunales internacionales para tratar de dirimir una controversia que pueda presentarse con el Estado receptor de su inversión. En ese sentido, una vez se realiza el reclamo y se da inicio al procedimiento de solución de controversias, es posible que el Estado acusado, en vez de presentar una contrademanda, inicie un reclamo en contra del inversionista extranjero ante uno de sus tribunales domésticos. Sin embargo, también es posible que el Estado decida realizar una contrademanda con el propósito de que le inversionista desista de su reclamo, o, por el contrario, buscar beneficiarse del régimen internacional que reconoce la obligatoriedad de las decisiones tomadas por parte de un tribunal internacional (Viñuales, 2012).

Es reconocido que los Estados pueden proferir medidas regulatorias que emanan de su poder soberano, las cuales, a pesar de poder afectar de forma adversa los intereses de los inversionistas extranjeros, el perjuicio que resulta de esta por regla general suele no ser compensable. Lo anterior ha sido ratificado por varias decisiones de diferentes tribunales internacionales en varios casos en los cuales se encuentra envuelta una medida regulatoria en materia de medio ambiente de aplicación general, y en donde han considerado que no existe expropiación y por ende no hay lugar a compensación. Sin embargo, no se ha definido si esta interpretación constituye una regla general

o una excepción, lo cual ha llevado a establecer que en cabeza de la parte que alega la expropiación recae una carga de la prueba sumamente fuerte para probar que efectivamente si hubo expropiación y es necesario que se dé el pago de una compensación. Esta interpretación se basa en la consideración de diferentes organismos que conocen de controversias que cuentan con elementos ambientales de que nada en la naturaleza general de las medidas de regulación ambiental van más allá de los poderes de regulación con los que cuentan los Estados. Ello implica que, en estos casos, se les hace difícil a los reclamantes establecer las condiciones para probar que efectivamente hubo expropiación (Viñuales, 2012).

En estos casos el inversionista debería probar que la medida de regulación general proferida por el Estado receptor le ha causado una privación al valor de su inversión y que no hace parte del riesgo inherente a la misma, con el fin de que se invierta la carga de la prueba y sea el Estado receptor quien deba establecer que la medida que ha decidido adoptar se encuentra fundamentada no solo en la imperiosa necesidad de aplicarla a pesar de los efectos que esta pueda haber tenido en la propiedad de los inversionistas extranjeros, sino en alguna excepción, ya sea general o específica, como una emergencia o cláusula de necesidad, contenida en un acuerdo internacional, para llevar a cabo ese cambio en la regulación. Puede darse el caso en que el Estado receptor le haya otorgado a un inversionista extranjero un seguro específico en el cual le garantizaba a el último que una determinada medida regulatoria no iba a ser adoptada. En este último caso, el inversionista podría invocar dicho seguro específico dentro de su reclamación con el fin de que se invirtiese la carga de la prueba y fuera el Estado quien debiese probar la ya mencionada imperiosa necesidad o la excepción general o específica (Viñuales, 2012).

Por último, es importante mencionar que los Estados cuentan con tres argumentos para justificar determinadas medidas de regulación ambientales y que suelen perjudicar a los inversionistas

extranjeros y son las que han llevado al inicio de diversas controversias internacionales, a saber, la *policy powers doctrine*, *the margin of appreciation doctrine* y la doctrina de las cláusulas de emergencia y necesidad. La primera de estas doctrinas tiene como fundamento el deber que tienen los Estados de mantener el orden público a través de la adopción de políticas públicas o actos administrativos en ejercicio de sus poderes soberanos. Esta medida tiene como principal efecto que los perjuicios que se le causan a los inversionistas extranjeros no son considerados como expropiatorios. En caso de existir un seguro específico otorgado por un Estado en favor de un inversionista extranjero el Estado suele ser condenado por el incumplimiento de este, ya sea que estuviese consagrado en un contrato de inversión o en un AII (Viñuales, 2012).

