



# Asamblea General

Distr. general  
26 de junio de 2023  
Español  
Original: inglés

---

## Consejo de Derechos Humanos

### 54º período de sesiones

11 de septiembre a 6 de octubre de 2023

Tema 3 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,  
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,  
incluido el derecho al desarrollo**

## **El derecho al desarrollo en el derecho internacional de las inversiones**

### **Estudio del Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo**

#### *Resumen*

En el presente estudio, el Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo examina el papel actual y futuro del derecho al desarrollo en el derecho internacional de las inversiones, analiza el derecho al desarrollo en el derecho internacional de las inversiones vigente, estudia la evolución del papel de los inversionistas como garantes de derechos, examina los efectos de dos importantes novedades jurídicas recientes, considera la función del *amicus curiae* y trata la cuestión de si los árbitros deben tener un historial demostrado de experiencia en derechos humanos antes de ser nombrados para dirimir controversias en materia de inversiones. El informe concluye con varias recomendaciones y propuestas.



## I. Objetivos

1. En el presente estudio, el Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo:
  - a) Analiza los elementos del derecho al desarrollo que figuran en el derecho internacional de las inversiones vigente, tanto en la nueva generación de acuerdos internacionales de inversión como en los laudos arbitrales, y formula recomendaciones y propuestas de mejora (como se ha demostrado, la ausencia de mención expresa del derecho al desarrollo en los acuerdos internacionales de inversión no es óbice para el presente análisis);
  - b) Examina y considera las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos de sus poblaciones, entre ellos, principalmente, el derecho al desarrollo, junto con el derecho a regular en el derecho internacional de las inversiones;
  - c) Estudia la evolución del papel de los inversionistas como garantes de derechos en el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos, así como las obligaciones de los Estados con respecto a la cooperación internacional, la promoción del desarrollo sostenible y la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible enunciados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, según lo previsto en los acuerdos internacionales de inversión, ya sean bilaterales o multilaterales;
  - d) Examina los efectos de dos importantes novedades jurídicas recientes, teniendo en cuenta: i) la mención expresa del derecho al desarrollo en el preámbulo del Acuerdo de París de 2015; y ii) la continua tensión entre las obligaciones de los Estados de cumplir los objetivos en materia de acción climática y sus obligaciones para con los inversionistas extranjeros;
  - e) Considera la función del *amicus curiae* (es decir, los argumentos presentados por personas interesadas que no son parte en un caso concreto) en los casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados, como fuente de conocimientos especializados en materia de derechos humanos y como medio para que participen grupos de personas o pueblos cuyos derechos humanos se ven afectados por hechos subyacentes a dichas controversias; la resolución de controversias es una parte esencial del derecho internacional de las inversiones que incide directamente en el derecho al desarrollo, tanto de las personas como de los pueblos;
  - f) Trata la cuestión conexa de si los árbitros deberían tener un historial demostrado de experiencia en derechos humanos (incluida la esfera del desarrollo sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible) como requisito para ser nombrados para dirimir controversias en materia de inversión que susciten cuestiones relacionadas con los derechos humanos o los Objetivos de Desarrollo Sostenible, o si podrían resultar más eficaces otros medios de selección de un tribunal debidamente calificado;
  - g) Destaca las buenas prácticas de los Estados y formula recomendaciones, con arreglo al mandato del Mecanismo de Expertos.

## II. Mandato y metodología

2. El estudio, que se basa en una revisión de la bibliografía pertinente, también se nutre de las respuestas recibidas al cuestionario enviado a diversas partes interesadas —Estados Miembros, organizaciones de la sociedad civil, organizaciones intergubernamentales y organismos de las Naciones Unidas— y a una convocatoria abierta de propuestas.
3. Los resultados del 27º período de sesiones de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático aportaron ideas útiles, en particular sobre los objetivos climáticos en el contexto del actual régimen de acuerdos internacionales de inversión. También resultó de utilidad la información obtenida mediante las interacciones con académicos, las visitas académicas y en la labor realizada en esa esfera por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Centro del Sur y otros centros de investigación y organizaciones de la sociedad civil.

4. Las recomendaciones formuladas en el estudio se basan a su vez en el examen de los modelos de tratados bilaterales de inversión y en determinados acuerdos internacionales de inversión progresivos que incorporan disposiciones de derechos humanos de alguna forma, laudos arbitrales y otras sentencias judiciales. Es importante tener en cuenta que la materia se refiere a un ámbito de interés en constante evolución.

### **III. El derecho al desarrollo en el derecho internacional de las inversiones**

5. En el estudio, se examina el derecho al desarrollo en el contexto del derecho internacional de las inversiones, sobre la base de los principios fundamentales establecidos en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986), y la relación simbiótica entre el derecho al desarrollo y el desarrollo sostenible, considerados junto con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030<sup>1</sup>.

6. A efectos del estudio, es importante hacer hincapié en los tres aspectos del desarrollo sostenible, a saber: desarrollo social, desarrollo económico y protección del medio ambiente<sup>2</sup>. El concepto de desarrollo social abarca el concepto de derechos humanos, establecido desde hace tiempo; es imposible avanzar en el desarrollo social y el desarrollo sostenible si se socavan los derechos humanos. Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y las 169 metas incorporadas en la Agenda 2030 representan el consenso mundial vigente sobre el alcance y el contenido del desarrollo sostenible<sup>3</sup>.

7. A la luz de lo anterior, en el estudio se examinan las interacciones, tensiones y la posible coexistencia en la esfera de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones. Junto con el derecho de los Estados a regular en aras del interés público, se presta atención al deber de cooperación internacional entre Estados y al derecho de las personas y los pueblos a participar, que son dos aspectos importantes del derecho al desarrollo. Desde la perspectiva del derecho al desarrollo, el estudio contextualiza la inversión como un medio para alcanzar un fin, que no es otro que la realización del desarrollo descrita en el preámbulo de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. En resumen, el objetivo de la inversión, y por tanto del derecho internacional de las inversiones, debe ser “el mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos”<sup>4</sup>.

8. Las cuestiones señaladas se analizan, entre otras cosas, mediante el examen de los temas planteados en el cuestionario mencionado que se envió a diversas partes interesadas y de las respuestas recibidas. El Mecanismo de Expertos da las gracias a los Estados, las organizaciones intergubernamentales, los organismos de las Naciones Unidas, los miembros de organizaciones de la sociedad civil y los académicos que contribuyeron al estudio.

### **IV. Panorama del desarrollo sostenible en los acuerdos internacionales de inversión**

9. Numerosos acuerdos internacionales de inversión, especialmente los más recientes, contienen precisiones y aclaraciones dirigidas a proteger los derechos de los Estados a regular en aras del interés público. Cabe destacar que el desarrollo sostenible, los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los derechos humanos aparecen en varios acuerdos internacionales de inversión y modelos de tratados bilaterales de inversión<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> A/HRC/48/63, párrs. 19 a 23.

<sup>2</sup> Véase A/42/427, anexo.

<sup>3</sup> Véase la resolución 70/1 de la Asamblea General.

<sup>4</sup> Véase la resolución 41/128 de la Asamblea General, anexo.

