



Asamblea General

Distr. general
13 de julio de 2023
Español
Original: inglés

Septuagésimo octavo período de sesiones

Tema 73 b) del programa

**Promoción y protección de los derechos humanos:
situaciones de los derechos humanos e informes de
relatores y representantes especiales**

Pagar a los contaminadores: las catastróficas consecuencias de la solución de controversias entre inversionistas y Estados para la acción climática y ambiental y los derechos humanos

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, David R. Boyd, presentado de conformidad con la resolución [46/7](#) del Consejo de Derechos Humanos.

* [A/78/150](#)

23-13706 (S) 250823 250823



Se ruega reciclar



Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, David R. Boyd

Pagar a los contaminadores: las catastróficas consecuencias de la solución de controversias entre inversionistas y Estados para la acción climática y ambiental y los derechos humanos

Resumen

En el presente informe, el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, David R. Boyd, expone las convincentes pruebas de que un proceso secretista de arbitraje internacional denominado solución de controversias entre inversionistas y Estados se ha convertido en un serio obstáculo a la adopción de las urgentes medidas necesarias para responder a las crisis climática y de los derechos humanos a que se enfrenta el planeta. Hay inversionistas extranjeros que utilizan el proceso de solución de controversias para reclamar indemnizaciones exorbitantes a los Estados que amplían la protección del medio ambiente, y las compañías mineras y del sector de los combustibles fósiles ya han obtenido más de 100.000 millones de dólares en indemnizaciones en virtud de laudos. Esos casos provocan un “enfriamiento normativo”. El Relator Especial señala medidas concretas que los Estados tienen que adoptar para evitar futuras demandas en el marco del proceso de solución de controversias entre inversionistas y Estados y poder cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos.

I. Introducción

1. En un momento en que es imprescindible que los Estados intensifiquen la acción climática y ambiental con medidas más ambiciosas para evitar una catástrofe planetaria y cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, ha surgido un obstáculo colosal. Los inversionistas extranjeros han convertido en arma un proceso de arbitraje internacional, caracterizado por el secretismo, que se conoce como solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) y que está previsto en miles de acuerdos internacionales de inversión (AII), la mayoría de ellos tratados bilaterales de inversión. Las demandas en el marco del proceso de SCIE se utilizan para impugnar medidas climáticas y ambientales adoptadas por los Estados y exigir miles de millones de dólares en indemnizaciones. El desenlace de estos casos no lo deciden jueces independientes, sino abogados especializados en arbitraje, muchos de los cuales trabajan para bufetes que representan a inversionistas. Este proceso injusto, antidemocrático y disfuncional ha desencadenado una crisis de legitimidad en el régimen internacional de inversiones.

2. Entre las medidas públicas que están más expuestas a la amenaza de demandas en virtud del proceso de SCIE figuran las que se adopten para aprobar, reforzar y aplicar leyes, reglamentos, normas y políticas climáticas y ambientales. Por ejemplo, se han solicitado arbitrajes por la denegación de permisos de prospección de petróleo y gas, la eliminación progresiva de centrales eléctricas de carbón, la denegación de permisos para grandes explotaciones mineras, la prohibición de operaciones de fracturación hidráulica y el refuerzo de la legislación para proteger el abastecimiento de agua. El número de casos de SCIE conocidos en que se han impugnado medidas adoptadas por los Estados para proteger el medio ambiente se ha disparado: de 12 antes de 2000 pasó a 37 entre 2000 y 2010 y se situó en 126 en el período comprendido entre 2011 y 2021¹.

3. Los casos de SCIE no se dirimen en los tribunales nacionales, sino a través de un arbitraje internacional entre el inversionista extranjero y el Estado en el que se realizaron las inversiones. Si se determina que un Estado ha incumplido las obligaciones de un tratado de inversión, los tribunales de arbitraje tienen potestad para conceder indemnizaciones muy cuantiosas. La proliferación de demandas de SCIE que se observado en los últimos años y la amenaza de interponerlas han sido impulsadas por grandes empresas de combustibles fósiles, mineras y de otras industrias extractivas. El resultado es que los Estados se ven obligados a pagar indemnizaciones exorbitantes por daños y perjuicios, se conceden permisos para actividades que destruyen el medio ambiente y se revocan normas esenciales para hacer frente al cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la contaminación.

4. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) informa de que se han presentado más de 127 demandas de SCIE en que la reclamación por daños y perjuicios ascendía a 1.000 millones de dólares o más². Las demandas multimillonarias de SCIE se están convirtiendo en algo habitual en controversias relacionadas con el clima y el medio ambiente, lo que representa una mina de oro para los inversionistas extranjeros y una pesadilla económica para los Estados de ingreso medianos y bajos. Entre los ejemplos de demandas de SCIE e indemnizaciones concedidas en laudos figuran los siguientes:

¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action”, nota temática sobre AII, núm. 4, septiembre de 2022.

² UNCTAD, navegador de soluciones de controversias sobre inversiones (véase <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>).

a) Zeph Investments, con sede en Singapur, presentó una demanda en la que reclamaba a Australia 200.000 millones de dólares porque el Gobierno se negó a aprobar un proyecto de explotación minera³;

b) Tres empresas mineras australianas pretenden obtener del Congo una indemnización de 37.000 millones de dólares, lo que equivaldría al tripe del producto interno bruto del Estado en 2021, que fue de 13.300 millones de dólares⁴;

c) Una demanda de 20.000 millones de dólares presentada por Ruby River Capital, con sede en los Estados Unidos, contra el Canadá por negarse a aprobar un proyecto de gas natural licuado (pide una indemnización de 167 dólares por cada dólar invertido)⁵;

d) Una demanda de 15.000 millones de dólares interpuesta por TransCanada Energy contra los Estados Unidos por negarse a aprobar la construcción de un oleoducto⁶;

e) Un laudo por el que se obliga a Nigeria a pagar 6.000 millones de dólares en relación con un proyecto de construcción de una planta de procesamiento de gas natural⁷;

f) Una demanda de 3.500 millones de dólares contra México por un proyecto relativo a una mina submarina de fosfatos⁸;

g) Una demanda por una cuantía no revelada de Glencore contra Colombia, relacionada con un conflicto entre la expansión de una de las mayores minas de carbón del mundo y la protección de un río vital para los Pueblos Indígenas⁹.

5. La industria de los combustibles fósiles es extremadamente litigiosa, lo que la ha llevado a presentar demandas de SCIE en las que se afirma que las medidas gubernamentales destinadas a abordar la crisis climática han reducido el valor de sus inversiones. Estos casos tienen un alto costo para los Estados. En promedio, la cuantía de las reclamaciones en arbitrajes relacionados con los combustibles fósiles asciende a 1.400 millones de dólares, el doble que en los arbitrajes sobre otros temas¹⁰. En la fase de examen del fondo de la cuestión, los inversionistas en combustibles fósiles ganan el 72 % de los casos, lo que hasta la fecha ha supuesto para los Gobiernos el

³ Véanse la carta de los abogados de Zeph Investments dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores de Australia, que puede consultarse en www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170014.pdf; y Rory Cross, “What you need to know about Clive Palmer’s \$300bn lawsuit against Australia”, University of New South Wales Newsroom, 6 de abril de 2023, que puede consultarse en <https://newsroom.unsw.edu.au/news/business-law/what-you-need-know-about-clive-palmers-300bn-lawsuit-against-australia>.

⁴ Australian Fair Trade and Investment Network Ltd., “Australian mining companies launch claims for over US\$35 billion against Republic of Congo”, 21 de junio de 2021, que puede consultarse en <http://aftinet.org.au/cms/node/2027>.

⁵ *Ruby River Capital LLC v. Canada*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), caso núm. ARB/23/5. Para obtener más información sobre el caso, véase www.italaw.com/cases/10270.

⁶ *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines v. United States of America*, CIADI, caso núm. ARB/21/63. Para obtener más información sobre el caso, véase www.italaw.com/cases/9339. Véase también Pete Evans, “Keystone XL owner TC Energy seeking \$15B from US for costs of cancelling pipeline”, CBC News, 23 de noviembre de 2021.

⁷ William Clowes, “Nigeria cries foul again over gas company’s \$11 billion award”, Bloomberg, 3 de noviembre de 2022.

⁸ *Odyssey Marine Exploration v. United Mexican States*, CIADI, caso núm. UNCT/20/1. Para obtener más información sobre el caso, véase www.italaw.com/cases/7261.

⁹ *Glencore International A.G. v. Republic of Colombia*, CIADI, caso núm. ARB/21/30. Para obtener más información sobre el caso, véase www.italaw.com/cases/9760.

¹⁰ Lea Di Salvatore, *Investor-State Disputes in the Fossil Fuel Industry* (Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2002) págs. 17 a 19.

desembolso de más de 77.000 millones de dólares en concepto de indemnizaciones¹¹. La cuantía de las indemnizaciones concedidas en los laudos arbitrales publicados que guardan relación con los combustibles fósiles es de 600 millones de dólares en promedio, cinco veces más que las concedidas en laudos relacionados con combustibles no fósiles¹². En el cálculo de esa cifra no se tiene en cuenta la mayor indemnización concedida en la historia del arbitraje sobre inversiones: 40.000 millones de dólares en un arbitraje relativo a inversiones en combustibles fósiles en la Federación de Rusia¹³.

6. Los Gobiernos que cumplan los compromisos contraídos en virtud del Acuerdo de París sobre el cambio climático podrían tener que pagar a compañías petroleras y de gas 340.000 millones de dólares en futuros casos de SCIE, lo que claramente desincentiva una acción climática ambiciosa¹⁴. El aumento de las demandas de SCIE relacionadas con los combustibles fósiles no podría llegar en peor momento. La humanidad ha llegado al punto de “ahora o nunca” para alcanzar el objetivo del Acuerdo de París de limitar el calentamiento global a 1,5 °C, una meta que exige reducir las emisiones de CO₂ un 45 % para 2030 y alcanzar el objetivo de cero emisiones netas 2050, lo que es incompatible con nuevas explotaciones de carbón, petróleo y gas¹⁵. Hay que actuar de inmediato para acelerar la transformación del sistema energético mundial¹⁶.

7. Al frenar, debilitar y, en algunos casos, revertir las acciones climáticas y ambientales, las demandas de SCIE tienen consecuencias devastadoras para un amplio abanico de derechos humanos, agravando los daños desproporcionados que sufren las poblaciones vulnerables y marginadas. Sin embargo, en los acuerdos internacionales de inversión y comercio rara vez se incluyen disposiciones efectivas para proteger el medio ambiente y se pasan por alto las obligaciones en materia de derechos humanos. Ni uno solo de los miles de acuerdos internacionales de inversión vigentes menciona el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Los tribunales de arbitraje de SCIE suelen dar prioridad a la inversión extranjera y a los intereses empresariales sobre las consideraciones ambientales y las relativas a los derechos humanos.

8. El sistema de SCIE tiene consecuencias especialmente devastadoras para el Sur Global, ya que perpetúa el extractivismo y el colonialismo económico. La inmensa mayoría de las demandas de SCIE relativas a los combustibles fósiles y la minería son presentadas por inversionistas del Norte Global contra Estados del Sur Global¹⁷. De hecho, la mayoría de las demandas en el marco de SCIE sobre combustibles fósiles y minería presentadas entre 1995 y 2021 fueron interpuestas por inversionistas de solo cinco Estados (Australia, Canadá, Estados Unidos, Reino de los Países Bajos y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)¹⁸. Los Estados de América Latina han sido objeto de 327 demandas de SCIE, muchas de ellas (cada vez más) interpuestas por empresas de industrias extractivas, especialmente la minería, el

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. the Russian Federation*, Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2005-03/AA226. Para obtener más información sobre el caso, véase www.italaw.com/cases/544.