La segunda de estas doctrinas es un estándar de defensa que se les otorga a las autoridades del Estado que profiere la medida regulatoria para que valoren si una determinada situación para la cual se encuentran en mejor posición de brindar su opinión frente al contenido de ciertos requerimientos, especialmente frente a la necesidad de aplicar una restricción o sanción que busca alcanzar con aquella medida que está siendo controvertida. Esta doctrina suele aplicarse en aquellos casos en los cuales un tribunal internacional considera que su rol dentro de la disputa no es juzgar una conclusión científica que está siendo controvertida por el inversionista extranjero sino si el procedimiento a través del cual dichas conclusiones fueron alcanzadas es aceptable o no (Viñuales, 2012).

La tercera y última doctrina tiene unas fuentes legales diferentes para su operación que las últimas dos, pues estas se encuentran consagradas en el Artículo 25 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos<sup>2</sup>. Este tipo de cláusulas pueden ser encontradas en disposiciones específicas

---

<sup>2</sup>Artículo 25. Estado de Necesidad. 1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de este Estado a menos que

de diferentes AII, aunque son muy pocos los acuerdos que lo hacen. Este tipo de cláusulas pueden ser tratadas como mecanismos de defensa con los que cuentan las partes en orden de determinar quién tiene la carga de la prueba dentro del procedimiento, ya que por lo general quien la invoca es quien debe probarla. Si al ser invocadas se logra demostrar que no existe ninguna violación de lo dispuesto en un AII específico, no habrá lugar al pago de ninguna compensación. Sin embargo, se abre la posibilidad de que en los casos previstos en el citado Artículo 25 el Estado sea condenado al pago de una compensación a pesar de que se estuviese dando una circunstancia que requería de su implementación (Viñuales, 2012).

Es claro entonces que actualmente existe mayor preocupación por parte de diversos actores internacionales sobre la necesidad de proteger un conjunto de intereses y valores que conciernen a toda la comunidad internacional, tales como los derechos humanos, el desarrollo económico de los Estados y el medio ambiente, lo cual se ve reflejado en la negociación de nuevos acuerdos que promulgan no solo por la promoción y protección de la inversión extranjera, sino de otro amplio grupo de sectores, buscando integrarlos a todos en un marco más amplio de integración económica, permitiendo que en su negociación participen un grupo diverso de expertos en diferentes materias, lo cual refleja finalmente la relación que existe entre el Derecho internacional de las inversiones y otras ramas del Derecho internacional.

Vale mencionar que la relación entre las diferentes ramas del Derecho internacional en algunos casos puede verse como de soporte, mientras que en otros es claro que se presentan conflictos, toda vez que los acuerdos internacionales en materia de medio ambiente y los AII son una de las

---

ese hecho: (a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y (b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. 2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: (a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o (b) El Estado ha contribuido a que se produzca el Estado de necesidad.

múltiples facetas del universo de acuerdos internacionales, por lo cual es posible que un Estado pueda ser parte de un acuerdo no ambiental que no tenga relación con la promoción y protección de la inversión extranjera y que provea diferentes mecanismos y foros para la solución de controversias y que pueden estar en conflicto con un AII. De igual forma en algunos casos se pueden presentar conflictos pues a veces es difícil determinar, dada la naturaleza compleja de ciertas cuestiones, a que rama del Derecho internacional se debe acudir para la solución de controversias. Sin embargo, a pesar de las posibles tensiones que pueden existir, es claro que en la comunidad internacional se han dado esfuerzos para reconciliarlas y buscar encaminarlas a la consecución de objetivos comunes, tal y como sucedió con el desarrollo sostenible.

Por otra parte, hay que reconocer que en materia ambiental no existe un órgano judicial o cuasi judicial que se dedique de forma única y exclusiva a dirimir controversias ambientales. La excepción parcial podría ser la Cámara para Asuntos Ambientales de la CIJ. Sin embargo, la naturaleza polimórfica de las disputas ambientales hace viable la aplicación de una gran variedad de foros, los cuales son casi imposibles de listar en el presente trabajo, pero entre los que vale resaltar el ITLOS, la CIJ, la OMC y el ECHR, la CIDH, diferentes cuerpos judiciales de organizaciones regionales para la integración económica, diversos tribunales de arbitraje internacional, entre otros (Romano, 2008). En ese sentido es necesario darle también coherencia al Derecho internacional del medio ambiente no solo a través de la codificación de forma sistemática de los acuerdos que existen en esta materia, sino también de un organismo judicial o cuasi judicial que se encargue de darle coherencia a la jurisprudencia que existe en esta materia.