<sup>5</sup> De los acuerdos internacionales de inversión recopilados por la UNCTAD (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>), algunos de los cuales se han dado por terminados y otros se han firmado pero aún no han entrado en vigor, más de 200

10. Desde que la Asamblea General aprobó la Agenda 2030 en 2015, se han celebrado 224 acuerdos internacionales de inversión, el 31 % de los cuales contiene disposiciones que tratan directamente sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

11. Los acuerdos internacionales de inversión se refieren al desarrollo sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de diferentes maneras, ya sea destacando el derecho de los Estados a regular en aras del interés público o imponiendo deberes a los inversionistas extranjeros, por ejemplo el deber de contribuir al desarrollo sostenible, respetar normas específicas y cumplir los derechos humanos en general y también con los principios de responsabilidad social empresarial.

12. Entre los ejemplos de las formas en que los acuerdos internacionales de inversión<sup>6</sup> han tratado el desarrollo sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible cabe destacar:

a) Hacer referencia al desarrollo sostenible en sus preámbulos (por ejemplo, el tratado bilateral de inversión entre el Brasil y la India (2020) y el tratado bilateral de inversión entre la República Islámica del Irán y Eslovaquia (2016));

b) Emplear una definición de “inversión” que exige contribuir al desarrollo sostenible del país anfitrión para ser válida (por ejemplo, el tratado bilateral de inversión entre Marruecos y Nigeria (2016));

c) Disponer excepciones de políticas públicas que permitan al Estado anfitrión adoptar medidas para proteger objetivos de las políticas públicas, como la protección de la salud pública y el medio ambiente (por ejemplo, el tratado bilateral de inversión entre el Canadá y Mongolia (2016) y el tratado bilateral de inversión entre Georgia y el Japón (2021));

d) Imponer a los Estados la obligación de no relajar las normas laborales o ambientales para atraer inversión extranjera (por ejemplo, el tratado bilateral de inversión entre Colombia y los Emiratos Árabes Unidos (2017) y el tratado bilateral de inversión entre el Japón y Marruecos (2020));

e) Imponer a los inversionistas obligaciones tendentes a una conducta empresarial responsable (por ejemplo, el tratado bilateral de inversión entre el Brasil y Etiopía (2018)).

f) Incluir disposiciones que impiden las prácticas corruptas (por ejemplo, el tratado bilateral de inversión entre Georgia y el Japón (2021));

g) Incluir disposiciones que promueven el cumplimiento del desarrollo sostenible en la inversión extranjera directa (por ejemplo, el acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Singapur (2019)).

13. Asimismo, los principios de cooperación y fomento de la capacidad se mencionan a veces expresamente en los tratados bilaterales de inversión, por ejemplo, en el concertado entre el Brasil y Malawi (2015)<sup>7</sup>, que destaca el fortalecimiento del fomento de la capacidad local a través de una estrecha cooperación con las estructuras comunitarias a fin de contribuir al desarrollo sostenible del país anfitrión.

14. Entre los ejemplos de modelos progresivos de acuerdos de inversión cabe destacar los del Reino de los Países Bajos (2019)<sup>8</sup> y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (2019).<sup>9</sup>

15. El modelo de tratado bilateral de inversión de la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa —que comprende múltiples elementos del derecho al desarrollo, en particular el desarrollo sostenible— hace hincapié en la importancia de la cooperación

---

contienen el término “desarrollo sostenible”. El más antiguo en que aparece el término es el Acuerdo Marco de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Brasil (1992).

<sup>6</sup> Los acuerdos internacionales de inversión aquí enumerados pueden consultarse en el International Investment Agreements Navigator de la UNCTAD (Navegador para acuerdos internacionales de inversión: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>).

<sup>7</sup> La importancia de la cooperación también se refleja en los acuerdos de libre comercio (véase el art. 22.20 del acuerdo entre Australia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2021)).

<sup>8</sup> Reino de los Países Bajos, Acuerdo sobre promoción recíproca e inversiones (marzo de 2019), arts. 2, 3, 6 y 7.

<sup>9</sup> Modelo de tratado bilateral de inversión de la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, arts. 14 a 18.

internacional para lograr el desarrollo sostenible y reconoce que los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible son interdependientes y se refuerzan mutuamente<sup>10</sup>. Cabe destacar que, además de fomentar el diálogo entre las partes contratantes, el modelo también alienta a los Estados a dialogar con sus organizaciones de la sociedad civil.

16. El modelo de tratado bilateral de inversión del Reino de los Países Bajos (2019) contiene numerosas referencias al desarrollo sostenible y a los derechos humanos<sup>11</sup>, incluida una referencia expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>12</sup>. Es posible que ese modelo ya se haya utilizado en negociaciones, ya que, al parecer, el Reino de los Países Bajos tiene ya el permiso de la Comisión Europea para renegociar sus tratados bilaterales de inversión vigentes con varios países, entre ellos la Argentina, Burkina Faso, el Ecuador, los Emiratos Árabes Unidos, Nigeria, la República Unida de Tanzania, Türkiye y Uganda, y para iniciar negociaciones de nuevos tratados bilaterales de inversión con el Iraq y Qatar<sup>13</sup>.

## V. Importancia de las novedades

17. Desde que se aprobó la Agenda 2030, se ha avanzado en la incorporación del desarrollo sostenible, los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los derechos humanos en los acuerdos internacionales de inversión. No obstante, hay que puntualizar aspectos importantes.

18. En primer lugar, observando el conjunto de acuerdos internacionales de inversión vigentes o que se han firmado pero aún no han entrado en vigor (aproximadamente 3300 acuerdos internacionales de inversión)<sup>14</sup>, todos menos 245 se firmaron antes de que se aprobaran los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 2015. Por lo tanto, no es sorprendente que la inmensa mayoría de esos acuerdos no contenga disposiciones específicas acerca de los objetivos de desarrollo sostenible, ya sea *per se* o en lo sustancial. De los aproximadamente 70 acuerdos internacionales de inversión que sí contienen disposiciones de ese tipo, prácticamente todos se firmaron tras la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Sin embargo, solo representan una minoría (aproximadamente el 30 %) del total de acuerdos internacionales de inversión firmados después de 2015, lo que demuestra que incorporar el desarrollo sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los acuerdos internacionales de inversión aún no se ha convertido en la norma predominante en la redacción de tratados y en las políticas nacionales de inversión. Para que se dé el cambio habrá que lograr un mayor consenso internacional y un liderazgo más decidido por parte de las grandes economías que suelen marcar la agenda de las negociaciones de los tratados.

19. En segundo lugar, la mayoría de los nuevos acuerdos internacionales de inversión cuyas disposiciones sustantivas incorporan el desarrollo sostenible parece limitar su papel principalmente a excepciones, recomendaciones y compromisos políticos, en lugar de imponer obligaciones vinculantes a los Estados o a los inversionistas para que contribuyan al desarrollo sostenible<sup>15</sup>. Además, por ahora la obligación de contribuir al desarrollo sostenible no es sistemática ni generalizada. Por ejemplo, tanto Marruecos como Nigeria han firmado el tratado bilateral de inversión (2016) entre ambos países, pero solo Marruecos lo ha ratificado. Aunque en el siguiente modelo de tratado bilateral de inversión de Marruecos (2019) se mantuvo la mención del desarrollo sostenible y Marruecos lo ha incluido en otros tratados bilaterales de inversión, no figura en sus acuerdos de inversión con el Brasil y el

<sup>10</sup> *Ibid.*, art. 14, párr. 3.

<sup>11</sup> Reino de los Países Bajos, Acuerdo sobre promoción recíproca e inversiones (marzo de 2019), preámbulo y arts. 2, 3, 5 y 6.