¹⁴ Kyla Tienhaara *et al.*, “Investor-state disputes threaten the global green energy transition”, *Science*, vol. 376, núm. 6594 (mayo de 2022).

¹⁵ Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Sexto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, 2023.

¹⁶ Agencia Internacional de la Energía, *Net-Zero by 2050: a Roadmap for the Global Energy Sector*, 2021.

¹⁷ UNCTAD, “Treaty-based ISDS cases and climate action”.

¹⁸ Manuel Pérez-Rocha, “Missing from the climate talks: corporate powers to sue Governments that limit pollution”, *Foreign Policy in Focus* (Institute for Policy Studies, noviembre de 2021).

petróleo y el gas. El 62 % de los casos se saldó en favor de los inversionistas, que percibieron indemnizaciones por daños y perjuicios o se beneficiaron de acuerdos negociados por valor de más de 33.000 millones de dólares¹⁹. Los procesos SCIE también se utilizan cada vez más para hacer cumplir pagos de deuda, lo que obliga a los Estados a priorizar los reembolsos a expensas de la financiación de servicios públicos, la lucha contra la crisis climática, la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos (véase [A/72/153](#)).

9. El interés del Relator Especial por este tema surgió a raíz de la revelación, durante su visita a Eslovenia en 2022, de que una empresa británica había demandado al Estado, al que reclamaba una indemnización de 500 millones de euros por negarse a permitir operaciones de fracturación hidráulica para la extracción de gas (véase [A/HRC/52/33/Add.2](#)). En abril de 2023 se realizó una solicitud de contribuciones, en respuesta a la cual se recibieron 20 propuestas, formuladas por Alemania, Chequia, El Salvador, Eslovaquia, España, Francia, Italia, Polonia, la República Dominicana, Suiza y la Unión Europea, así como por representantes del mundo académico y de la sociedad civil. En junio de 2023, el Relator Especial organizó conjuntamente con el Columbia Center on Sustainable Investment un taller de expertos en el que se expusieron las perspectivas de numerosas autoridades del ámbito del derecho internacional en materia de inversiones.

II. Los defectos fundamentales del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

10. La SCIE se estableció en la década de 1960 para proteger a los inversionistas, entonces radicados en las potencias coloniales, de la posibilidad de que Estados de reciente independencia expropiaran los activos de aquellos sin indemnizarlos. Los ejecutivos de las compañías petroleras y sus abogados tuvieron una gran influencia en el desarrollo del sistema de SCIE²⁰. Permitir que inversionistas extranjeros demandaran directamente a los Estados por conducto del arbitraje internacional supuso una extraordinaria e injustificada cesión de soberanía a las empresas transnacionales. La supuesta justificación era que el estado de derecho era débil o poco fiable en estos Estados, cuyos sistemas jurídicos carecían supuestamente de competencia o independencia. Sin embargo, en la actualidad la mayoría de los casos de SCIE se impugnan políticas públicas legítimas promulgadas por Gobiernos democráticos en Estados que cuentan con poderes judiciales independientes. Pocas demandas de SCIE tienen que ver con reclamaciones sobre expropiaciones directas. La inmensa mayoría de las demandas se refieren a la adopción de normas o de medidas relacionadas con la concesión de permisos por los Estados, y son estratégicamente planteadas por los inversionistas extranjeros como actos de “expropiación indirecta” o muestras de trato injusto. Otras reclamaciones posibles son el menoscabo de las “expectativas legítimas” de estabilidad normativa del inversionista o la introducción de alguna medida “desproporcionada” con respecto a un objetivo de política legítimo. Los inversionistas y los tribunales han interpretado erróneamente que las expectativas legítimas impiden a los Estados tomar medidas para hacer frente al cambio climático, a pesar de que esas medidas son necesarias y previsibles desde hace décadas.

11. Entre las muchas preocupaciones expresadas por los Estados y los críticos se encuentran la incompatibilidad del sistema de SCIE con el derecho internacional de

¹⁹ Véase <https://isds-americalatina.org>.

²⁰ Nicolás M. Perrone, *Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules* (Oxford, Oxford University Press, 2021).

los derechos humanos, la concesión de indemnizaciones abrumadoras por daños y perjuicios, el secretismo, la ausencia de participación pública, las restricciones a la facultad de los Estados para regular, la parcialidad del sistema, las decisiones incoherentes de tribunales arbitrales, los elevados costos de defensa en demandas de arbitraje y la existencia de conflictos de intereses de algunos árbitros o su aparente sesgo a favor de los inversionistas (véase [A/76/238](#)). Tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como el Parlamento Europeo han advertido de las graves consecuencias del sistema de SCIE para los derechos humanos, la democracia, la soberanía nacional, las políticas climáticas y la transición justa²¹. El premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz describió las demandas de SCIE como “terrorismo de litigación”²².

A. Parcialidad e incompatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos

12. Existe una tensión fundamental entre el sistema de SCIE y los derechos humanos. Los AII son asimétricos, o parciales, ya que reconocen derechos jurídicamente exigibles para los inversionistas extranjeros, a los que, por otra parte, no se les exige ninguna responsabilidad. Se da prioridad a los intereses de los inversionistas extranjeros de élite sobre los inversionistas nacionales, el Estado, los derechos humanos, un medio ambiente saludable, lo que incluye un clima sin riesgos, y las comunidades locales que se ven afectadas por proyectos en curso y otros propuestos. Los inversionistas extranjeros gozan de un acceso preferente a la justicia porque pueden interponer demandas SCIE contra los Gobiernos, pero ni los Gobiernos ni las comunidades e individuos perjudicados pueden demandar a inversionistas extranjeros (aunque los Estados pueden presentar reconveniones en circunstancias muy específicas). Los inversionistas extranjeros intervienen ayudando en el proceso de selección del tribunal que juzgará su caso. La participación de titulares de derechos en los casos de arbitraje, si se produce, se limita a la función de *amicus curiae* (amigos del tribunal), pero queda a discreción del tribunal y no admite recurso. Además, los titulares de derechos no pueden solicitar reparación por esta vía. A diferencia de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, los inversionistas extranjeros no están obligados a agotar los recursos internos antes de presentar una demanda de SCIE. Estos privilegios discriminatorios y desproporcionados, calificados por algunas voces críticas como “burbujas de justicia para los privilegiados”, son incompatibles con los principios fundamentales de derechos humanos de igualdad y no discriminación²³.

13. Según el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, los acuerdos internacionales de inversión, especialmente los tratados de vieja generación que representan la mayoría de los acuerdos vigentes, no solo encarnan el desequilibrio y la incoherencia, sino que además incentivan la irresponsabilidad de los inversionistas. ([A/76/238](#), párr. 74). En promedio, la cuantía de las reclamaciones por daños y perjuicios en el marco del

²¹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 2151 (2017), “Human rights compatibility of investor-State arbitration in international investment protection agreements”; y propuesta de resolución del Parlamento Europeo sobre el futuro de la política de la Unión en materia de inversión internacional (2021/2176(INI)).

²² Sebastien Malo, “UN reform needed to stop companies fighting climate rules”, Reuters, 28 de mayo de 2019.

²³ Anil Yilmaz Vastardis, “Investment treaty arbitration as bubbles”, en *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Thomas Schultz y Federico Ortino, eds. (Oxford, Oxford University Press, ---+96542020).

sistema de SCIE es más alto que el de cualquier otro sistema jurídico del mundo²⁴. Otra gran ventaja para los inversionistas extranjeros es que los laudos de arbitrajes de SCIE son exigibles en más de 180 Estados, a diferencia de las decisiones sobre derechos humanos dictadas por juzgados y tribunales, cuya aplicación se enfrenta a grandes dificultades. En cuanto a las afirmaciones de que los tratados internacionales de inversión aportan beneficios económicos, tras un amplio análisis la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) concluyó que hasta la fecha se habían obtenido pocas pruebas concluyentes y tras un examen sistemático que abarcó 74 estudios se llegó a la conclusión de que los efectos eran insignificantes o nulos²⁵.

14. La evolución de la situación durante la última década pone claramente de manifiesto que el sistema de SCIE es incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos²⁶. La Carta de las Naciones Unidas establece el deber de todos los Estados de cooperar para la plena realización de los derechos humanos, pero no menciona la inversión internacional. En su Artículo 103, la Carta especifica que, en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta. Como concluyó el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, los derechos humanos son *primus inter pares*, o primeros entre iguales, lo que significa que deben tener prioridad sobre otras obligaciones del derecho internacional (A/76/238, párr. 58). El anterior Relator Especial sobre el derecho a la alimentación aclaró que los derechos humanos son normas de *ius cogens*, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario, por lo que los tratados o las disposiciones de esos tratados que sean incompatibles con los derechos humanos deben considerarse nulos y darse por terminados (A/HRC/19/59/Add.5, pág. 6).

15. La mayoría de los AII concertados entre 1990 y 2009 representan acuerdos de primera generación que proporcionan una considerable protección a los inversionistas extranjeros, a cambio de poca o ninguna responsabilidad con respecto a los derechos humanos y el medio ambiente (A/76/238, párr. 15). Solo en el 0,5 % de los más de 2.000 tratados de inversión analizados en un importante estudio se mencionan siquiera los derechos humanos²⁷. Al no incluir responsabilidades para los inversionistas extranjeros en los AII, los Estados incumplen su obligación de proteger los derechos humanos de los efectos adversos de las actividades empresariales (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 8). En teoría, la falta de disposiciones explícitas sobre derechos humanos en los AII no debería impedir a los tribunales arbitrales tomar en consideración el derecho internacional de los derechos humanos, pero en la práctica la mayoría de los tribunales pasan por alto, minimizan o desestiman los argumentos basados en los derechos humanos (A/72/153, párr. 22).

²⁴ OCDE, “Investment treaties and climate change: the alignment of finance flows under the Paris Agreement”, documento de antecedentes para la séptima Conferencia sobre Tratados de Inversión, 10 de mayo de 2022, nota 42.

²⁵ Joachim Pohl, “Societal benefits and costs of international investment agreements: a critical review of aspects and available empirical evidence”, OECD Working Papers on International Investment, núm. 2018/01 (París, OECD Publishing, 19 de enero de 2018), pág. 1; y Josef Brada, Zdenek Drabek e Ichiro Iwasaki, “Does investor protection increase foreign direct investment?: a meta-analysis”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 35, núm. 1 (2021).

²⁶ Surya Deva y Tara Van Ho, “Addressing (in)equality in redress: human rights-led reform of the investor-State dispute settlement mechanism”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 24, núm. 3 (junio de 2023).

²⁷ Kathryn Gordon, Joachim Pohl y Marie Bouchard, “Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey”, OECD Working Papers on International Investment, núm. 2014/01 (París, OECD Publishing, 2014).

16. Ignorar las consideraciones de derechos humanos representa un sabotaje al estado de derecho, que es uno de los pilares del orden jurídico internacional. El estado de derecho exige que todas las entidades estén sometidas a leyes que se promulguen públicamente, se hagan cumplir por igual, se apliquen con independencia y sean compatibles con las normas y criterios internacionales de derechos humanos. Al sustituirse los tribunales nacionales por tribunales de arbitraje para dirimir controversias entre inversionistas extranjeros y Estados se eliminan importantes salvaguardias frente a las violaciones de los derechos humanos, como la transparencia, la participación pública, la igualdad y la no discriminación. El sistema de SCIE también socava la democracia al subordinar importantes decisiones de política a tribunales de arbitraje que no rinden cuentas, cuyas decisiones no se pueden recurrir y que no están obligados a tomar en consideración la legislación nacional.