Vale resaltar que cuando un inversionista se encuentra cubierto por un acuerdo específico no está plenamente protegido por lo dispuesto en dicho instrumento, toda vez que el Estado receptor, como se ha logrado exponer hasta este punto, cuenta con la potestad soberana de

modificar sus políticas internas cuando lo desee. En este sentido, es posible que en muchos casos se presenten cambios a las condiciones que inicialmente habían motivado o incentivado a un inversionista extranjero a llevar a cabo su actividad económica dentro del territorio de un determinado Estado. Si bien lo anterior podría ser visto como un riesgo inherente a la actividad de invertir en el territorio de otro Estado del cual no se es nacional, no deja de parecer un abuso de una posición dominante en la que se encuentran los Estados frente a las compañías transnacionales.

De igual forma, dado el alto grado de atomización del sistema de acuerdos internacionales en general, y la fragmentación del Derecho internacional en regímenes especializados, es muy complejo poder sincronizar las diferentes cláusulas dispuestas en los acuerdos ambientales con aquellas dispuestas en otros acuerdos internacionales, como aquellos relativos a la inversión extranjera, lo cual ha generado la necesidad de que terceros ajenos a la controversia deban intervenir para darle no solo claridad al conflicto, sino también para dirimirlo. Esta fragmentación del sistema es solo la punta del iceberg, pues al no haber claridad sobre el asunto en disputa y bajo que normatividad debe ser tratado, se da la posibilidad que analizarse desde diferentes y no coordinados sistemas jurídicos que agraven aún más la situación y que se promuevan diversas decisiones que puedan llegar a ser contrarias entre ellas.

Igualmente, la institucionalización de los procesos internacionales de toma de decisiones, la proliferación de cuerpos judiciales internacionales, la división erosionada que existe entre los diferentes sistemas domésticos y el sistema internacional y la expansión de actores internacionales que pueden ser sujetos del Derecho internacional, son algunas de las características del actual régimen internacional. Esto ratifica que no existe un foro específico en donde los procedimientos de solución de controversias puedan ser dirigidos de forma

homogénea y coherente, por lo cual aún estamos lejos de la existencia de un sistema judicial internacional universal, que se encuentre estructurado y organizado institucionalmente. Este estado en el que se encuentra el sistema internacional hace entonces mucho más complejo manejar el aumento en la demanda de controversias internacionales, lo cual brinda a las partes involucradas en ellas la oportunidad de abusar de este universo de instituciones y procedimientos, a través del ya mencionado *fórum shopping* buscando el foro y el procedimiento que más les convenga a sus intereses (Romano, 2008)

Todo esto demuestra la necesidad de adoptar estrategias preventivas con el ánimo no solo de evitar los problemas de capacidad que permean la negociación de un acuerdo internacional, sino con el fin de darle coherencia al universo de acuerdos internacionales en general, con el apoyo de diferentes actores internacionales para solucionar aquellos problemas de contenido que permean al sistema internacional y de esta forma permitir no solo que los Estados logren cumplir con sus obligaciones y de esta forma alcanzar sus objetivos de desarrollo, sino también de evitar que se siga incrementando el número de controversias internacionales, que si bien han ayudado a darle claridad a varias materias, suelen ser demasiado onerosas y no todos están dispuestos a asumir sus consecuencias.

### 3. Conclusiones

Es posible afirmar que los acuerdos internacionales en general, ya sean AII, ambientales o de derechos humanos, entre otros, son el producto del contexto histórico, económico y social en que son negociados. Ellos reflejan las necesidades que se le presentan a los Estados dentro del proceso de negociación. Este contexto explica la inclusión de una serie de disposiciones que se ven como necesaria su regulación. Al mismo tiempo, estos tratados generan obligaciones no solo para los Estados sino para otros actores internacionales como las organizaciones internacionales, las ONG, las compañías multinacionales, entre otros. Es por este motivo que se presentan cambios sustanciales tanto en la protección como en la promoción de la inversión extranjera. Esto se evidencia en la discusión sobre la aplicación de la Regla Hull, la vigencia de la Doctrina Calvo, el establecimiento de un NOEI, hasta la creación y proliferación de TBI y en los diversos intentos que se han dado por establecer un marco general multilateral que regule esta materia.