<sup>12</sup> Véase el art. 6, párr. 6. Sin embargo, hasta la fecha no ha habido mención expresa a la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) en los acuerdos internacionales de inversión.

<sup>13</sup> Jones Day, “Renegotiation of existing BITs by the Netherlands may directly affect current investments”, julio de 2019.

<sup>14</sup> UNCTAD, “The international investment treaty regime and climate action”, *International Investment Agreements Issues Note*, Issue No. 3 (2022).

<sup>15</sup> Ole Kristian Fauchald, “International investment law in support of the right to development?” *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, No. 1 (2021), pág. 189.

Japón<sup>16</sup>. Otros países han adoptado una postura aún más conservadora a la hora de redactar sus modelos de tratados bilaterales de inversión y han decidido evitar por completo la cuestión de si la inversión extranjera contribuye al desarrollo del Estado anfitrión<sup>17</sup>.

20. En tercer lugar, en algunos casos la incorporación del desarrollo sostenible en la definición de “inversión” de los acuerdos internacionales de inversión está respaldada por disposiciones sobre cómo podría lograrse el desarrollo sostenible en el contexto del derecho internacional de las inversiones, a saber, mediante la cooperación internacional y reconociendo que sus aspectos económicos, sociales y medioambientales son interdependientes y se refuerzan mutuamente y fomentando expresamente el diálogo entre los Estados y entre los Estados y la sociedad civil<sup>18</sup>.

21. En este contexto, la aplicación del desarrollo sostenible en el derecho internacional de las inversiones dependerá de cómo interpreten su incorporación a la nueva generación de tratados bilaterales de inversión los tribunales arbitrales internacionales que conozcan de diferencias relativas a inversiones.

22. Corresponderá en gran medida a los tribunales arbitrales comprobar la relevancia práctica y jurídica del desarrollo sostenible y decidir si se concibe como una mera aspiración o como derecho vinculante<sup>19</sup>, aspecto que probablemente revista especial relevancia en los casos en que el concepto de desarrollo sostenible se incorpore a los artículos sustantivos de los acuerdos internacionales de inversión, como la descripción de “inversión” (por ejemplo, en el artículo 1, párrafo 3, del tratado bilateral de inversión entre Marruecos y Nigeria (2016), el artículo 3, párrafo 3, del modelo de tratado bilateral de inversión de Marruecos (2019) y el artículo 1, párrafo 1, del tratado bilateral de inversión entre Egipto y Mauricio (2014)). Dado que estos instrumentos son relativamente nuevos, está por ver si, en posibles controversias, los Estados anfitriones se valdrán del desarrollo sostenible como parte de su defensa frente a posibles demandas de los inversionistas y si los tribunales arbitrales interpretarán que las referencias al desarrollo sostenible constituyen un requisito esencial de las inversiones protegidas o son meras recomendaciones<sup>20</sup>.

23. Además, es probable que el significado jurídico del desarrollo sostenible en el derecho internacional de las inversiones y la forma en que puede lograrse en la práctica se vean condicionados por las novedades relevantes que vayan produciendo paralelamente en el derecho interno de los Estados, en particular en el caso de que sus efectos trasciendan el territorio nacional.

24. A este respecto, cabe señalar como ejemplo un caso reciente en que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania examinó la justiciabilidad del desarrollo sostenible en el contexto de la legislación medioambiental y climática en el país<sup>21</sup>. Sin referirse explícitamente al desarrollo sostenible, el Tribunal consideró el concepto de “equidad intrageneracional” (es decir, la equidad y justicia entre las generaciones actuales), no solo dentro de un Estado sino también a través de las fronteras, y de “equidad intergeneracional”

<sup>16</sup> Arpan Banerjee and Simon Weber, “The 2019 Morocco model BIT: moving forwards, backwards or roundabout in circles?”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, No. 3 (2021), pág. 539.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, el modelo colombiano de tratado bilateral de inversión (2017), en el que los redactores evitaron debatir la cuestión; y Banerjee y Weber, “The 2019 Morocco model BIT”.

<sup>18</sup> Véase el modelo de tratado bilateral de inversión de la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa.

<sup>19</sup> Klentiana Mahmutaj, “Will the Morocco-Nigeria bilateral investment treaty transform sustainable development into hard law?”, *European Journal of International Law*, EJIL: Talk!, enero de 2022.

<sup>20</sup> Cuestión planteada en el cuestionario: un Estado comentó que el concepto de desarrollo sostenible debería estar claramente definido en los acuerdos internacionales de inversión y que excluir los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las disposiciones relativas a la inversión podría tener el efecto no deseado de que los inversionistas realicen actividades que no son sostenibles y, sin embargo, hagan valer los derechos de protección en virtud del acuerdo internacional de inversión. Otros Estados no se pronunciaron sobre esta cuestión, y uno opinó que incluir este concepto podría encarecer la inversión y, por tanto, hacerla menos atractiva para los inversionistas.

<sup>21</sup> Jelena Bäumlner, “Sustainable development made justiciable: the German Constitutional Court’s climate ruling on intra- and inter-generational equity”, *European Journal of International Law*, EJIL: Talk!, junio de 2021.

(el compromiso y la responsabilidad para con las generaciones futuras)<sup>22</sup> al examinar los deberes de Alemania en virtud del Acuerdo de París (2015)<sup>23</sup>. Aunque el caso no afecta directamente al derecho internacional de las inversiones, es una novedad paralela relevante que resulta útil para entender la función cada vez más importante del desarrollo sostenible en el derecho internacional<sup>24</sup> y su interpretación jurídica en futuras controversias sobre inversiones, especialmente porque el elemento medioambiental del desarrollo sostenible en los acuerdos internacionales de inversión, visto a través de la lente del cambio climático, es esencial para hacer efectivo el derecho al desarrollo.

25. En general, el panorama actual apunta a que el desarrollo sostenible podría seguir incorporándose cada vez más en los acuerdos internacionales de inversión. Aunque serán los tribunales arbitrales quienes decidan en el futuro sobre las cuestiones relativas a su estatus jurídico y su interpretación, incluir el desarrollo sostenible en la definición de inversión es un paso en la dirección correcta, ya que, como mínimo, sustenta en el derecho al desarrollo las decisiones sobre inversión extranjera y sobre lo que los Estados anfitriones y los inversionistas deben esperar unos de otros.

26. Además, se necesita un marco jurídico coherente, y coherencia en la interpretación del desarrollo sostenible, para aplicar el derecho al desarrollo en el derecho internacional sobre las inversiones.

## VI. Derechos humanos, responsabilidad social empresarial y derecho al desarrollo

27. Los derechos humanos son una parte esencial del desarrollo sostenible y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. también hace tiempo que forman parte de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, incluso antes de la llegada de la nueva generación de acuerdos internacionales de inversión.

### A. Evolución histórica

28. Hasta ahora, los laudos arbitrales de las soluciones de controversias entre inversionistas y Estados solo han proporcionado un análisis fragmentario e incoherente del papel de los derechos humanos en el derecho internacional de las inversiones. Con frecuencia, los argumentos esgrimidos por los Estados basados en su derecho a regular para proteger los derechos humanos de la ciudadanía han fracasado, suscitando serias dudas acerca de si los Estados disponen de margen suficiente para proteger los derechos de la población y del riesgo de “tibieza regulatoria”. Muy a menudo, la normativa de los tribunales dispone que carecen de jurisdicción para considerar siquiera cuestiones de derechos humanos<sup>25</sup>, como en los casos en que los Estados han presentado demandas reconventionales basadas en supuestas violaciones de los derechos humanos por parte de los inversionistas<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> El desarrollo sostenible figura en varias de las disposiciones sustantivas del Acuerdo de París.