B. La solución de controversias entre inversionistas y Estados perpetúa el extractivismo colonial y agrava la desigualdad

17. El sistema de SCIE permite a los inversionistas con más recursos económicos (en su mayoría radicados en el Norte Global) demandar a Estados (en su mayoría del Sur Global) por la aplicación de políticas de Gobiernos elegidos democráticamente y cobrar una fortuna en dinero público por no iniciar o no proseguir actividades destructivas para el medio ambiente. Por ejemplo, inversionistas canadienses de los sectores de la minería, el petróleo y el gas han ganado el 59 % de sus demandas de SCIE, y en promedio han recibido casi 1.000 millones de dólares (929 millones de dólares) de indemnización por caso²⁸. Los Estados que han accedido a pagar para llegar a un acuerdo o han perdido casos de SCIE frente a inversionistas canadienses son sobre todo Estados de bajos ingresos, como el Estado Plurinacional de Bolivia, la República Democrática del Congo, el Ecuador, Kirguistán, Mongolia, el Níger, el Pakistán, el Perú y la República Bolivariana de Venezuela²⁹.

18. Los Estados de bajos ingresos resultan especialmente vulnerables porque están obligados por AII más antiguos que protegen celosamente los intereses de los inversionistas extranjeros y no contienen ninguna disposición relativa a la protección del medio ambiente ni de los derechos humanos. A menudo, estos Estados necesitan promulgar o reforzar leyes, reglamentos y normas ambientales, pueden carecer de los medios jurídicos necesarios para evaluar los riesgos de las demandas de SCIE que se esgrimen como amenaza y disponen de recursos financieros limitados para defenderse de esas demandas o para pagar indemnizaciones por laudos desfavorables³⁰. El elevado costo de la defensa frente a esas demandas y de las indemnizaciones, que pueden ascender a miles de millones de dólares, agravan las dificultades a las que se enfrentan sus frágiles sistemas financieros y complican sus esfuerzos para reestructurar la deuda soberana. Los pequeños Estados insulares en desarrollo son particularmente vulnerables³¹. Por ejemplo, la República Dominicana ha sido objeto de demandas de SCIE relacionadas, entre otras cosas, con la minería, un vertedero, reformas que afectan al sector eléctrico y un importante proyecto inmobiliario. Según un representante estatal, debido a decisiones tomadas en defensa de su legislación

²⁸ Hadrian Mertins-Kirkwood, *On the Offensive: How Canadian Companies Use Trade and Investment Agreements to Bully Foreign Governments for Billions* (Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives, mayo de 2022).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Roslyn Ng'eno, "Preserving regulatory space for sustainable development in Africa", *Southviews*, núm. 246 (Centro del Sur, 5 de abril de 2023).

³¹ Alicia Nicholls, "Caribbean and African SIDS' international investment agreements and climate change", informe de políticas núm. 5 (Centro Shridath Ramphal, junio de 2023). Puede consultarse en <https://shridathramphalcentre.com>.

ambiental y de la protección del medio ambiente, a través de los acuerdos comerciales en los que es parte, la República Dominicana se ha visto lamentablemente sometida a un arbitraje internacional, lo que supone pagar un precio muy elevado, especialmente para los países en desarrollo³².

19. Los Estados que cuentan con más recursos económicos están tomando medidas para protegerse de las demandas de SCIE. En el acuerdo comercial renegociado entre el Canadá, los Estados Unidos y México, que entró en vigor en 2020, se eliminó el mecanismo de SCIE entre el Canadá y los Estados Unidos. La entonces ministra de Asuntos Exteriores del Canadá, Chrystia Freeland, afirmó que el sistema de SCIE había costado a los contribuyentes canadienses más de 300 millones de dólares en concepto de multas y costas judiciales y que ponía los derechos de las empresas por delante de los de los Gobiernos soberanos. Afirmó además que, al prescindir del mecanismo de SCIE, el Canadá había reforzado su derecho a regular en interés público, para proteger la salud pública y el medio ambiente³³. Por otra parte, tras varias decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se han eliminado las demandas de arbitraje internacional entre los 27 Estados miembros de la Unión³⁴.

20. La desigualdad, la injusticia y la hipocresía son tremendas. Los Estados con más recursos económicos (el Canadá, los Estados Unidos y los miembros de la Unión Europea) están poniendo fin a su exposición a las demandas de SCIE, pero preservan la capacidad de sus inversionistas para seguir extrayendo riqueza y explotando al Sur Global mediante el uso continuado de la amenaza de presentación de demandas de SCIE y de su interposición efectiva.

C. Secretismo

21. El acceso a la información es un derecho humano y resulta esencial para el pleno disfrute de otros derechos humanos, incluido el derecho a un medio ambiente saludable. A diferencia de los procedimientos jurídicos nacionales, los casos de SCIE están envueltos en el secretismo. Las demandas nunca tienen que hacerse públicas, las vistas suelen celebrarse a puerta cerrada, los documentos suelen ser confidenciales y tanto las indemnizaciones como los acuerdos negociados pueden mantenerse en secreto. A diferencia del arbitraje entre particulares o entidades privadas, en que la confidencialidad podría estar justificada, la participación de los Estados supone que el arbitraje de SCIE implique a menudo importantes cuestiones de política pública y que pueda tener consecuencias económicas de gran alcance.

22. El número de demandas de SCIE conocidas ha aumentado en los últimos años, pero la falta de transparencia hace imposible evaluar con precisión cuántos casos existen, así como su contenido. Resulta aún más difícil cuantificar el número de demandas de SCIE que han amenazado interponer inversionistas extranjeros para presionar a Estados con el propósito de que diluyan la legislación, la fiscalidad o las políticas ambientales y climáticas existentes o de que retiren las iniciativas que hayan propuesto en esos ámbitos.

23. La falta de transparencia es un problema particular de los casos de SCIE relacionados con los combustibles fósiles, que a menudo son completamente confidenciales, lo que significa que las comunicaciones de las partes, las resoluciones

³² Comunicación de la República Dominicana.

³³ Notas de la intervención para el acuerdo Estados Unidos-México-Canadá, conferencia de prensa, 10 de octubre de 2018. Puede consultarse en <https://pm.gc.ca/en/news/speeches/2018/10/01/prime-minister-trudeau-and-minister-freeland-speaking-notes-united-states>.

³⁴ Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, asunto núm. C-284/16.

procesales y los laudos no se hacen públicos³⁵. Por ejemplo, las bases de datos indican que Clara Petroleum Ltd. presentó una demanda de SCIE contra Rumania en 2022³⁶. No hay disponible ningún documento relacionado con el caso, por lo que se desconoce el fundamento de la demanda y la cuantía que se reclamaba en concepto de daños. Casi un tercio de los arbitrajes conocidos que guardan relación con combustibles fósiles se resuelven antes de llegar a decisiones definitivas y todos los documentos de conciliación son confidenciales³⁷.

D. Obstáculos a la participación pública

24. La participación pública y el acceso a la justicia con recursos efectivos son derechos fundamentales en sí mismos, pero también son esenciales para el pleno disfrute de otros derechos humanos. Una participación pública inclusiva mejora la calidad de la toma de decisiones, amplía el apoyo de los titulares de derechos a los proyectos y permite cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos. No obstante, el sistema de SCIE opone grandes obstáculos a la participación de las comunidades afectadas, los defensores de los derechos humanos, los Pueblos Indígenas y la sociedad civil, que no tienen derecho a participar como partes y solo cuentan con la posibilidad de presentar comunicaciones en calidad de terceros, denominadas escritos *amicus curiae*. Los inversionistas extranjeros disfrutaban del privilegio de poder eludir los sistemas judiciales nacionales y acceder directamente al arbitraje internacional vinculante. En cambio, por lo general, las víctimas de violaciones de los derechos humanos tienen que agotar los recursos internos antes de acudir a las cortes y tribunales internacionales.

25. Los tribunales de arbitraje gozan de discrecionalidad absoluta para aceptar o no escritos *amicus curiae*. Uno de los criterios que aplican se basa en el grado de interés que tiene el solicitante en el procedimiento y los conocimientos o la perspectiva que pueda aportar para ayudar al tribunal³⁸. Los tribunales también se aseguran de que el escrito *amicus curiae* “no perturbe el procedimiento, ni genere una carga indebida, ni perjudique injustamente” a ninguna de las partes³⁹. A menudo, los tribunales de SCIE rechazan ese tipo de escritos, lo que significa que las comunidades afectadas, los defensores de los derechos humanos, los Pueblos Indígenas y la sociedad civil no puedan participar ni, por tanto, poner de relieve los efectos devastadores de la degradación ambiental sobre el derecho a un medio ambiente saludable y otros derechos humanos⁴⁰. El hecho de que las demandas de SCIE se centren exclusivamente en los inversionistas y los Estados hace que la participación pública, las preocupaciones de las comunidades y los derechos humanos se pasen por alto en todas las etapas del proceso. Incluso cuando se admiten, los escritos *amicus curiae* representan una forma de participación limitada y puntual. Los solicitantes no suelen tener acceso a otros documentos del caso, ven limitado el alcance y la extensión de sus alegaciones y no se les permite participar en las vistas orales.

³⁵ Di Salvatore, *Investor-State Disputes*.

³⁶ Véase UNCTAD, navegador de soluciones de controversias sobre inversiones (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1218/clara-petroleum-v-romania>).

³⁷ Di Salvatore, *Investor-State Disputes*.

³⁸ CIADI, Reglas de Arbitraje, regla 67.

³⁹ *Ibid.*, regla 67, párr. 4.

⁴⁰ *Kappes c. Guatemala*, CIADI, caso núm. ARB/18/43, resolución procesal núm. 2; *Odyssey Marine Exploration c. los Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, caso núm. UNCT/20/01, resolución procesal núm. 6; y *Bear Creek c. la República del Perú*, CIADI, caso núm. ARB/14/21.

26. *Eco Oro c. Colombia y von Pezold c. Zimbabwe* son ejemplos de casos en los que las comunidades directamente afectadas quedaron excluidas de los procesos de SCIE. En *Eco Oro*, un inversionista extranjero presentó una demanda ante la negativa de Colombia a conceder permisos para una explotación minera que se preveía que causaría importantes daños ambientales y pondría en peligro el abastecimiento de agua. Las comunidades y organizaciones de la sociedad civil que se oponían al proyecto solicitaron presentar un escrito *amicus curiae*, argumentando que las medidas adoptadas por Colombia estaban justificadas por las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, incluida la protección del derecho a un medio ambiente saludable. El tribunal se negó a admitir las alegaciones⁴¹. En *von Pezold*, un caso relacionado con la reforma agraria, el tribunal rechazó una solicitud de los Pueblos Indígenas tras llegar a la conclusión de que los derechos indígenas quedaban fuera del ámbito de la controversia⁴².