Por su parte, el continuo desarrollo que se ha dado de los diferentes mecanismos de solución de controversias, permite consolidar el arbitraje internacional como un instrumento propio de la adjudicación jurídico internacional. En ese sentido, al otorgársele la posibilidad al inversionista afectado de acudir directamente a este mecanismo de solución de controversias, permite que se amplíe el rango de asuntos que pueden ponerse en conocimiento del arbitraje.

De igual forma, el reconocimiento de la exigibilidad de los laudos arbitrales permite no solo el desarrollo de diferentes ramas del Derecho internacional, sino que ha logrado que se resuelvan los conflictos entre regímenes especializados. De esta forma los laudos, han logrado

proteger a los inversores de los abusos de las potestades soberanas con las que cuentan los Estados para regular ciertas materias y que tienen un impacto negativo en sus derechos. Sin embargo, también es cierto que la cantidad de laudos arbitrales internacionales de inversiones desencadenan un problema de coherencia en la denominada jurisprudencia arbitral. Pues, es posible que dos o más tribunales conozcan de asuntos similares y profieran decisiones totalmente contrarias, lo cual permite que muchas de las diferencias entre los distintos regímenes internacionales que se han logrado disminuir se puedan ampliar o inclusive desencadenar en nuevas disconformidades.

Es necesario reconocer entonces la relación que existe entre el Derecho internacional de las inversiones con otras ramas del Derecho internacional pues actualmente y dada la evolución histórica de los AII es posible encontrar en diversos acuerdos cláusulas que se refieren a otras materias, lo que podría dar a entender que las diferentes ramas del Derecho internacional no son subsidiarias sino complementarias entre ellas. Vale aclarar que algunas ramas del Derecho internacional han sido más trabajadas y se encuentran mejor estructuradas que otras, pues algunas de estas cuentan con instrumentos multilaterales o generales que las regulen toda vez que la mayoría de los Estados han logrado ponerse de acuerdo en que los intereses que están de por medio son de interés general y necesitan de la participación de la gran mayoría de ellos para su regulación y protección, lo que ha llevado a que se pongan de acuerdo tanto en sus derechos como en sus obligaciones de cara a la protección de los mismos.

Igualmente, muchos de estos regímenes cuentan con un órgano judicial o cuasi judicial que se encarga de tratar los asuntos relativos a su objeto, lo cual permite darle mayor coherencia a la jurisprudencia en esas materias. Por ejemplo, en materia de comercio de bienes y servicios, el panel apelaciones del mecanismo de solución de controversias de la OMC. Además, en esta

materia hubo consenso para la creación de una organización internacional que se encargara de regular y supervisar el cumplimiento de los compromisos de los acuerdos de Marrakesh.

Por su parte, en la inversión extranjera los Estados se encuentran en una constante competencia por atraer flujos de capital hacia sus territorios y están dispuestos a lograrlo a través de la reducción de los estándares de protección a ciertas materias aún en detrimento de bienes jurídicos que son de suma importancia para su población (*race to the bottom*), como lo es el medio ambiente. De igual forma, desde comienzos del siglo pasado há existido falta de consenso entre los Estados sobre cuáles son los estándares mínimos de protección a ciertos bienes jurídicos, lo cual ha llevado no solo al fracaso en la negociación de un acuerdo multilateral, sino al fracaso en el establecimiento de una organización internacional que se encargue de regular y de supervisar los compromisos que los Estados adquieran con la suscripción de AII.

En este sentido, es posible concluir que en materia de protección a la inversión extranjera existe un rezago frente a otras áreas del Derecho internacional, toda vez que esta materia se encuentra atomizada en diferentes acuerdos que en su mayoría carecen de coherencia entre ellos y que generan un riesgo de superposición entre sí. De igual forma, dado los intereses contrapuestos que existen en ciertos aspectos entre los diferentes Estados sobre el trato que debe dársele a los inversionistas extranjeros y las potestades y límites de los Estados en la regulación de esta materia y la oposición que han representado diversos actores internacionales a la negociación de un instrumento multilateral que regule esta materia, no ha sido posible lograr el consenso necesario para salir de este rezago.