<sup>24</sup> Como ejemplo reciente del modo en que el incumplimiento por parte de un Estado de las obligaciones relativas al clima incide negativamente en la supervivencia y el desarrollo continuo de la identidad cultural, véase Comité de Derechos Humanos, comunicación núm. 3624/2019, *Daniel Billy y otros c. Australia*, dictamen aprobado el 22 de septiembre de 2022.

<sup>25</sup> Fabio Giuseppe Santacroce, “The applicability of human rights law in international investment disputes”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 34, núm. 1 (2019), págs. 136 a 155.

<sup>26</sup> Algunos ejemplos son *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB(AF)/12/5; *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica del Pakistán*, caso CIADI núm. ARB/13/1 y *Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB(AF)/14/1.

29. No obstante, hay excepciones como las siguientes:

a) En *Urbaser S.A. c. la Argentina*<sup>27</sup>, se permitió a la Argentina, en principio, presentar una demanda reconvenional alegando que el concesionario no había realizado una inversión de determinada cuantía y, por tanto, había violado los derechos del pueblo argentino al agua;

b) En el caso *Burlington Resources Inc. c. la República de Ecuador*, se permitió al Ecuador presentar una demanda reconvenional por incumplimiento del derecho ambiental del Ecuador y de las obligaciones contractuales, y se ordenó al inversionista a pagar 41,7 millones de dólares<sup>28</sup>;

c) En el caso *Copper Mesa Mining Corporation c. la República de Ecuador*<sup>29</sup>, aunque el Ecuador había vulnerado varias disposiciones del tratado bilateral de inversión entre el Canadá y el Ecuador, el Tribunal redujo la cuantía del laudo en un 30 % para reflejar que el inversionista, a través de sus acciones ilegales contra los manifestantes que se oponían a la minería, había contribuido a sus propias pérdidas<sup>30</sup>.

## B. Nueva generación de acuerdos internacionales de inversión

30. La nueva generación de acuerdos internacionales de inversión puede marcar un antes y un después en la protección de los derechos humanos en la solución de controversias entre inversionistas y Estados, lo que, en varios aspectos, puede crear un mayor margen para que los Estados invoquen los derechos humanos en dichas controversias, como se describe a continuación.

### 1. Referencias expresas al derecho a regular

31. En algunos de los nuevos acuerdos internacionales de inversión se recoge expresamente el derecho de los Estados a autorregularse. Sin embargo, tales referencias son meramente declarativas; no crean nuevos derechos u obligaciones jurídicamente exigibles y, por lo tanto, es poco probable que, por sí solas, contrarresten adecuadamente las disposiciones de protección de los acuerdos internacionales de inversión<sup>31</sup>. Si se contara con un instrumento jurídicamente vinculante sobre el derecho al desarrollo que contemplara específicamente el derecho a regular se reforzaría la posición de los Estados parte en los acuerdos internacionales de inversión, pero todavía falta para que se concrete<sup>32</sup>. No obstante, hay factores que favorecen considerablemente el derecho al desarrollo, como el hecho de que algunos de los nuevos acuerdos internacionales de inversión, aunque sean pocos, hagan referencia expresa al derecho a regular, las obligaciones en materia de derechos humanos y

<sup>27</sup> Caso CIADI núm. ARB/07/26. Véase también Edward Guntrip, “*Urbaser v. Argentina: the origins of a host State human rights counterclaim in ICSID arbitration?*”, *European Journal of International Law*, EJIL: Talk! 10 de febrero de 2017.

<sup>28</sup> Caso CIADI núm. ARB/08/5: el contrato ya contemplaba el consentimiento para la reconvenión, sin necesidad de deducirlo de un acuerdo internacional de inversión.

<sup>29</sup> *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, caso núm. 2012-2 de la CPA [Corte Permanente de Arbitraje].

<sup>30</sup> Peter Muchlinski, “Can international investment law punish investor’s human rights violations? Copper Mesa, contributory fault and its alternatives”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 37, No. 1–2 (2022), págs. 359 a 377: para proteger la inversión, el demandante contrató a más de 50 agentes de seguridad paramilitares armados. La conducta ilícita de las partes como factor relevante para determinar la admisibilidad y el fondo de la demanda es un principio establecido en el arbitraje internacional.

<sup>31</sup> Barnali Choudhury, “International investment law and non-economic issues”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 53, núm. 1 (2020).

<sup>32</sup> Véase [A/HRC/WG.2/23/2](#), anexo, arts. 3 h) y 11 c).



los instrumentos de derechos humanos<sup>33</sup>, y exijan a los inversionistas que cumplan las normas de responsabilidad social empresarial<sup>34</sup>.

## 2. La conducta de los inversionistas puede afectar a la cuantía de la indemnización

32. Algunos de los nuevos acuerdos internacionales de inversión adoptan el enfoque utilizado en el caso *Copper Mesa* para la cuantía de la indemnización<sup>35</sup>. Por ejemplo, el modelo de tratado bilateral de inversión de Marruecos (2019) exige en su artículo 20, párrafo 5, que los inversionistas tengan en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho ambiental al determinar la cuantía de la indemnización<sup>36</sup>, y el modelo de tratado bilateral de inversión del Reino de los Países Bajos (2019) exige que los tribunales se ocupen de los casos de incumplimiento por parte de un inversionista de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales<sup>37</sup>.

## 3. Obligar a los inversionistas a respetar los derechos humanos en virtud de la legislación del Estado anfitrión

33. Algunos de los nuevos acuerdos internacionales de inversión<sup>38</sup> exigen expresamente a los inversionistas que cumplan con las obligaciones en materia de derechos humanos que dispone la legislación nacional del Estado anfitrión. Este planteamiento es importante en el plano práctico<sup>39</sup> por dos razones principales. La primera es que sirve de recordatorio de que las violaciones de los derechos humanos tienen consecuencias reales<sup>40</sup>; la segunda, que la mención expresa puede reducir o incluso eliminar las objeciones jurisdiccionales a las reconveniones de derechos humanos presentadas por los Estados.

34. Sin embargo, no conviene dar una importancia excesiva a este enfoque, que solo permite presentar una reconvenición, dado que los Estados no pueden iniciar procedimientos de solución de diferencias contra los inversionistas. Podría decirse que se necesita un enfoque más sólido para que las violaciones de los derechos humanos puedan servir como justificación para denegar a los inversionistas la protección del tratado<sup>41</sup>. Otra posibilidad sería que los tribunales arbitrales exigieran el cumplimiento de los derechos humanos como criterio de admisibilidad basado en las políticas públicas internacionales<sup>42</sup>.

<sup>33</sup> Véase el modelo de tratado bilateral de inversión del Reino de los Países Bajos, art. 6, párr. 6.

<sup>34</sup> Véase Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, Código Común de Inversiones, artículo 34, párr. 2; y Comisión de la Unión Africana, proyecto de Código Panafricano de Inversiones (2016), art. 24 a) y b).

<sup>35</sup> Para consultar un análisis crítico sobre si las reclamaciones basadas en los derechos humanos deben tratarse como cuestiones de culpa concurrente en relación con el monto de los daños y perjuicios, véase Muchlinski, "Can international investment law punish investor's human rights violations?".