E. Puertas giratorias y doble función

27. El sistema de SCIE ha sido duramente criticado porque las decisiones no las toman jueces, sino abogados que a menudo se considera que tienen conflictos de intereses o muestran sesgos a favor de los inversionistas. Los tribunales de SCIE suelen estar compuestos por tres árbitros. El inversionista elige un árbitro y el Estado, otro. Estos dos árbitros eligen conjuntamente al tercero, que actúa como presidente del tribunal. Se supone que los árbitros son personas de alta consideración moral y reconocida competencia en los campos del derecho, el comercio, la industria o las finanzas, en las que se puede confiar para ejercer un juicio independiente⁴³. En la práctica, los árbitros son predominantemente abogados varones blancos, especializados en derecho de inversiones, valedores de las actividades empresariales y procedentes del Norte Global. Muchos de ellos litigan directamente en casos de SCIE para clientes o trabajan para bufetes que lo hacen.

28. Permitir que los inversionistas extranjeros configuren sus propios tribunales genera riesgos evidentes de parcialidad, conflicto de intereses, posibles conductas indebidas y otros abusos de poder. El sistema ha sido criticado por crear puertas giratorias y permitir en algunos casos el ejercicio de una doble función⁴⁴. Las puertas giratorias describen la situación en las que determinadas personas desempeñan, secuencialmente, diversos cometidos: como abogado en un caso, como árbitro en otro y como perito en otro. La doble función se refiere a la práctica de actuar como abogado en uno o más casos y como árbitro en otros de forma simultánea, lo que plantea serias dudas sobre la capacidad de juzgar los casos con imparcialidad. Por ejemplo, un abogado actúa en nombre de un cliente defendiendo una interpretación amplia y favorable al inversionista de la expropiación indirecta en un caso de SCIE, pero aborda la misma cuestión jurídica como árbitro en otro caso de SCIE, lo que crea un evidente conflicto de intereses.

29. La mayoría de los árbitros carecen de experiencia en derecho de los derechos humanos y derecho ambiental. Se han realizado modestos esfuerzos para tener en cuenta en el arbitraje las características exclusivas de las cuestiones ambientales. Por ejemplo, en 2001, Corte Permanente de Arbitraje publicó un reglamento especializado

⁴¹ *Eco Oro v. Republic of Colombia*, CIADI, caso núm. ARB/16/41, resolución procesal núm. 6.

⁴² *Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe*, CIADI, caso núm. ARB/10/15, resolución procesal núm. 2.

⁴³ Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, arts. 14, párr. 1, y 40, párr. 2.

⁴⁴ Malcolm Langford, Daniel Behn y Runar Hilleren Lie, "The revolving door in international investment arbitration", *Journal of International Economic Law*, vol. 20, núm. 2 (junio de 2017).

adaptado para las controversias ambientales, así como listas de árbitros, científicos y peritos especializados en medio ambiente⁴⁵. No obstante, tanto las normas especializadas como el nombramiento de especialistas son opcionales y, en la práctica, rara vez se aplican.

F. El sesgo favorable a los inversionistas conduce a indemnizaciones cuantiosas por daños y perjuicios

30. La percepción de que los tribunales de SCIE adolecen de una clara predisposición en favor de los inversionistas se ve confirmada por abundantes pruebas. Un ejemplo elocuente del sesgo favorable a los inversionistas es que los tribunales de SCIE calculan las indemnizaciones utilizando enfoques incoherentes que se apartan de los principios generalmente aceptados del derecho internacional y contradicen los métodos que suelen emplear los tribunales nacionales⁴⁶. Por ejemplo, en dos casos de SCIE relacionados con proyectos de explotación minera propuestos por inversionistas extranjeros que no aprobaron los Estados interesados, los tribunales utilizaron métodos de valoración diferentes para llegar a conclusiones radicalmente distintas. Un tribunal condenó al Pakistán a pagar a Tethyan Copper 4.100 millones de dólares por daños y perjuicios (más intereses, con lo que en total ascendió a 5.800 millones de dólares), aplicando el método del flujo de efectivo descontado, pese a que los costos irre recuperables del inversionista eran de tan solo 300 millones de dólares⁴⁷. Otro tribunal condenó al Perú a pagar a Bear Creek 18 millones de dólares basándose en un método más prudente, basado en los costos que reflejan los gastos reales del inversionista. Con el método del flujo de efectivo descontado, empleado con frecuencia por los tribunales arbitrales, se aplican proyecciones especulativas y a menudo exageradas de los ingresos esperados a lo largo de la vida útil de una inversión como base para determinar la indemnización, lo que da lugar a cuantías excesivas⁴⁸.

31. Un repaso de todos los casos de SCIE publicados que se decidieron en función de las razones de fondo entre 1987 y 2017 reveló que el 61 % se resolvieron a favor de los inversionistas, y que las indemnizaciones se situaron en promedio en 504 millones de dólares (sin incluir los acuerdos, que a menudo son favorables a los inversionistas)⁴⁹. Es poco probable que los inversionistas extranjeros consigan indemnizaciones de tal magnitud en los tribunales nacionales. Estos, tanto en los sistemas judiciales de tradición romanista como en los de *common law*, conceden indemnizaciones por daños y perjuicios como mecanismo para devolver a la parte perjudicada a la situación en la que habría estado de no haberse producido el agravio, lo que limita las cantidades concedidas.

32. Las colosales indemnizaciones otorgadas en arbitrajes de SCIE pueden tener un tremendo impacto financiero para los Estados demandados, al mermar su capacidad

⁴⁵ Véanse <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and-or-Natural-Resources.pdf>; y <https://pca-cpa.org/en/about/structure/panels-of-arbitrators-and-experts-for-environmental-disputes/>.

⁴⁶ Jonathan Bonnitcha y Sarah Brewin, “Compensation under investment treaties” Best Practices Series (Winnipeg, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 23 de noviembre de 2020).

⁴⁷ Toni Marzal, “Against DCF valuation in ISDS: on the inflation of awards and the need to rethink the calculation of compensation for the loss of future profits”, EJIL:Talk!blog del European Journal of International Law, 26 de enero de 2021.

⁴⁸ Véase NERA Economic Consulting, “The discounted cash flow method of valuing damages in arbitration”, Lexology, 27 de abril de 2020.

⁴⁹ UNCTAD, “Investor-State dispute settlement: review of developments in 2017”, nota temática sobre AII, núm. 2, junio de 2018.

para dedicar el máximo de recursos disponibles al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Los recursos utilizados para defenderse de las demandas presentadas por inversionistas extranjeros, así como los destinados a pagar acuerdos e indemnizaciones por daños y perjuicios, se obtienen de los presupuestos públicos a expensas de otras prioridades, como la atención de la salud, la educación, la protección del medio ambiente y la acción climática. Un ejemplo concluyente es el del caso *Tethyan Copper c. el Pakistán*, antes mencionado, relativo al rechazo de una explotación minera que se saldó con una indemnización de 5.800 millones de dólares⁵⁰. Para poner en perspectiva la magnitud de esta indemnización, cabe señalar que supera a las subvenciones y préstamos que el Pakistán recibió en 2022 tras las desastrosas inundaciones relacionadas con el clima que afectaron a un tercio de la nación y a decenas de millones de personas⁵¹. El Pakistán solicitó que se suspendiera la ejecución del laudo, alegando que repercutiría de inmediato y de un modo potencialmente devastador en la frágil economía del país y obligaría a desviar fondos inicialmente destinados a programas sanitarios, sociales y de bienestar, lo que tendría repercusiones desastrosas para la población del Pakistán, en particular para las personas más desfavorecidas y vulnerables⁵². Con los intereses devengados, la cuantía de la indemnización ascendía a 11.000 millones de dólares en 2022, por lo que el Pakistán capituló, permitiendo que la explotación minera siguiera adelante⁵³.

G. Irregularidad e incoherencia

33. Los tribunales internacionales de arbitraje no se consideran obligados por la legislación nacional, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional del medio ambiente ni las decisiones de otros tribunales, ni siquiera en casos en que se planteen cuestiones de hecho o de derecho similares. El resultado es una jurisprudencia irregular, imprevisible y a menudo incoherente que genera una gran incertidumbre y tiene enormes consecuencias para los derechos humanos y el medio ambiente. A causa de esa incertidumbre, los Estados no pueden discernir con precisión qué tipo de acciones, políticas u otras medidas pueden convertirlos en objeto de una demanda de SCIE. Ha habido tribunales que han tomado decisiones contrarias a la interpretación de ambas partes en un tratado bilateral de inversión, socavando la soberanía de los Estados⁵⁴.

34. Los árbitros tienden a tratar los AII como un régimen autónomo que prevalece sobre otros regímenes regulatorios, dan prioridad a objetivos tales como el fomento de la inversión, la protección de las inversiones y el aumento de la competitividad económica y no tienen en cuenta factores contextuales importantes, como las razones de los Estados para adoptar medidas relacionadas con la acción climática, los derechos humanos y la protección del medio ambiente (A/76/238, párr. 17). Por lo general, no se puede recurrir la decisión de un tribunal de arbitraje, lo que socava la credibilidad y la confianza, especialmente cuando hay graves errores de hecho o de derecho. En una reunión sobre la reforma de los tratados internacionales de inversión,

⁵⁰ *Tethyan Copper v. Pakistan*, CIADI, caso núm. ARB/12/1.

⁵¹ Ijaz Nabi, “Responding to Pakistan floods”, Brookings Blogs, 10 de febrero de 2023. Véase también Tanupriya Singh, “\$10 billion in aid has been promised to Pakistan's flood survivors but many questions remain”, Peoples Dispatch, 23 de enero de 2023.

⁵² *Tethyan Copper v. Pakistan*, decisión sobre la suspensión de la ejecución del laudo, 17 de septiembre de 2020, párr. 143.

⁵³ Sadiksha Waiba, “Imran Khan’s Reko Diq deal is malicious for Balochistan”, Bilaterals.org, 11 de abril de 2022.

⁵⁴ Véase *Eco Oro v. Republic of Colombia*, comunicación de parte no contendiente del Canadá.

el representante de Alemania declaró que la falta de regularidad y coherencia en las decisiones de SCIE pedía a gritos una revisión sistemática del sistema⁵⁵.

H. Manipulación del sistema

35. Numerosos bufetes de abogados animan a sus clientes a considerar la posibilidad de entablar demandas de SCIE contra Estados en respuesta a medidas climáticas y ambientales adoptadas por estos⁵⁶. Un destacado abogado especializado en arbitraje reconoció que el sistema de SCIE tenía, indudablemente, un efecto paralizador en todo tipo de políticas y que el arbitraje entre inversionistas y Estados era la principal arma con la que contaban los primeros⁵⁷. Otro abogado especializado en arbitraje internacional afirmó que incluso la simple amenaza de una demanda de ese tipo bastaba para suspender o revertir medidas en materia de medio ambiente de los Estados receptores. Añadió que, debido a los defectos estructurales en la forma en que se juzgaban esas controversias, la facilidad para hacer cumplir los laudos resultantes y la magnitud de las indemnizaciones concedidas en relación con los recursos financieros del país receptor, las amenazas podían ser muy eficaces aunque carecieran de fundamento jurídico⁵⁸.

36. Inversionistas extranjeros y bufetes de abogados han encontrado formas creativas de aprovechar el inmenso potencial que ofrecen las disposiciones sobre SCIE contempladas en los AII. Por ejemplo, es habitual que inversionistas extranjeros radicados en el Estado A, que no ha celebrado ningún AII con el Estado B, en el que se propone una inversión, constituyan una empresa vinculada en el Estado C, que sí firmó un AII con el Estado B. El inversionista extranjero puede o no tener empleados y actividades en el Estado C, pero por el simple hecho de haber constituido allí una empresa, puede beneficiarse de las ventajas que ofrecen los AII de ese Estado. Normalmente, los tribunales de arbitraje permiten a esas “empresas buzón” entablar demandas de SCIE. Por ejemplo, se calcula que, en virtud de tratados de inversión del Reino de los Países Bajos, inversionistas cuyas sedes se encuentran en otros Estados han presentado a través de empresas buzón de los Países Bajos demandas de SCIE en que se reclamaban indemnizaciones que en conjunto suman más de 100.000 millones de dólares⁵⁹. Una reciente demanda de SCIE contra el Perú ilustra el problema, ya que el inversionista extranjero que se ampara en el tratado bilateral de inversión entre el Reino de los Países Bajos y el Perú es la filial de una empresa japonesa que tiene un solo empleado en el Reino de los Países Bajos⁶⁰.