Lo anterior permitiría afirmar que en la inversión extranjera existe la necesidad de un acuerdo general en el que se permita la participación de diferentes actores internacionales. En

este acuerdo, se deben ofrecer niveles de protección suficientes a los inversionistas y al mismo tiempo regular derechos que son considerados de interés general. A su vez, este acuerdo general deberá ser coherente con otros generales de otras materias, como medio ambiente o Derechos Humanos; de tal forma que sirva de complemento a la protección de otros derechos que son considerados como universales.

Con esto no quiero decir que los TBI sean insuficientes o erróneos para regular la inversión extranjera, ni mucho menos desmeritar los logros que en materia de Derecho internacional de las inversiones se han logrado alcanzar con ellos. Considero que el mayor problema que representan actualmente los TBI es que dada su acelerada proliferación y que muchos Estados al momento de su negociación no tuvieron en cuenta la relación que un acuerdo podría tener con sus políticas internas y con los otros acuerdos que hacen parte de su red de tratados internacionales, muchos de los Estados suscriptores no se encuentran en capacidad de cumplir con todas las obligaciones que han adquirido, presentándose entonces la posibilidad de que cumpliendo con todas ellas puedan incurrir en incoherencias que aumenten los riesgos de controversias internacionales. Adicionalmente, en la negociación de diversos TBI, los Estados suscriptores han decidido excluir la posibilidad de que los inversionistas extranjeros puedan acudir ante un tribunal de arbitraje internacional para que conozca aquellas controversias que en materia de medio ambiente puedan estarse presentando, lo cual podría considerarse como un elemento que ayude a que se incremente la brecha que existe entre el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional del medio ambiente.

En ese sentido, los Estados, como sujetos soberanos y quienes en el uso de sus potestades soberanas son quienes deciden negociar y suscribir un determinado acuerdo internacional y basados en lo que se establezca en este tipo de instrumentos expiden una serie de medidas

regulatorias frente a determinada materia a nivel interno, deben ser conscientes que con la suscripción a veces desmesurada de tratados, están generando una serie de incoherencias entre los diferentes regímenes especializados de Derecho internacional. En ese sentido, son los Estados quienes deben buscar la forma en la cual los diferentes regímenes especializados, y para el caso de estudio el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional del medio ambiente sean coherentes y no excluyentes o contradictorios entre ellos.

Para esto, en primer lugar, deberán buscar corregir aquellas incoherencias que existen en sus políticas internas, como por ejemplo leyes, decretos, ordenanzas o sus similares, y de esta forma ir escalando hasta encontrar y subsanar aquellas contradicciones que puedan existir entre su red de tratados internacionales. La renegociación o la terminación de aquellos acuerdos que sean incoherentes entre ellos, pues el cumplimiento de obligaciones que son contradictorias entre ellas puede representar un riesgo de controversias internacionales que en muchos casos los Estados no quieren o no están en capacidad de afrontar, debe llevarse a cabo una vez analizados los costos y posibles efectos que puedan generar estas acciones. De esta forma, sería posible pensar que existiendo coherencia dentro de las políticas internas de los Estados y dentro de su red de tratados internacionales, estos puedan buscar, usando sus potestades soberanas, no solo la negociación de un acuerdo general en cada materia que compone el Derecho internacional que pueda ser coherente con los demás, sino también buscar la creación de un tribunal internacional general, que tenga una sala o cámara especializada en cada área del Derecho internacional, de forma tal que pueda lograr darle coherencia a la jurisprudencia.

En este sentido, un acuerdo multilateral en materia de inversión podría llegar a darle mayor coherencia al sistema internacional de inversión extranjera siempre y cuando exista un compromiso por parte de los diferentes Estados que actualmente hacen parte de este, dándole

en primer lugar coherencia a sus políticas internas y a su red de acuerdos internacionales antes de involucrarse en la negociación de este nuevo instrumento internacional. Dentro de este acuerdo multilateral los Estados que participen en su negociación y posterior suscripción deben tener en cuenta no solo aspectos relativos a la inversión extranjera, sino a otras materias de Derecho internacional, como los derechos humanos, los estándares laborales, el derecho del mar o el medio ambiente, entre otras, con el fin no solo de evitar cometer los mismos errores que llevaron a que la negociación de un acuerdo similar fracasara en el pasado, sino de tener en cuenta que el Derecho internacional de las inversiones se relaciona con otros regímenes especializados del Derecho internacional y que se debe evitar en la medida de lo posible seguir acentuando las incoherencias que actualmente muchos TBI y acuerdos regionales tienen con estos.