<sup>36</sup> Véase también el modelo de tratado bilateral de inversión de la India (2015), art. 26, párr. 3.

<sup>37</sup> Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, art. 23.

<sup>38</sup> Modelo de tratado bilateral de inversión de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (2012), art. 15, párr. 1; modelo de tratado bilateral de inversión del Reino de los Países Bajos, art. 7, párr. 1; modelo de tratado bilateral de inversión de la India (2016), art. 12; tratado bilateral de inversión Marruecos-Nigeria, art. 14, y proyecto de Código Panafricano de Inversiones, art. 22.

<sup>39</sup> Eric De Brabandere, "Human rights counterclaims in investment treaty arbitration", *Investment Claims*, 25 de octubre de 2018.

<sup>40</sup> Para consultar un punto de vista interesante acerca de las infracciones de los inversionistas y la indemnización, véase el artículo 2 del tratado bilateral de inversión entre Bangladesh y Dinamarca (2009), que hace referencia a los daños a la salud pública, la vida o el medio ambiente que obligaría a los inversionistas a indemnizar al Estado anfitrión, ya sea en virtud del derecho nacional o internacional.

<sup>41</sup> Parece que esto solo aplica en virtud del modelo colombiano de tratado bilateral de inversión (2017) (capítulo sobre denegación de beneficios).

<sup>42</sup> Para conocer los problemas que entraña este enfoque, véase Muchlinski, "Can international investment law punish investor's human rights violations?", pág. 373.

#### 4. Obligar a los inversionistas a respetar los derechos humanos en virtud de la legislación del Estado de origen

35. Algunos de los nuevos acuerdos internacionales de inversión se refieren específicamente a la posible responsabilidad de los inversionistas por violaciones de los derechos humanos en virtud de las leyes del Estado de origen, esas disposiciones apenas alteran las obligaciones de los inversionistas, limitándose a resaltar pero no a ampliar las obligaciones que ya han contraído<sup>43</sup>. Tampoco parece que impongan obligaciones adicionales a los Estados de origen<sup>44</sup>.

#### 5. Responsabilidad social empresarial

36. Algunos de los nuevos acuerdos internacionales de inversión hacen referencia a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, las principales fuentes para estudiar en el plano internacional la responsabilidad social de las empresas. Al no ser jurídicamente vinculantes, solo figuran en los acuerdos internacionales de inversión a modo de recomendación. Por ejemplo, el artículo 16 del tratado bilateral de inversión entre Burkina Faso y el Canadá (2015) alienta a los inversionistas a incorporar normas reconocidas internacionalmente tanto en sus políticas como en sus prácticas, y el artículo 12 del tratado bilateral de inversión entre la India y Belarús (2018) recomienda a los inversionistas hacer lo mismo de forma voluntaria<sup>45</sup>. No obstante, hay al menos un acuerdo internacional de inversión —el acuerdo de libre comercio entre China y Suiza (2013)— en que se reconoce expresamente la importancia de la responsabilidad social empresarial para el desarrollo sostenible. Aunque esas disposiciones son de “derecho indicativo”, muestran una mayor conciencia de la importancia de los derechos humanos en el derecho internacional de las inversiones.

#### 6. Conclusión

37. Es demasiado pronto para saber si la evolución reciente de las leyes de los Estados que históricamente han exportado capital representa un cambio cultural importante que pueda influir en el papel adecuado de los acuerdos internacionales de inversión en la protección de los derechos humanos en los Estados anfitriones. La falta de avances similares en la legislación nacional de las principales economías del Sur Global indica una asimetría significativa. De momento solo se puede decir que el respaldo a los derechos humanos en los acuerdos internacionales de inversión está dando sus primeros pasos y que será necesario incorporarlos de forma más amplia antes de que pueda lograrse un enfoque sistemático y coherente.

## VII. Repercusiones del cambio climático en el derecho al desarrollo a través del derecho internacional de las inversiones

38. El cambio climático y el derecho al desarrollo están estrechamente relacionados<sup>46</sup>. El cambio climático supone una amenaza existencial para el disfrute del derecho al desarrollo<sup>47</sup>, como se destacó en el Acuerdo de París.

<sup>43</sup> Véase el artículo 7, párrafo 4, del modelo de tratado bilateral de inversión del Reino de los Países Bajos (2019) y el artículo 20 del tratado bilateral de inversión entre Marruecos y Nigeria (2016).

<sup>44</sup> Eric De Brabandere, “The 2019 Dutch model bilateral investment treaty: navigating the turbulent ocean of investment treaty reform”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, núm. 2 (2021), pág. 328.

<sup>45</sup> Véase también el tratado bilateral de inversión entre la Argentina y el Japón (2018), art. 17, y el acuerdo de libre comercio entre Australia y Hong Kong (2019), art. 16.

<sup>46</sup> Véase [A/76/154](#).

<sup>47</sup> Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), “Understanding human rights and climate change” (2015), [A/76/154](#) y Nandita Banerji, “Heatwaves in India could soon break human survivability limit, says World Bank analysis”, *Down to Earth*, 7 de diciembre de 2022.

39. En 2022 se lograron avances con respecto al cambio climático y el derecho al desarrollo en el 27º período de sesiones de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en la que se llegó a un acuerdo sobre un fondo de pérdidas y daños para los países vulnerables<sup>48</sup>. Sin embargo, hacen falta nuevas medidas multidisciplinarias para alcanzar los objetivos climáticos<sup>49</sup> y actuar en los diversos frentes que plantea la amenaza del cambio climático, en particular reducir las emisiones de carbono y aumentar el uso de energías renovables<sup>50</sup>, dos medidas estrechamente ligadas al sistema mundial de inversiones. Está claro que para ese proceso son esenciales la transformación continua y la flexibilidad en muchos campos interconectados, por ejemplo en el del derecho internacional de las inversiones, un área que puede parar o impulsar los avances.

40. En la actualidad, existen pocas disposiciones específicas sobre “cambio climático” en los acuerdos internacionales de inversión ya vigentes o nuevos. Este tipo de disposiciones se han incorporado principalmente en recientes acuerdos internacionales de inversión (o modelos de tratados bilaterales de inversión)<sup>51</sup> y, con mayor frecuencia, en acuerdos de libre comercio, incluidas las secciones relativas al cambio climático<sup>52</sup>. Tal como están las cosas, esas disposiciones no distinguen entre inversiones de altas y bajas emisiones ni afinan las normas de protección<sup>53</sup>, sino que subrayan la importancia de la cooperación internacional entre los Estados para alcanzar los objetivos de la acción climática<sup>54</sup>. En consecuencia, es necesario modificar tanto los antiguos como los nuevos acuerdos internacionales de inversión de manera que los nuevos acuerdos de inversión incluyan disposiciones dirigidas a promover la inversión extranjera directa que proteja el clima<sup>55</sup>. Con miras a respaldar los objetivos en

<sup>48</sup> United Nations Climate Change News, “COP27 reaches breakthrough agreement on new ‘loss and damage’ fund for vulnerable countries”, 20 de noviembre de 2022.

<sup>49</sup> Georgina Rannard, “COP27: climate costs deal struck, but no fossil fuel progress”, BBC News, 20 de noviembre de 2022.

<sup>50</sup> El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático recomienda que “los Gobiernos, las empresas y las instituciones financieras rindan cuentas por sus inversiones actuales en el sector de los combustibles fósiles y en industrias con altas emisiones de carbono y por los consiguientes efectos en materia de derechos humanos que dichas inversiones tienen” (A/77/226, párr. 90 d). Véase también ACNUDH, “Renewable energy and the right to development: realizing human rights for sustainable development” (2022).