37. Las exorbitantes indemnizaciones concedidas en laudos de SCIE durante el último decenio han incitado a bufetes de abogados y empresas de capital riesgo a financiar demandas de SCIE que, de otro modo, los inversionistas extranjeros no presentarían. Esta financiación por terceros está contribuyendo al auge de demandas

⁵⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados), 34º período de sesiones, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, www.jonesday.com/en/insights/2022/02/climate-change-and-investorstate-dispute-settlement.

⁵⁷ Baldon Avocats, 2022, Summary Note on Regulatory Chill, pág. 21. Puede consultarse en www.ft.com/content/b02ae9da-feae-4120-9db9-fa6341f661ab.

⁵⁸ *Ibid.*, pág. 24.

⁵⁹ Roos van Os, “Fifty years of ISDS: more than \$US 100 billion claimed via the Netherlands”, Centre for Research on Multilateral Corporations (SOMO), 13 de enero de 2018. Puede consultarse en www.somo.nl/fifty-years-of-isds-more-than-us-100-billion-claimed-via-the-netherlands/.

⁶⁰ *SMM Cerro Verde Netherlands v. Republic of Peru*, CIADI, caso núm. ARB/20/14.

relacionadas con la minería y los combustibles fósiles, al reducir los riesgos y los costos que supone para los inversionistas extranjeros interponerlas⁶¹.

I. Cláusulas de supervivencia

38. Una cláusula de supervivencia, a veces denominada cláusula de extinción, permite que un AII siga protegiendo las inversiones durante un período determinado, incluso después de que alguna de las partes haya puesto fin al acuerdo correspondiente. Las cláusulas de supervivencia pueden tener una vigencia de hasta 20 años, sujetando a Estados a obligaciones que no varían en función de circunstancias políticas, económicas, científicas ni ambientales. Es una estipulación sumamente preocupante en el contexto de la emergencia climática.

39. Por ejemplo, la cláusula de supervivencia del Tratado sobre la Carta de la Energía tiene una duración de 20 años (art. 47, párr. 3)⁶². Italia anunció su retirada del Tratado en 2015 y dejó de ser parte en él en 2016. En virtud de la cláusula de supervivencia, hasta 2036 pueden interponerse demandas de SCIE relacionadas con inversiones realizadas en Italia antes de que el Estado se retirara del Tratado. Desde que dejó de ser parte en este, Italia se ha enfrentado a múltiples demandas, en las que se reclamaban indemnizaciones por valor de centenares de millones de dólares en concepto de daños y perjuicios⁶³. En 2017, en respuesta a la crisis climática, el Gobierno de Italia prohibió las perforaciones petrolíferas a menos de 12 millas de su costa. La petrolera británica Rockhopper presentó una demanda de SCIE porque la prohibición frenaba su proyecto de perforación petrolífera en el mar. Italia perdió el caso y fue condenada a pagar 290 millones de dólares a Rockhopper en concepto de indemnización⁶⁴. La indemnización se calculó utilizando el método del flujo de efectivo descontado y es aproximadamente seis veces superior a lo invertido por la petrolera. Rockhopper anunció que utilizaría este pago imprevisto procedente de fondos públicos de Italia para financiar actividades de prospección de petróleo frente a las costas de las Islas Malvinas⁶⁵.

III. Consecuencias para el medio ambiente y los derechos humanos

40. Cientos de demandas de SCIE tienen que ver con proyectos, ya estén en marcha o hayan sido propuestos, que representan la antítesis del desarrollo sostenible por sus consecuencias adversas para el medio ambiente y los derechos humanos. La oposición pública al desarrollo insostenible, incluidas las protestas encabezadas por Pueblos Indígenas, comunidades locales, defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente y representantes de sociedad civil, ejerce presión sobre los Gobiernos para que regulen, rechacen o clausuren esos proyectos. Entre ellos figuran explotaciones mineras en Australia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala,

⁶¹ Brooke Guven y Lise Johnson, “The policy implications of third-party funding in investor-State dispute settlement” (Columbia Center on Sustainable Investment, mayo de 2019).

⁶² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2080, núm. 36116.

⁶³ Nathalie Bernasconi-Osterwalder, “Energy Charter Treaty reform: why withdrawal is an option”, *Investment Treaty News* (Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 24 de junio de 2021). Puede consultarse en www.iisd.org/itn/es/2021/06/24/energy-charter-treaty-reform-why-withdrawal-is-an-option/.

⁶⁴ Arthur Nelson, “Oil firm Rockhopper wins £210m payout after being banned from drilling”, *The Guardian*, 24 de agosto de 2022. Puede consultarse en www.theguardian.com/business/2022/aug/24/oil-firm-rockhopper-wins-210m-payout-after-being-banned-from-drilling.

⁶⁵ Véase <https://rockhopperexploration.co.uk/2022/08/successful-arbitration-outcome/>.

México, Macedonia del Norte, el Pakistán, el Perú, Serbia y Türkiye; centrales eléctricas de carbón en Alemania y el Reino de los Países Bajos; fracturación hidráulica en Eslovenia; prospecciones petrolíferas en el mar en Italia, y proyectos relacionados con combustibles fósiles en el Canadá, Eslovaquia, los Estados Unidos y Túnez.

41. En los últimos años, el sistema de SCIE ha dejado de ser un escudo contra actuaciones ilegales del Estado para convertirse en un arma que inversionistas que pretenden beneficios extraordinarios esgrimen para intimidar a los Gobiernos. El principio de “quien contamina paga”, ampliamente aceptado en el derecho internacional del medio ambiente, se ha trastocado, ya que quienes contaminan están cobrando. Hasta la fecha, de las 12 mayores indemnizaciones por laudos de SCIE, 11 corresponden a casos presentados por inversionistas en actividades relacionadas con los combustibles fósiles y la minería (véase el anexo I)⁶⁶. Solo estas 12 indemnizaciones ascienden a más de 95.000 millones de dólares, aunque los inversionistas habían solicitado más de 200.000 millones de dólares. Para situar esta enorme cifra en contexto, los 95.000 millones de dólares concedidos en una docena de casos de SCIE probablemente superan el importe total de las indemnizaciones concedidas por todos los tribunales a las víctimas de violaciones de derechos humanos en todos los Estados del mundo a lo largo de la historia.

42. La magnitud de las indemnizaciones por laudos de SCIE está aumentando rápidamente. Un análisis exhaustivo de los laudos publicados entre 1990 y 2020 reveló seis indemnizaciones entre 1990 y 1999, por un valor de 3,8 millones de dólares en promedio, 51 indemnizaciones entre 2000 y 2009, con una cuantía de 67,1 millones de dólares en promedio, y 142 indemnizaciones entre 2010 y 2019, con una cuantía de 246,1 millones de dólares en promedio (no se incluyen las tres decisiones relativas a controversias entre la Federación de Rusia y Yukos Oil, por valor de 50.000 millones de dólares)⁶⁷. Los Gobiernos gastan en promedio de 5 millones de dólares en defenderse ante demandas de SCIE, incluso cuando tienen éxito⁶⁸.

43. Algunos Estados siguen negando la realidad de la responsabilidad que se deriva de las demandas de SCIE que impugnan acciones legítimas en materia climática y ambiental. Por ejemplo, Suiza alega que el Estado no está obligado a pagar daños y perjuicios por medidas adoptadas para combatir el cambio climático, siempre que sean proporcionadas y no discriminatorias⁶⁹. La OCDE contradice directamente esta afirmación, al reconocer que algunas de las primeras políticas gubernamentales no discriminatorias de la OCDE dirigidas al abandono gradual del carbón han generado importantes demandas de SCIE o, aparentemente, pagos de miles de millones de euros a cambio del desistimiento de presentar demandas de SCIE⁷⁰.

44. Si bien el proceso de SCIE representa una poderosa herramienta para los inversionistas extranjeros, se ha convertido en una catástrofe para el desarrollo, la aplicación y el cumplimiento de leyes, reglamentos, políticas y decisiones sobre permisos relacionados con el medio ambiente necesarios para abordar la crisis planetaria. En la mayoría de los AII no se menciona la obligación que tienen los Estados de aplicar medidas para hacer frente al cambio climático, la pérdida de

⁶⁶ Puede consultarse en www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-environment/annual-thematic-reports-special-rapporteur-human-rights-and-environment.

⁶⁷ Jonathan Bonnitcha *et al.*, “Damages and ISDS reform: between procedure and substance”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 14, núm. 2 (junio de 2023).

⁶⁸ Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi y Daniel Hrcka, *Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration* (British Institute of International and Comparative Law, junio de 2021).

⁶⁹ Comunicación de Suiza.

⁷⁰ OCDE, *Investment treaties and climate change*, párr. 32.

biodiversidad, la contaminación, la escasez de agua ni la degradación del suelo. Los inversionistas extranjeros utilizan las demandas de SCIE para poner a los Estados en una situación en la que siempre salen perdiendo: o conceden permisos para proyectos que resultan destructivos para el medio ambiente o se niegan a hacerlo e incurrir en responsabilidades que se saldan con exorbitantes indemnizaciones de cientos de millones o, incluso, miles de millones de dólares.

45. Esta circunstancia es sumamente preocupante en el contexto de la emergencia climática, ya que las empresas de combustibles fósiles utilizan las demandas de SCIE y la amenaza de interponerlas para bloquear agresivamente la acción climática u obtener indemnizaciones astronómicas. En el Acuerdo de París, los Estados se comprometieron a situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que condujera a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero (art. 2.1 c). Sin embargo, en la actualidad, más de 10.000 activos de combustibles fósiles en todo el mundo están cubiertos por disposiciones basadas en el sistema de SCIE, incluidas tres cuartas partes de las centrales eléctricas de carbón que son de propiedad extranjera, lo que hace temer que los Estados se muestren reacios a eliminar el carbón a su debido tiempo⁷¹. Los Estados se enfrentan a tensiones debilitantes y, a veces, paralizantes entre el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Acuerdo de París y el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de los AII con inversionistas extranjeros en empresas relacionadas con los combustibles fósiles.

46. En su Sexto Informe de Evaluación, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático reconoció que los AII, especialmente el Tratado sobre la Carta de la Energía, limitan la capacidad de los Estados para adoptar las ambiciosas políticas necesarias para combatir el cambio climático⁷². El Tratado, que entró en vigor en 1998, proporciona un marco multilateral de cooperación energética para 55 Estados de Europa y Asia. Aunque sus más de 100 páginas brindan una sólida protección para las inversiones extranjeras en combustibles fósiles, no hacen referencia alguna a los derechos humanos. Se ha producido una explosión de demandas de SCIE presentadas por inversionistas en empresas de combustibles fósiles que alegan que las medidas climáticas vulneran los derechos que les reconoce el Tratado sobre la Carta de la Energía y otros AII (véase el anexo II)⁷³. La manifiesta priorización de los combustibles fósiles sobre la acción climática y los derechos humanos ha generado presiones para que se ponga fin al Tratado (A/77/226, párr. 90).