De igual forma, junto con la negociación de un acuerdo multilateral en materia de inversión, se hace necesario establecer un tribunal internacional para temas de inversión. Este tribunal permitirá no solo unificar los mecanismos y procedimientos de solución de controversias a los que actualmente pueden acudir los inversionistas extranjeros, sino darle coherencia a la jurisprudencia. Esto debe ir acompañado ya sea por la renegociación de los acuerdos vigentes, o como última opción se comiencen a dar por terminado, pues si estos permanecen vigentes al momento de negociarse y suscribirse un acuerdo general que regule la materia me parecer probable que la complejidad del actual sistema de AII no solo persista, sino que se incremente. Otra opción consiste en modificar los procedimientos actuales de solución de controversias con el fin de lograr no solo mayor transparencia y previsibilidad en las decisiones que se tomen, sino en permitir que sean más accesibles para los diferentes actores internacionales que acuden a estos y que en muchas ocasiones no cuentan con los recursos necesarios para acceder a ellos.

Para lograr lo anterior sería necesario que los Estados que participen en la negociación del acuerdo general y en la creación de una corte internacional tenga en cuenta los diferentes instrumentos de *soft law* que en materia de inversión extranjera y solución de controversias se han proferido pues estos son herramientas, si bien no vinculantes, que permiten establecer el estado actual del Derecho Internacional y servirían como guías para establecer el camino a seguir en las negociaciones. Esto por cuanto este tipo de instrumentos pueden ofrecer una alternativa a la creación de normas internacionales formales, pues tienen la potestad de influir sobre los Estados para que adapten o transformen sus políticas con el fin de estar mejor calificados y ser más atractivos para los inversionistas extranjeros. Vale resaltar que estos instrumentos sirven como guías para la interacción entre los diferentes regímenes especializados del Derecho internacional, pues la efectividad de las medidas tomadas desde uno de estos regímenes especializados, ya sea del Derecho internacional de las inversiones o del Derecho internacional del medio ambiente, dependerá no solo de las características internas de cada uno de estos, sino de la forma en la cual interactúan entre ellos, de tal forma que pueda llegar a alcanzarse un punto de equilibrio, tal y como ocurrió con el concepto de desarrollo sostenible. Además, se debe tener en cuenta la capacidad con la que cuentan todos los posibles actores internacionales que participen en su negociación. Esto con el fin de que no se le imponga a aquellos actores que cuentan con falencias en términos económicos, de poder de negociación y de conocimiento técnico unas obligaciones que sean demasiado onerosas y complejas de cumplir por su parte.

Para lograr todo lo anterior se hace necesario determinar desde el marco de cuál organización internacional se debería negociar el acuerdo multilateral en materia de inversión. Al no ser todos los Estados son miembros de la OCDE, como sucedió con el AMI, muchos no estarían

dispuestos a adherirse a un acuerdo en el cual no participaron en su negociación o si lo hacen podrían hacerlo con demasiadas reservas, lo cual podría ser contraproducente. Considero que este intento por negociar un acuerdo multilateral en materia de inversión extranjera podría intentarse desde el marco de la UNCTAD, pues esta cuenta con experiencia y conocimiento en esta materia, además que la mayoría de los Estados son miembros de la ONU, lo cual podría facilitar la convocatoria a su negociación, aunque queda el interrogante de cuantos Estados efectivamente decidan suscribir el acuerdo. La otra opción sería el establecimiento de una nueva organización internacional que se especialice en esta materia. El problema de crear una nueva organización recae no solo en determinar que Estados están dispuestos a participar en su creación, sino en aportar el capital necesario para su funcionamiento, pues si muchos cuentan con problemas de capacidad para negociar un TBI sería sensato concluir que les sería aún más difícil aportar el capital para la creación y funcionamiento de una institución internacional.