<sup>51</sup> Véase por ejemplo el modelo de tratado bilateral de inversión del Canadá (2021), art. 3: Las Partes reafirman el derecho de cada una de ellas a regular dentro de su territorio para alcanzar objetivos de política legítimos, por ejemplo con respecto a la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático; la protección social o de los consumidores; o la promoción y protección de la salud, la seguridad, los derechos de los pueblos Indígenas, la igualdad de género y la diversidad cultural.

<sup>52</sup> Véase el acuerdo de libre comercio entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Nueva Zelanda (2022), art. 14.18, párr. 2; y el acuerdo de libre comercio entre Australia y el Reino Unido (2021), arts. 13.18 y 22.5.

<sup>53</sup> UNCTAD and International Institute for Environment and Development, “Policy brief on international investment agreements and climate action” (marzo de 2022); y OCDE, *Investment Treaties and Climate Change: OECD Public Consultation (January–March 2022) – Compilation of Submissions*, 13 de abril de 2022. Algunos académicos ven con escepticismo la posibilidad de adaptar el régimen de inversiones en función de los objetivos climáticos; véase Kyla Tienhaara y Lorenzo Cotula, “Raising the cost of climate action?: investor-State dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets”, *Investment, Land and Rights series* (London, International Institute for Environment and Development, 2020); y Kyla Tienhaara y otros, “Investor-State disputes threaten the global green energy transition”, *Science*, vol. 376, núm. 6594 (2022). Véase también Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change* (2022), pág. 74.

<sup>54</sup> Véase el acuerdo de libre comercio entre Australia y el Reino Unido (2021), art. 13.18. Véase también el art. 22.5.

<sup>55</sup> Matthew Stephenson y James Zhan han comentado en “What is climate FDI? How can we help grow it?” (Think20 Indonesia, 2022) que: Incluir disposiciones sobre inversión extranjera directa climática en los acuerdos internacionales de inversión (AII) puede ayudar a proteger, promover, facilitar o apoyar de otro modo la inversión extranjera directa que contribuya a reducir las emisiones de carbono, que sea neutra o negativa en emisiones de carbono. Esas disposiciones constituyen un mecanismo muy claro para fomentar dicha

materia de cambio climático, la inversión extranjera directa debe facilitar la transición de las inversiones de altas emisiones a las de bajas emisiones, como se estipula en el artículo 2, apartado 1 c) del Acuerdo de París, y de conformidad con el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales<sup>56</sup>.

41. Sin embargo, la reforma de los acuerdos internacionales de inversión es insuficiente<sup>57</sup>: los derechos de los inversionistas ya están ampliamente protegidos en virtud de los acuerdos internacionales de inversión vigentes, lo que genera tensiones entre el espacio normativo de los Estados para perseguir objetivos climáticos mediante la introducción de leyes, normativas o políticas nacionales, por un lado, y sus obligaciones para con los inversionistas extranjeros, por otro<sup>58</sup>. En la actualidad, quienes invierten en combustibles fósiles gozan de muchas de las protecciones que brindan los acuerdos internacionales de inversión frente a los Estados anfitriones y es probable que las tensiones mencionadas continúen<sup>59</sup>.

42. En la práctica, los acuerdos internacionales de inversión existentes pueden, en el mejor de los casos, ser meramente neutrales en los aspectos del derecho al desarrollo relacionados con el clima y, en el peor, penalizar a los Estados por adherirse a las obligaciones relacionadas con el clima. El mejor ejemplo de ello son algunos laudos arbitrales como los mencionados anteriormente, en los que, aunque se reconocieron dichas tensiones, los tribunales arbitrales fallaron a favor de los inversionistas<sup>60</sup>. Estas demandas pueden dar lugar a cuantiosas indemnizaciones para los inversionistas<sup>61</sup>, que pueden disuadir a los Estados de aplicar políticas respetuosas con el clima<sup>62</sup> o, al menos, encarecerlas, lo que socavaría la confianza pública en la lucha contra el cambio climático<sup>63</sup> y el cumplimiento de los objetivos climáticos<sup>64</sup>.

---

inversión, dado que forman parte del marco jurídico y por lo tanto proporcionan mayor claridad y certidumbre a los inversionistas, además de estipular las consecuencias y el recurso en caso de incumplimiento.

<sup>56</sup> Acuerdo de París, arts. 2, párr. 2, y 4, párr. 19.

<sup>57</sup> Como se señaló en el 27º período de sesiones de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, a algunas empresas les preocupaba perder competitividad si tomaban medidas de descarbonización, aunque otras consideraban que creaba nuevas oportunidades económicas.

<sup>58</sup> UNCTAD, “Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action”, *International Investment Agreements Issues Note* (Issue No. 4 (2022)): “Quienes invierten en el sector de combustibles fósiles inician con frecuencia procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados, hay al menos 192 casos por distintos tipos de conducta de los Estados. En el último decenio también han surgido y proliferado los casos de inversionistas en el sector de las energías renovables que inician procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados; se conocen 80 casos”. Todos menos uno de esos casos se presentaron en virtud de acuerdos internacionales de inversión anteriores a la aprobación de la Agenda 2030.

<sup>59</sup> Como ejemplos recientes de dicha tensión cabe mencionar las controversias entre inversionistas y Estados *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, caso CIADI núm. ARB/16/41, Decisión sobre Competencia, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación, 9 de septiembre de 2021, como una “lucha entre objetivos sociales contrapuestos que tiran en direcciones opuestas: por un lado, la protección de los derechos de un inversionista internacional al amparo de un tratado; por otro lado, la capacidad de una comunidad de adoptar medidas legítimas para conservar su medio ambiente” (Philippe Sands, opinión parcialmente disidente, párr. 1); y *Westmoreland Mining Holdings, LLC c. el Canadá* (II), caso CIADI núm. UNCT/20/3.

<sup>60</sup> Véase *Rockhopper c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/17/14 para consultar otro caso.

<sup>61</sup> UNCTAD, “Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action”.

<sup>62</sup> Lora Verheeecke y otros, “Blocking climate change laws with ISDS threats: Vermilion vs. France”, en *Red Carpet Courts: 10 Stories of How the Rich and Powerful Hijacked Justice* (Bruselas y Ámsterdam, Amigos de la Tierra Europa e Internacional, Transnational Institute y Corporate Europe Observatory, 2019).

<sup>63</sup> Mala Sharma, “Integrating, reconciling, and prioritising climate aspirations in investor-State arbitration for a sustainable future: the role of different players”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, núm. 5-6 (2022), págs. 746 a 777.

<sup>64</sup> Como se señala en el informe de 2022 del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, algunas demandas interpuestas por inversionistas extranjeros contra Estados anfitriones impugnan medidas destinadas a cumplir objetivos climáticos y medioambientales (*Climate Change*

43. Además, la perspectiva de tener que pagar elevadas indemnizaciones a los inversionistas y las costas del proceso<sup>65</sup> puede hacer que a los Estados les resulten caras las medidas climáticas ambiciosas o incluso las moderen<sup>66</sup>. Según un reciente estudio sobre el tema, las demandas de solución de controversias entre inversionistas y Estados por adaptación al clima pueden costar hasta 340.000 millones de dólares<sup>67</sup>.