47. Se han presentado más de 50 demandas de SCIE contra España por sus políticas de transición energética, en las que se reclaman indemnizaciones por un total de más de 11.000 millones de dólares. España expresó su preocupación por el gran impacto del sistema de SCIE en las arcas públicas y afirmó que servía para disuadir a los Estados de promover políticas de transición energética por miedo a ser demandados por inversionistas extranjeros⁷⁴.

48. El creciente número y magnitud de las demandas de SCIE está retrasando la transición hacia energías limpias y aumentando los costos, a menudo en beneficio de las mismas empresas causantes de la crisis climática. Indemnizar a las empresas de combustibles fósiles por acciones que agravan la emergencia climática es perverso,

⁷¹ Kyla Tienhaara y Lorenzo Cotula, “Raising the cost of climate action? Investor-state dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets” (International Institute for Environment and Development, octubre de 2020).

⁷² Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change – Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*.

⁷³ Puede consultarse en www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-environment.

⁷⁴ Comunicación de España.

sobre todo habida cuenta de sus inmensos beneficios y de la flagrante ausencia de indemnizaciones a víctimas de la crisis climática por las devastadoras pérdidas y daños que han sufrido.

A. Enfriamiento normativo

49. El “enfriamiento normativo” se produce cuando un Estado reacciona ante los costos potencialmente elevados asociados a las amenazas percibidas o reales de arbitrajes de SCIE revirtiendo, retirando, debilitando o no aplicando medidas reguladoras legítimas para abordar la crisis climática, proteger el medio ambiente o hacer efectivos los derechos humanos. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático confirmó recientemente que el enfriamiento normativo provocado por la amenaza de demandas de SCIE representaba un obstáculo para la acción climática⁷⁵. Un bufete de abogados que asesora a inversionistas extranjeros observó que por cada caso entre inversionistas y Estados que llega hasta el final, hay varios en los que las empresas han utilizado los AII como palanca para negociar con el Gobierno receptor y lograr que cambie su comportamiento de forma más rápida y menos costosa⁷⁶.

50. Nueva Zelanda, Dinamarca y Francia han renunciado a adoptar medidas climáticas ambiciosas por temor a procesos de SCIE. En 2018, Nueva Zelanda prohibió nuevas prospecciones petroleras en el mar, pero no canceló los permisos que ya existían y dejó la puerta abierta a nuevas explotaciones petroleras en tierra. Nueva Zelanda decidió no ir más lejos para no incurrir en costosas demandas de SCIE⁷⁷. Dinamarca fijó el año 2050 como fecha límite para la eliminación progresiva de la producción de petróleo y gas, lo que afectaba tan solo a un acuerdo de licencia sobre combustibles fósiles. Dinamarca no fijó un objetivo anterior a 2030 o 2040 porque podría haberse visto obligada a pagar indemnizaciones sumamente costosas a empresas extranjeras de combustibles fósiles en virtud de demandas de SCIE⁷⁸. En 2017, después de que Francia anunciara la puesta en marcha de audaces planes destinados a eliminar gradualmente la extracción de combustibles fósiles antes de 2040, Vermilion, una compañía canadiense que es la mayor productora de petróleo de Francia, amenazó al Estado con interponer una demanda de arbitraje en la que solicitaría una indemnización de 1.000 millones de dólares. Francia reaccionó aplicando una normativa mucho menos estricta y ambiciosa⁷⁹.

51. Las políticas climáticas no son el único tipo de acción estatal que sufre el efecto paralizador de las demandas de SCIE. En Armenia, el proyecto Amulsar Gold, una explotación minera propiedad de Lydian International que aprobó el Gobierno en 2019, fue suspendido temporalmente por el Estado a raíz de protestas de gran resonancia acerca del impacto ambiental del proyecto, especialmente el avenamiento ácido de la mina. Las filiales de Lydian en el Reino Unido y el Canadá amenazaron con interponer demandas de SCIE⁸⁰. Esas amenazas convencieron al Gobierno para

⁷⁵ Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change*.

⁷⁶ Crowell y Moring, “How mining companies can mitigate risks and protect their investments, part I: international investment agreements” (*Mining Law Monitor*, invierno de 2014).

⁷⁷ Elizabeth Meager, “COP26 targets pushed back under threat of being sued”, *Capital Monitor*, 14 de enero de 2020. Puede consultarse en <https://capitalmonitor.ai/institution/government/cop26-ambitions-at-risk-from-energy-charter-treaty-lawsuits/>.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Le Monde*, 4 de septiembre de 2018. Puede consultarse en https://www.lemonde.fr/accord-commercial-europe-canada-ceta/article/2018/09/04/comment-la-menace-d-arbitrage-a-permis-aux-lobbys-de-detriticoter-la-loi-hulot_6005132_4998347.html.

⁸⁰ Véase www.lydianarmenia.am/index.php?m=newsOne&lang=eng&nid=217.

que permitiera la reapertura de la mina. Del mismo modo, cuando la población que vivía cerca de la mina de oro de Chatree, en Tailandia, dio la voz de alarma por los altos niveles de arsénico y manganeso que se había detectado en la sangre de varios vecinos, el Estado ordenó el cierre de la mina a la espera de nuevos estudios. La empresa minera, que era la australiana Kingsgate, presentó una demanda de SCIE, lo que llevó a Tailandia a dar marcha atrás y dar luz verde a la reapertura de la mina⁸¹. Indonesia promulgó una ley que restringía la minería a cielo abierto en zonas forestales protegidas, por la amenaza que suponía para el abastecimiento de agua y los ecosistemas acuáticos⁸². Las empresas mineras extranjeras cuyas actividades se veían afectadas por la ley amenazaron con presentar demandas de SCIE. El Gobierno reaccionó permitiendo a 13 empresas que siguieran con las explotaciones mineras en las zonas forestales protegidas⁸³. Recientemente, Serbia expresó su preocupación por la posibilidad de que un inversionista extranjero interpusiera una demanda de SCIE contra el Estado si no se aprobaba la explotación de una gran mina de litio⁸⁴.

52. El enfriamiento normativo tiene que ver con las indemnizaciones excesivas que se conceden a inversionistas extranjeros para evitar demandas de SCIE. Por ejemplo, dos empresas que extraen y queman lignito (el tipo de carbón más sucio) en Alemania, RWE y LEAG, recibieron más de 4.500 millones de dólares de indemnización por dejar de generar electricidad con carbón antes de 2038⁸⁵. Peor aún, si Alemania acelera la eliminación progresiva del carbón, como probablemente deberá hacer para cumplir los compromisos que contrajo en virtud del Acuerdo de París, la cuantía de la indemnización aumentará. El Ministerio de Finanzas de Alemania advirtió en 2019 a la Cancillería de que utilizar la normativa para eliminar progresivamente el carbón crearía un mayor riesgo de litigios, especialmente de litigios internacionales basados en el Tratado sobre la Carta de la Energía⁸⁶. Un ministro del Reino de los Países Bajos, al ser preguntado por la posibilidad de acelerar el proceso de abandono progresivo de las centrales eléctricas de carbón, afirmó que una mayor intervención en el sector del carbón entrañaría grandes riesgos jurídicos⁸⁷. Funcionarios del Gobierno del Canadá admitieron que el temor a las demandas de SCIE condicionaba las políticas públicas⁸⁸.

B. Consecuencias para los derechos humanos

53. En los AII se omiten casi por completo los derechos humanos (véase A/76/238). Los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua y un medio ambiente saludable, entre otros muchos, se ven afectados por los procesos de SCIE. Decenas de demandas de SCIE han cuestionado políticas o decisiones gubernamentales destinadas a respetar y proteger los derechos de los Pueblos Indígenas, el derecho a

⁸¹ “Toxic mine to re-open after Australian gold miner sues Thai Government”, Bilaterals.org, 15 de febrero de 2022.

⁸² Puede consultarse en <https://www.ecolex.org/details/legislation/forestry-act-no-41-of-1999-lex-faoc036649/>.

⁸³ Kyla Tienhaara, “Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science” en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Chester Brown y Kate Miles, eds. (Cambridge University Press, 2011).

⁸⁴ Ekapija, “Is Serbia obliged to Rio Tinto? Contradictory statements from Government confuse public”, 30 de diciembre de 2021. Puede consultarse en www.ekapija.com/en/news/3534883/is-serbia-obliged-to-rio-tinto-contradictory-statements-from-government-confuse-public.

⁸⁵ Fabian Flues, “Coal ransom: how the Energy Charter Treaty drove up the costs of the German coal phase-out” (PowerShift *et al.*, 22 de abril de 2022).

⁸⁶ Véase <https://www.ft.com/content/b02ae9da-feae-4120-9db9-fa6341f661ab>.

⁸⁷ Baldon Avocats, 2022, *Summary Note on Regulatory Chill*, pág. 25.

⁸⁸ Gus Van Harten y Dayna Nadine Scott, “Investment treaties and the internal vetting of regulatory proposals: a case study from Canada”, *Journal of Investment Dispute Settlement*, vol. 7, núm. 1, (marzo de 2016).

la salud, el derecho al agua y el derecho a un medio ambiente saludable. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar” hacen hincapié en que los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión (A/HRC/17/31, principio 9). En los principios marco sobre derechos humanos y el medio ambiente se afirma que los Estados deben asegurarse de que los acuerdos que facilitan el comercio y las inversiones internacionales sirven para respaldar, y no para obstaculizar, la capacidad de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos y garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (A/HRC/37/59, principio 13, párr. 39).

54. Muchos de los proyectos objeto de demandas de SCIE interfieren, o interferirían, en la capacidad de las personas para disfrutar del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, que incluye aire no contaminado, agua potable suficiente, alimentos saludables y producidos de manera sostenible, entornos no tóxicos, biodiversidad y ecosistemas sanos y un clima sin riesgos. Las emisiones de las centrales eléctricas de carbón son una de las principales fuentes de contaminación atmosférica, y sin embargo Alemania y el Reino de los Países Bajos se enfrentan a pagos multimillonarios por sus decisiones de eliminar gradualmente la electricidad generada con carbón. Doe Run, una empresa estadounidense, estuvo explotando la tristemente célebre fundición de La Oroya en el Perú, que produjo la emisión de enormes volúmenes de sustancias que contaminaron el aire y envenenaron a una comunidad y a sus niños. Sin embargo, la compañía, en lugar de pagar por la contaminación causada, interpuso dos demandas de SCIE contra el Perú por un supuesto trato injusto y no equitativo cuando el Gobierno intentó imponer normas más estrictas para la protección del medio ambiente⁸⁹.

55. Grandes proyectos mineros emprendidos en África, Asia, Europa y América Latina amenazan la calidad del agua, pero las medidas estatales para garantizar la seguridad del agua han dado pie a demandas de SCIE de inversionistas extranjeros, con sede en el Norte Global, que reclaman miles de millones de dólares en indemnizaciones. Eslovaquia fue demandada por un inversionista extranjero en un caso de SCIE relativo a un proyecto de exportaciones de agua a granel, que fueron declaradas ilegales por una enmienda constitucional⁹⁰.