Considero entonces que la negociación en estos momentos de un acuerdo multilateral en materia de inversión extranjera que pueda darle coherencia al sistema y logre simplificar el proceso de negociación para que otros Estados se adhieran puede llegar a presentar los mismos problemas que llevaron a que se suspendieran en su momento las negociaciones del AMI. De igual forma, llegado el caso en que efectivamente se negoció un solo acuerdo multilateral que regulé la protección y promoción a la inversión extranjera de forma coherente me surgen varias preguntas: ¿qué va a pasar con los TBI que se han suscrito? ¿Habrá que terminar los TBI ya suscritos o dejarlos finalizar hasta la fecha estipulada de duración en el acuerdo? ¿Qué va a pasar con las inversiones que se encuentran cobijadas por estos? ¿Qué mecanismos de solución de controversias se deberán aplicar a las disputas que surjan bajo este nuevo acuerdo? ¿Cómo se va a regular la relación del Derecho internacional de las inversiones con las demás ramas del

Derecho internacional? Esto me permite concluir que la negociación de un acuerdo multilateral en materia de inversión extranjera, si bien puede ser necesario para darle coherencia al actual sistema internacional de inversión extranjera que permita dirimir las controversias que existe entre el Derecho internacional de las inversiones y otras ramas especializadas del Derecho internacional, si no se solucionan los problemas de capacidad y contenido que existen actualmente en el universo de acuerdos internacional de inversión, solo profundizaría estos problemas, especialmente los de coherencia, creando de igual forma una relación aún más compleja con las demás ramas del Derecho internacional.

## Referencias

- Alvarez, J. (2011). *The public international law regimen governing international investment* (1st. ed.). Maubeuge: Hague Academy of International Law.
- Amarashinha, S & Kokott, J. (2008). *Multilateral investment rules revisited*. Oxford: Oxford University Press.
- Bodansky, D & Lawrence, J. (2008). Trade and environment. En Bethlemen D., McRae D., Neufeld R. & Van Damme, I., *The Oxford handbook of international trade law*. (505-538). Oxford: Oxford University Press.
- Boyle, A. (2008). Relationship between international environmental law and other branches of international law. En Bodansky D., Brunne J. & Hey, E., *The Oxford handbook of international environmental law* (125-146). Oxford: Oxford University Press.
- Castillo Meneses, Y. (2015). *El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero: Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales* (1era ed.). Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.
- Gehring, M & Newcombe, A. (2010). An introduction to sustainable development in world investment law. En Cordonier Segger, M., Gehring, M. & Newcombe, A. *Sustainable development in world investment law* (3-11). The Netherlands: Kluwer Law International.

- Granato, L & Oddone, C. (2007). Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis? *Revista Universidad Eafit*. 43(138), 25-41.
- Guzmán, A. (1997). Why LDCs sign treaties that hurt them: Explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law* 38 (639), 640-688.
- Newcombe, A & Paradell, L. (2009). *Law and practice of investment treaties*. Austin: Wolters Kluwer Law & Business.
- Romano, C. (2008). International dispute settlement. En Bodansky, D., Brunne, J. & Hey, E., *The Oxford handbook of international environmental law* (1036-1056). Oxford: Oxford University Press.
- Schill, S. (2009). *The multilateralization of international investment law* (1ra ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Sistema de Información sobre Comercio Exterior. Declaración Ministerial de Punta del Este (1986). Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Recuperado de [http://www.sice.oas.org/trade/Punta\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/trade/Punta_s.asp)
- Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment* (3ra ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Urueña, R. (2014) Indicadores, derecho internacional y el surgimiento de nuevos espacios de participación política en gobernanza global. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 25: 543-584

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2008). *Regulación internacional de la inversión: Balance, retos y camino a seguir*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2015). *World investment report: Reforming international investment governance*.

Vandevelde, K (2005). A brief history of international investment agreements. *U.C. Davis Journal of International Law & Policy* 12 (157) 1-16

Van Harten, G. (2007). *Investment treaty arbitration and public law* (1st ed.). Oxford: Oxford University Press.

Viñuales, J. (2012). *Foreign investment and the environment in international Law* (1st ed.). Cambridge: Cambridge University Press.