44. Un ejemplo reciente se refiere a un grupo de inversionistas que interpuso una demanda al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía (1994), para reclamar a cuatro Estados miembros de la Unión Europea un total de 4.000 millones de euros en concepto de daños y perjuicios por proyectos de combustibles fósiles<sup>68</sup>. Diversos factores concurrentes —el “Pacto Verde Europeo”, la fuerte dependencia de algunos Estados miembros de los combustibles fósiles y la falta de reforma del Tratado sobre la Carta de la Energía— ponen de relieve la interacción y las posibles tensiones entre el desarrollo sostenible, el cambio climático y los derechos de los inversionistas en el derecho internacional de las inversiones<sup>69</sup>.

45. Es esencial que la solución de controversias entre inversionistas y Estados logre el equilibrio entre la necesidad de los Estados de modificar y adaptar su legislación en respuesta a la crisis climática y las transformaciones ecológicas conexas, por un lado, y por otro, la estabilidad y previsibilidad del marco regulatorio de los Estados anfitriones, que se garantiza a los inversionistas en determinados acuerdos internacionales de inversión<sup>70</sup>.

46. La flexibilidad es esencial para lograr el equilibrio necesario. Tanto la legislación ambiental como la normativa y las políticas sobre cambio climático son muy dinámicas y exigen una adaptación no lineal e imprevisible para responder a los riesgos climáticos actuales y a la aparición constante de datos que muestran la naturaleza y el alcance de la degradación ambiental<sup>71</sup>. Los Estados desean proteger el medio ambiente y luchar contra el cambio climático, además de aplicar estrategias de desarrollo económico que abarquen, entre

---

2022: *Mitigation of Climate Change*, pág. 1499): “Si bien los acuerdos internacionales de inversión podrían hacer que aumenten las inversiones con bajas emisiones de carbono en los países anfitriones, en general suelen proteger los derechos de los inversionistas, limitando la libertad de los países anfitriones a la hora de adoptar políticas medioambientales”, en referencia a *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Kate Miles, ed. (Edward Elgar, 2019). Véase también UNCTAD, “Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action”; y Lea Di Salvatore, “Investor-State disputes in the fossil fuel industry” (International Institute for Sustainable Development, 2021), pág. 41, donde se constata que la industria de los combustibles fósiles es la que más controversias tiene en el sistema de arbitraje entre inversionistas y Estados, cerca del 20 % de todos los casos conocidos.

<sup>65</sup> Los Estados demandados que pierden estos casos pueden tener que pagar millones de dólares, importes especialmente onerosos para los países en desarrollo y los países menos adelantados.

<sup>66</sup> Véase *Westmoreland Mining Holdings, LLC v. Canada (II)*, caso CIADI núm. UNCT/20/3 (controversia sobre la eliminación de las centrales eléctricas de carbón); y Tarald Laudal Berge y Axel Berger, “Do investor-State dispute settlement cases influence domestic environmental regulation? The role of Respondent State bureaucratic capacity”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 12, núm. 1 (2021), págs. 1 a 41.

<sup>67</sup> Rachel Thrasher, “With a potential \$340 billion price tag, investor-State disputes threaten the global green energy transition”, Boston University Global Development Policy Center, 5 de mayo de 2022.

<sup>68</sup> Camilla Hodgson, “European energy groups seek €4bn damages over fossil fuel projects”, *Financial Times*, 21 de febrero de 2022.

<sup>69</sup> Puede ser motivo de preocupación que “la mayoría de los casos conocidos de controversias entre inversionistas y Estados relacionadas con combustibles fósiles se resuelvan a favor de los inversionistas” (Di Salvatore, “Investor-State disputes in the fossil fuel industry”). Al final, estos casos se resolvieron.

<sup>70</sup> Jack Biggs, “The scope of investors’ legitimate expectations under the FET standard in the European renewable energy cases”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, núm. 1 (2021), págs. 99 a 128.

<sup>71</sup> Richard J. Lazarus, *The Making of Environmental Law* (University of Chicago Press, 2006), pág. 22.

otras cosas, las actividades mineras, como medio para impulsar la prosperidad económica<sup>72</sup> y garantizar el bienestar económico<sup>73</sup>.

47. La necesidad de una reforma en la esfera de los acuerdos internacionales de inversión y la cooperación internacional<sup>74</sup>, así como las dificultades prácticas para llevarla a cabo, se reflejan en las gestiones que se están realizando para modernizar el Tratado sobre la Carta de la Energía en lo que respecta a las repercusiones sobre el cambio climático de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, incluso a través de un número considerable de controversias sobre energías renovables. La posibilidad de que se deje de proteger la inversión en combustibles fósiles (el llamado “*fossil fuel carve-out*”) es un paso en la buena dirección. Sin embargo, lejos de reflejar la emergencia climática, el actual proyecto de exclusión, si se lograra un consenso multilateral al respecto, seguiría dejando diez años más de protección a las inversiones en combustibles fósiles.

48. A pesar de estas dificultades, la reforma de los acuerdos internacionales de inversión es esencial para mitigar las tensiones señaladas<sup>75</sup>. Una solución que quizá resultase más rápida y eficaz sería convencer a los árbitros para que, cuando ejercen su discrecionalidad interpretativa en la solución de controversias entre inversionistas y Estados, recalibren la forma en que afrontan las tensiones entre los objetivos climáticos y los derechos de los inversionistas<sup>76</sup>. Ahora bien, esto solo puede lograrse dentro de los parámetros y la jurisdicción de una controversia determinada, con las dificultades técnicas y procesales que conlleva. No obstante, se debe alentar a los árbitros a que, cuando tomen decisiones, tengan en cuenta: a) las disposiciones del Acuerdo de París y su referencia expresa al derecho al desarrollo; b) la resolución 76/300 de la Asamblea General relativa al derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible; y c) las licencias sociales para operar, incluido el valor de la participación y consulta de la comunidad.

49. En la práctica, este enfoque holístico puede lograrse mediante un planteamiento más inclusivo de las contribuciones de los *amici curiae* (véase la sección IX) y exigiendo que los árbitros tengan conocimientos especializados en derechos humanos, desarrollo sostenible (véase la sección X) y en derecho ambiental, cualificaciones que les permitirían dar a las cuestiones relacionadas con el clima el lugar que les corresponde en el derecho internacional de las inversiones.

<sup>72</sup> Sobre la importancia de la protección de los inversionistas y las inversiones como factor relevante para atraer inversiones extranjeras, véase School of International Arbitration, Queen Mary University of London y Corporate Counsel International Arbitration Group, “2020 QMUL-CCIAG survey: investors' perceptions of ISDS” (2020), en que los encuestados afirmaron que influían mucho en sus decisiones de inversión la disponibilidad de protecciones basadas en tratados para los inversionistas, la disponibilidad de solución de controversias entre inversionistas y Estados, y el historial de participación del Estado anfitrión en dichas controversias.

<sup>73</sup> Véase *Eco Oro Minerals Corp. c. la República de Colombia*, caso CIADI núm. ARB/16/41.

<sup>74</sup> Sobre la cuestión de si el deber de cooperar conlleva un deber de negociar de buena fe, véase Olivier De Schutter, “A duty to negotiate in good faith as part of the duty to cooperate to establish 'an international legal order in which human rights can be fully realized': the new frontier of the right to development”, Interdisciplinary Research Cell in Human Rights Working Paper 2018/5 (Universidad de Lovaina, 2018).