56. La biodiversidad, que ya se está reduciendo aceleradamente, se ve aún más amenazada por las demandas de SCIE cuya finalidad es impulsar proyectos que degradarán los ecosistemas y dañarán la vida salvaje. En virtud de un laudo, una empresa sueca obtuvo una indemnización de 165 millones de dólares de la República Unida de Tanzania después de que el Estado paralizara un proyecto de construcción de una planta de bioenergía que habría requerido el desplazamiento de miles de personas y puesto en peligro la fauna de un parque nacional, entre la que figuraban elefantes, hipopótamos y jirafas⁹¹. Los ecosistemas marinos se ven amenazados por más de 50 demandas de SCIE relacionadas con actividades industriales en el mar⁹².

57. La continuidad de los proyectos de explotación de combustibles fósiles, así como las incesantes prospecciones de carbón, petróleo y gas y la ampliación de las

⁸⁹ *Renco v. the Republic of Peru (I)*, CIADI, caso núm. UNCT/13/1; y *Renco c. la República del Perú II*, Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2019-46.

⁹⁰ *Muszynianka v. Slovakia*, Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2017-08.

⁹¹ Kizito Makoye, “Villagers spared eviction as Tanzania halts \$500 million energy project to save wildlife”, Reuters, 6 de junio de 2016.

⁹² Comunicación de One Ocean Hub e International Institute for Environment and Development.

infraestructuras de combustibles fósiles comprometen la seguridad climática. Inversionistas extranjeros ya han recurrido a demandas de SCIE o a la amenaza de interponerlas para impugnar medidas gubernamentales destinadas a limitar o eliminar progresivamente la prospección, la producción o el uso de combustibles fósiles en Alemania, el Canadá, Dinamarca, el Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, los Estados Unidos, Francia, Italia, Nueva Zelandia y el Reino de los Países Bajos. Un ejemplo paradigmático de pretensiones absurdas en lo tocante a indemnizaciones es el de un inversionista extranjero que gastó 20 millones de dólares en licencias para la prospección de petróleo y gas en Eslovaquia, no llevó a cabo el proceso de evaluación de impacto ambiental y, sin embargo, reclama 2.000 millones de dólares por daños y perjuicios⁹³. Las empresas de combustibles fósiles también recurren al sistema de SCIE para evitar aumentos de impuestos⁹⁴.

58. Muchos inversionistas extranjeros cuyos proyectos tienen importantes consecuencias climáticas y ambientales pasan por alto los derechos de las comunidades indígenas al consentimiento libre, previo e informado, no consultan con otras comunidades afectadas, se niegan a cumplir las leyes de evaluación de impacto ambiental y provocan una reducción del espacio cívico. Los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente suelen movilizarse contra los proyectos de inversión extranjera por las repercusiones negativas que tienen en el medio ambiente, los medios de subsistencia y la cultura, así como por la incapacidad de los procesos de aprobación para abordar esas repercusiones. A menudo, para esos defensores el costo personal es considerable, ya que se tienen que enfrentar a la intimidación, la violencia y la criminalización.

59. Muchos expertos de las Naciones Unidas han advertido de los riesgos que los AII implican para la realización de los derechos humanos⁹⁵. Varios relatores especiales han pedido que se eliminen los mecanismos de SCIE⁹⁶. Expertos de la Universidad de Boston advirtieron específicamente de que el sistema de SCIE supone una considerable amenaza para el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible⁹⁷. Los Estados suelen defenderse ante las demandas de SCIE explicando que las medidas que adoptan son necesarias para el respeto y la protección de los derechos humanos y, en general, para el cumplimiento de sus obligaciones en esa materia. Colombia, Costa Rica, el Ecuador y El Salvador han argumentado que su negativa a permitir que se abrieran o se siguieran explotando minas estaba relacionada con la obligación de los Estados de proteger el derecho a un medio ambiente saludable. Los tribunales han desestimado con frecuencia esos argumentos acerca de los derechos humanos. México perdió una demanda de SCIE después de cancelar los permisos de explotación de una planta de residuos peligrosos por violar el derecho constitucional a un medio ambiente saludable. El tribunal arbitral rechazó esa justificación y concedió una indemnización al inversionista extranjero⁹⁸.

60. Son raros los casos en los que los tribunales de arbitraje toman seriamente en consideración las preocupaciones relativas a los derechos humanos. En dos arbitrajes promovidos por inversionistas extranjeros que contaban con contratos para suministrar agua potable, los tribunales determinaron que la Argentina debía respetar tanto las obligaciones derivadas de los tratados de inversión como las relativas a los

⁹³ *Discovery Global v. Slovakia*, CIADI, caso núm. ARB/21/51.

⁹⁴ *Burlington Resources c. República del Ecuador*, CIADI, caso núm. ARB/08/5, decisión sobre responsabilidad, 14 de diciembre de 2012.

⁹⁵ E/CN.4/Sub.2/2003/9, A/HRC/19/59/Add.5, A/70/301, A/72/208, párrs. 18, 19 y 47, A/77/226, párrs. 5 y 90, A/77/284, párr. 62, A/HRC/42/38, párr. 168, A/HRC/41/39 y A/HRC/41/39/Corr.1, A/77/549 y A/HRC/EMRTD/5/CRP.2.

⁹⁶ A/77/226, párr. 90, A/77/284, párr. 80 j), A/HRC/36/40, párr. 91, y A/HRC/33/42.

⁹⁷ Comunicación de la Universidad de Boston.

⁹⁸ *Abengoa y COFIDES c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, caso núm. ARB(AF)/09/2.

derechos humanos⁹⁹. Sin embargo, en otro caso que afectaba a la Argentina se concluyó que el derecho humano al agua conllevaba una obligación de cumplimiento por parte del Estado, pero que esa obligación no era extensiva a ninguna empresa que prestara el servicio requerido a través de un contrato¹⁰⁰.

IV. Iniciativas de reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

61. El sistema de AII es objeto de crecientes críticas, especialmente el proceso de SCIE. Los Estados intentan responder integrando requisitos de desarrollo sostenible en los nuevos tratados y en los acuerdos renegociados mediante disposiciones que aparentemente aclaran el espacio de políticas de los Estados y abordan las responsabilidades de los inversionistas en relación con el medio ambiente, el cambio climático y los derechos humanos (A/76/238, párr. 9). Por ejemplo, en el tratado bilateral de inversiones entre Australia y el Reino Unido (2021) se reconoce el derecho de cada Estado a establecer sus propios niveles de protección ambiental en el ámbito nacional y sus propias prioridades en relación con el medio ambiente, incluido el cambio climático, así como a establecer, aprobar, adoptar o modificar sus leyes y políticas ambientales en consecuencia¹⁰¹. En el tratado bilateral de inversión celebrado entre Georgia y el Japón en 2021 se establece específicamente que las medidas reguladoras no discriminatorias de un Estado destinadas a proteger el medio ambiente no constituyen expropiación¹⁰².

62. Es poco probable que mediante estas iniciativas de reforma se consiga facilitar un desarrollo justo y sostenible. El controvertido caso *Eco Oro c. Colombia* tenía que ver con un acuerdo de segunda generación, el tratado de libre comercio entre el Canadá y Colombia (que entró en vigor en 2011). El objetivo de varias de sus disposiciones es garantizar a las partes un espacio de políticas adecuado para la protección del medio ambiente¹⁰³. Sin embargo, cuando Colombia se negó a conceder permisos de explotación minera en un ecosistema sensible desde el punto de vista ambiental que abastece de agua potable a millones de personas, tres empresas mineras canadienses presentaron demandas de SCIE. En el caso *Eco Oro*, el tribunal arbitral concluyó que Colombia había vulnerado el derecho a un trato justo y equitativo¹⁰⁴. Un árbitro observó en una opinión disidente que la decisión adoptada por la mayoría no respetaba el texto acordado por los redactores del acuerdo de libre comercio, y era probable que socavara la protección del medio ambiente¹⁰⁵. Según la UNCTAD, la decisión adoptada en el caso *Eco Oro* arrojaba dudas sobre la eficacia de los esfuerzos de los países por reequilibrar los AII incluyendo salvaguardias y excepciones explícitas para proteger el derecho de los Estados a regular la protección del medio ambiente¹⁰⁶.

63. También se están emprendiendo iniciativas para la reforma de los AII a escala internacional en el contexto del Tratado sobre la Carta de la Energía, la Comisión de

⁹⁹ *Suez e Interagua v. The Argentine Republic*, CIADI, caso núm. ARB/03/17, decisión sobre responsabilidad, párr. 240, y *Suez y Vivendi v. The Argentine Republic (II)*, CIADI, caso núm. ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad, párr. 262.

¹⁰⁰ *Urbaser c. la República Argentina*, párr. 1.208 (www.italaw.com/cases/1144).

¹⁰¹ Artículo 22.3.

¹⁰² Artículo 11, párr. 4.

¹⁰³ Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia, anexo, 811 2 b), cap. 17, y art. 2.201.

¹⁰⁴ *Eco Oro v. The Republic of Colombia*, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, 9 de septiembre de 2021.

¹⁰⁵ *Eco Oro v. The Republic of Colombia*, disentimiento parcial del Profesor Philippe Sands, párr. 4.

¹⁰⁶ UNCTAD, "Treaty-based ISDS cases and climate action", pág. 2.

las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y la OCDE, y se ha propuesto la creación de tribunales multilaterales de inversiones (véase el anexo III)¹⁰⁷. Desgraciadamente, los avances son lentos y adolecen de deficiencias críticas, como la escasa atención que se presta a las reformas de los procedimientos. El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas calificó de “simbólicas” las modestas disposiciones sobre derechos humanos que se están incorporando a los AII (A/76/238, párr. 25). En un estudio de 65 AII recientes que incluían cláusulas relativas a la responsabilidad social de las empresas se llegó a la conclusión de que esas blandas disposiciones no creaban obligaciones exigibles y, por tanto, era improbable que tuvieran alguna repercusión en la práctica¹⁰⁸. En ninguna de las limitadas iniciativas de reforma de los AII se aborda la incompatibilidad fundamental del sistema de SCIE con los imperativos climáticos, ambientales y de derechos humanos¹⁰⁹.

V. Revocación del consentimiento a la solución de controversias entre inversionistas y Estados

64. Ante las catastróficas consecuencias que acarrea el sistema de SCIE para el clima, el medio ambiente y los derechos humanos, ¿qué pueden hacer los Estados? Tienen la posibilidad de retirar unilateralmente su consentimiento al arbitraje, una medida contundente que puede adoptarse de inmediato. Además, es posible poner fin a los AII unilateralmente o por consentimiento de las partes. También pueden renegociarse o sustituirse por nuevos tratados. Los Estados disponen asimismo de la opción de retirarse de los mecanismos multilaterales que respaldan el régimen de SCIE, como el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. En cualquier circunstancia, los inversionistas extranjeros conservan la posibilidad de presentar demandas ante los tribunales nacionales (en igualdad de condiciones con los inversionistas nacionales) y la opción de adquirir un seguro frente a riesgos políticos.

65. Algunos Estados ya han empezado a retirarse de AII que limitan su capacidad de regular procurando el interés público. Desde 2017, el número de tratados a los que han puesto fin los Estados ha superado ampliamente al de nuevos AII¹¹⁰. Se ha constatado la terminación de al menos 575 AII, muchos de ellos en los últimos cinco años¹¹¹. Entre los Estados que han tomado medidas para reducir o eliminar su exposición a las demandas de SCIE se encuentran el Brasil, el Canadá, los Estados Unidos, la India, Indonesia, el Pakistán, Sudáfrica y los 27 Estados miembros de la Unión Europea. En algunos casos, en el momento de la terminación los Estados han acordado neutralizar o limitar los efectos de las cláusulas de supervivencia.

¹⁰⁷ Puede consultarse en www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-environment.

¹⁰⁸ Nicolas Bueno, Anil Yilmaz Vastardis e Isidore Ngneuleu Djeuga, “Investor human rights and environmental obligations: the need to redesign corporate social responsibility clauses”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 24 (2023), pág. 38.

¹⁰⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2023*, págs. 57, 73 y 74.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 73.

¹¹¹ UNCTAD, navegador de acuerdos internacionales de inversión.

A. Declaraciones unilaterales por las que se retira el consentimiento al arbitraje

66. Los Estados tienen la facultad de formular declaraciones unilaterales para retirar su consentimiento al arbitraje¹¹². Las declaraciones unilaterales no afectarían a las demandas de SCIE pendientes, pero impedirían futuras demandas, al tiempo que dejarían intactas las restantes disposiciones de los AII (incluidas las relativas a la solución de controversias entre Estados), lo que indicaría un mantenimiento del apoyo al derecho internacional en materia de inversiones. Hace diez años, una declaración de ese tipo podría haber resultado polémica, pero ya no debería ser así, habida cuenta de la preocupación generalizada y bien fundada sobre el sistema de SCIE y de las medidas adoptadas por los Estados con más recursos económicos, entre ellos el Canadá, los Estados Unidos y los Estados miembros de la Unión Europea, para evitar o reducir la posibilidad de quedar expuestos a demandas de SCIE. La oposición de esos Estados de altos ingresos a tales declaraciones se consideraría un gesto hipócrita, si se tiene presente su propia actuación al respecto. En vista de la crisis ambiental mundial, la retirada unilateral del consentimiento al arbitraje es el medio más rápido con el que cuentan los Estados para hacer frente a los efectos adversos del sistema de SCIE sobre la acción climática, la protección del medio ambiente y los derechos humanos.

B. Terminación unilateral de tratados

67. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la terminación unilateral debe llevarse a cabo conforme a las disposiciones del tratado (art. 54 a)). Los AII contienen varios tipos de cláusulas que permiten a los Estados ponerles fin: dentro de determinados plazos antes de la renovación, después de un plazo fijo o en cualquier momento. En general, la parte que pone fin al contrato debe notificarlo a las otras partes, normalmente con una antelación de entre 6 y 12 meses. Las cláusulas de supervivencia no pueden invalidarse unilateralmente, sino que se requiere el consentimiento de todas las partes.

C. Terminación por consentimiento

68. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite a las partes dar por finalizado acuerdo o retirarse de él por consentimiento de todas las partes, previa consulta con los demás Estados contratantes (art. 54 b)). La terminación por consentimiento puede o no ir acompañada de la negociación de un tratado de sustitución o de un nuevo instrumento multilateral. Por ejemplo, los Estados miembros de la Unión Europea acordaron en virtud de un tratado poner fin a todos los tratados bilaterales de inversión entre los miembros tras una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual las cláusulas de arbitraje entre inversionistas y Estados eran incompatibles con la legislación de la Unión Europea. El acuerdo se aplica a todas las demandas de arbitraje pendientes y futuras y aclara que todas las cláusulas de supervivencia que figuran en los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea también quedan sin efecto¹¹³. El acuerdo entró en vigor en 2020 y ha sido ratificado por 23 Estados.

¹¹² Rob Howse, "A short cut to pulling out of investor-State arbitration under treaties: just say no", *International Economic Law and Policy Blog*, 9 de marzo de 2017 (<http://worldtradelaw.typepad.com>).

¹¹³ Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, arts. 2, párr. 2, y 3.

69. Como ya se ha comentado, las cláusulas de supervivencia plantean grandes dificultades para poner fin efectivamente a los AII, ya que exponen a los Estados a una responsabilidad que sigue aplicándose a las medidas adoptadas tras la terminación. La única forma de neutralizar una cláusula de ese tipo es mediante el consentimiento de todas las partes, como en el caso anterior de los tratados bilaterales de inversión de la Unión Europea. El tratado bilateral de inversiones de 1995 entre la Argentina e Indonesia constituye otro ejemplo en el que ambos Estados acordaron poner fin al tratado y rescindir su cláusula de supervivencia.

D. Sustitución de acuerdos internacionales de inversión por nuevos tratados

70. Los nuevos tratados pueden incluir disposiciones que promuevan inversiones en la mitigación del cambio climático, la adaptación a este y la resiliencia, protejan el margen de maniobra de los Estados para la regulación, den prioridad a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos y faciliten la cooperación mundial ante desafíos transnacionales. Si los Estados partes en un AII celebran un nuevo tratado de inversión, se da por terminado el tratado original. En los nuevos tratados se suelen abordar las cláusulas de supervivencia mediante disposiciones transitorias. El reciente Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea ha puesto fin a ocho tratados bilaterales de inversión. Una disposición transitoria específica que los tratados bilaterales de inversión preexistentes entre el Canadá y varios Estados miembros de la Unión Europea dejan de tener efecto y son reemplazados por el Acuerdo en el momento en el que este entra en vigor (art. 30.8, párr. 1). Solo se pueden presentar reclamaciones en virtud de uno de los acuerdos terminados si la acción del Estado que se impugna es anterior a la terminación y han transcurrido menos de tres años (art. 30.8, párr. 2 a) y b)).

E. Retirada de los mecanismos multilaterales

71. La retirada de los instrumentos multilaterales que respaldan el sistema de SCIE es otro paso hacia el desmantelamiento de este sistema disfuncional¹¹⁴. El Estado Plurinacional de Bolivia y el Ecuador se han retirado del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y ha puesto fin a todos sus tratados bilaterales de inversión. En las constituciones de ambos Estados figuran disposiciones que prohíben a los Gobiernos ceder competencia al arbitraje internacional en asuntos relacionados con la inversión extranjera.

VI. Conclusiones y recomendaciones

72. **Las medidas para abordar la crisis ambiental planetaria y sus catastróficas consecuencias para los derechos humanos no pueden esperar. La humanidad ha llegado a un punto de “ahora o nunca” que exige una reducción drástica y rápida de las emisiones, descontaminación y una mayor protección de la naturaleza de aquí a 2030. De lo contrario, nos arriesgamos a un futuro inviable para nosotros y para las generaciones venideras. Sin embargo, mientras los Estados se esfuerzan para hacer frente a la crisis climática, proteger el medio ambiente y salvaguardar los derechos humanos, se ven amenazados por inversionistas extranjeros que utilizan las demandas de SCIE y la amenaza de interponerlas**

¹¹⁴ UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime* (2018), pág. 92.

para retrasar, debilitar o anular esas medidas imprescindibles y obtener miles millones de dólares en indemnizaciones.

73. El sistema de SCIE, que tiene sus raíces en el colonialismo y el extractivismo, no es apto para el siglo XXI porque prioriza los intereses de los inversionistas extranjeros sobre los derechos de los Estados, los derechos humanos y el medio ambiente. Las demandas de SCIE y sus paralizantes costos ya han tenido enormes repercusiones al disuadir, retrasar y diluir decisiones de política climática y ambiental de los Estados. Tan preocupantes como los costos astronómicos asociados al arbitraje de SCIE son los efectos amedrentadores que las amenazas de tales procedimientos tienen sobre la acción climática y ambiental.

74. Las demandas de SCIE y la amenaza de interponerlas impiden avanzar en cuestiones climáticas y ambientales, por lo que tienen un enorme impacto en los derechos humanos. Los derechos de participación, esenciales para la realización de todos los derechos humanos, se violan sistemáticamente, con lo que se invisibiliza a las comunidades afectadas. Los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación y al agua, los derechos culturales y el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible están siendo violados y seguirán siéndolo, y el estado de derecho seguirá viéndose socavado, a menos que se elimine el sistema de SCIE. Lo que se necesita es una reformulación completa de los AII para desalentar las inversiones que socavan la acción por el clima y el medio ambiente y los derechos humanos, eliminar la protección otorgada a quienes realizan esas inversiones y fomentar la inversión en soluciones sostenibles. El mundo necesita desesperadamente una transición justa hacia una energía verde y sin emisiones de carbono, lo que requiere inversiones cuantiosas en energías renovables, almacenamiento de energía y eficiencia energética, así como una rápida eliminación de los combustibles fósiles, el fin de la deforestación y la transformación de la agricultura industrial. Todas esas iniciativas deben ser lideradas y financiadas en gran medida por los Estados con más recursos, que históricamente han sido los principales responsables de las emisiones.

75. Para fomentar una acción climática y ambiental urgente y ambiciosa y cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, incluidas las relacionadas con el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, todos los Estados deberían adoptar de inmediato las disposiciones que se indican a continuación:

a) Eliminar la posibilidad de quedar expuestos a futuras demandas de SCIE mediante alguna combinación de las siguientes medidas:

i) Formular declaraciones unilaterales para revocar su consentimiento al arbitraje en virtud de los AII existentes (dejando intactas las restantes disposiciones de los tratados y la solución de controversias entre Estados) y no oponerse a que las demás partes en el tratado hagan lo mismo;

ii) Negociar la eliminación de los mecanismos de SCIE de todos los AII existentes y la anulación de las cláusulas de supervivencia;

iii) Poner fin unilateral o conjuntamente a los AII existentes que incluyan el mecanismo de SCIE, incluido el Tratado sobre la Carta de la Energía;

iv) Retirarse del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados;

b) Negarse a incluir procedimientos de SCIE en nuevos AII;

c) **Negociar, con total transparencia y velando por una participación pública inclusiva, nuevos AII que protejan los derechos humanos y el medio ambiente mediante lo siguiente:**

i) **Salvaguardando la capacidad de los Estados para adoptar medidas climáticas y ambientales ambiciosas y eficaces;**

ii) **Garantizando que los Estados puedan adoptar medidas destinadas a cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos;**

iii) **Incorporando definiciones claras de términos tales como expropiación, trato justo y equitativo y expectativas legítimas;**

iv) **Designando a los tribunales nacionales como el foro indicado para resolver las controversias entre inversionistas y Estados y, cuando sea necesario, reforzando la independencia, la titularidad y la especialización de los jueces;**

v) **Impidiendo la interposición de demandas de indemnización ante tribunales nacionales por parte de inversionistas extranjeros que vulneren la legislación nacional, violen los derechos humanos o incumplan de otro modo las normas nacionales, regionales e internacionales;**

vi) **Impidiendo la interposición de demandas de indemnización ante tribunales nacionales por parte de empresas buzón creadas principalmente para aprovecharse de los AII;**

vii) **Limitando toda indemnización a la cantidad que el inversionista extranjero pueda demostrar que ha invertido en un proyecto y no ha recuperado;**

viii) **Imponiendo responsabilidades en materia de derechos humanos exigibles jurídicamente a los inversionistas extranjeros, incluida la obligación de diligencia debida en las esferas de los derechos humanos y el medio ambiente;**

ix) **Garantizando un acceso oportuno y asequible a la justicia con recursos efectivos para las comunidades y personas cuyos derechos humanos se vean amenazados o afectados por inversionistas extranjeros;**

x) **Promoviendo los valores de transparencia, obligación de rendir cuentas, igualdad, no discriminación, prevención y desarrollo sostenible;**

d) **Realizar, con arreglo a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, evaluaciones de impacto de los acuerdos comerciales y de inversión, evaluaciones de impacto *ex ante* y *ex post* de los AII sobre los derechos humanos y el medio ambiente, y aplicar todas las recomendaciones;**

e) **Apoyar las negociaciones que guarden relación con el tratado internacional propuesto sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos, y ratificarlo sin demora una vez que se alcance un acuerdo.**