<sup>75</sup> UNCTAD, “The international investment treaty regime and climate action”, International Investment Agreements Issues Note, Issue No. 3 (2022):

La reforma de los AII vigentes es esencial para garantizar que los AII no impidan a los Estados aplicar medidas contra el cambio climático y lograr una transición justa hacia economías con bajas emisiones de carbono. La reforma debería reducir al mínimo el riesgo de que los Estados se enfrenten a demandas de solución de controversias entre inversionistas y Estados relacionadas con las políticas de cambio climático y las relacionadas con inversiones con altas emisiones de carbono.

<sup>76</sup> Véase Sharma, “Integrating, reconciling, and prioritising climate aspirations in investor-State arbitration”; y Laura Letourneau Tremblay, “In need of a paradigm shift: reimagining *Eco Oro v Colombia* in light of new treaty language”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, No. 5-6 (2022), págs. 915 a 946. Véase también Toni Marzal, “Polluter doesn't pay: the *Rockhopper v. Italy* award”, EJIL: Talk!, 19 de enero de 2023.

## VIII. Derecho a participar en el desarrollo mediante consultas con las partes interesadas y licencia social para operar

50. Los acuerdos relativos a la licencia social para operar suponen una innovación que promueve el derecho de las personas y los pueblos a participar activamente en el desarrollo político, social, cultural y económico y a disfrutar de los beneficios de dicha participación de una manera que les permita realizar sus derechos humanos, que son el núcleo del derecho al desarrollo<sup>77</sup>. A través de esos acuerdos, que se celebran entre los inversionistas y las partes interesadas locales, las comunidades afectadas pueden participar directamente en la decisión sobre la conveniencia e idoneidad de las inversiones propuestas. Las licencias sociales para operar no las concede el Estado anfitrión, sino las comunidades locales afectadas o la sociedad civil en general<sup>78</sup>. La falta de licencia social para operar puede percibirse en el deterioro de los proyectos o el malestar social<sup>79</sup>.

51. Muchos acuerdos internacionales de inversión más recientes exigen declaraciones de impacto social y ambiental, que incluyen consultas a las comunidades locales. Sin embargo, no exigen específicamente que los inversionistas extranjeros consulten a las comunidades locales y obtengan una licencia social para operar antes de iniciar la inversión, y mucho menos que la mantengan durante toda la vida de la inversión<sup>80</sup>. Las licencias sociales para operar ya han aparecido en controversias entre inversionistas y Estados, aunque con diversos grados de interés y precisión y con diversas interpretaciones por parte de los árbitros<sup>81</sup>, debido, en parte, a su carácter indefinido en el derecho internacional de las inversiones.

52. La primera referencia a una licencia social para operar en una controversia entre inversionistas y Estados es la del laudo del tribunal arbitral en el caso *Bear Creek Mining Corporation c. la República del Perú*<sup>82</sup>. La opinión predominante del tribunal fue que el inversionista, al cumplir con su deber de adoptar las medidas obligatorias que exigía el Gobierno, había cumplido con su obligación de obtener una licencia social para operar de las comunidades afectadas, que eran comunidades indígenas. Un miembro del tribunal, en una opinión parcialmente disidente, afirmó que, a la luz del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el inversionista tenía un deber legal más amplio de consultar y compartir los beneficios del proyecto desde el principio y que la cuantía de la indemnización por daños que debía pagar el Perú debería haberse reducido a la mitad por no disponer de licencia social para operar y porque las obligaciones del inversionista no eran menores a las del Gobierno del Perú<sup>83</sup>.

53. En el caso *Copper Mesa*, el Gobierno del Ecuador revocó una concesión a un inversionista canadiense, probablemente debido al malestar social provocado por la presencia del inversionista y a las acciones posteriores en la comunidad local (se declaró culpables a altos cargos de haber organizado actos de violencia criminal en nombre de la empresa). Sin embargo, esta situación hizo imposible que el inversionista llevara a cabo las consultas con

<sup>77</sup> Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, art. 1. El derecho de consulta está consagrado en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>78</sup> Mihaela-Maria Barnes, “The ‘social license to operate’: an emerging concept in the practice of international investment tribunals”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10, núm. 2, págs. 328 a 360.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> En el cuestionario se preguntaba si los acuerdos internacionales de inversión deberían exigir expresamente a los Estados que consultasen a las partes interesadas de la sociedad civil antes de autorizar la inversión en su territorio de un inversionista extranjero y si tal exigencia debería limitarse a determinados tipos de inversiones y partes interesadas. Algunos Estados expresaron reservas, entre ellas la preocupación de que el proceso pudiera desalentar la inversión extranjera o incidir negativamente en la capacidad de los Estados para evaluar de forma objetiva y coherente las ventajas de las inversiones.

<sup>81</sup> Véanse las opiniones parcialmente disidentes de Philippe Sands en *Eco Oro Minerals Corp. c. la República de Colombia*, caso CIADI núm. ARB/16/41; y *Bear Creek Mining Corporation c. la República del Perú*, caso CIADI núm. ARB/14/21.

<sup>82</sup> Caso CIADI núm. ARB/14/21, laudo, 30 de noviembre de 2017.

<sup>83</sup> Opinión parcialmente disidente de Philippe Sands, 30 de noviembre de 2017, párrs. 13 y 39.

la comunidad local. En su decisión, el tribunal penalizó al inversionista por su mala conducta reduciendo en un 30 % la indemnización que reclamaba, que por lo demás prosperó.

54. Hasta ahora, parece que el hecho de que los inversionistas no hayan obtenido licencias sociales para operar solo ha reducido el valor de la indemnización que perciben, pero no supone que se les deniegue protección a ellos o a sus inversiones (o ha negado la responsabilidad de los Estados anfitriones).

55. Esta situación puede deberse en parte a la condición jurídica imprecisa de las licencias sociales para operar, que han sido descritas en el razonamiento judicial como un concepto compuesto con algún tipo de estatus normativo<sup>84</sup>. A pesar de que todavía no se ha resuelto su estatus en el derecho internacional de inversiones, la oposición a la falta de licencias sociales se ha manifestado con vigor, incluso a través de protestas, bloqueos y entornos sociopolíticos inestables.

56. Al margen de su estatus jurídico, en las consultas con inversionistas extranjeros, especialmente con quienes invierten en la industria extractiva, las licencias sociales para operar se consideraban una novedad positiva que contribuiría al éxito de las inversiones a largo plazo al generar mayor certidumbre y reducir el riesgo financiero y de reputación.

57. La importancia de la comunicación directa entre los inversionistas extranjeros y las comunidades para obtener y mantener licencias sociales para operar habla por sí sola<sup>85</sup>: es una forma eficaz de proteger los derechos humanos de las personas y las poblaciones y de hacer efectivo su derecho al desarrollo. Además, las licencias sociales pueden ayudar a los Estados anfitriones previniendo el malestar social, promoviendo la inversión extranjera al hacer que las inversiones sean menos arriesgadas, reduciendo el riesgo de controversias entre los inversionistas y los Estados anfitriones y reduciendo el riesgo que corren de tener que pagar indemnizaciones y costas.

58. A la luz de lo anterior, en cada caso, los árbitros deben considerar que las licencias sociales son una característica esencial de la política pública internacional. Solo mediante un proceso de ese tipo se podrán reformar las prácticas futuras para que el consentimiento que se obtenga para las inversiones obedezca al empeño continuo de los inversionistas por lograr la participación de la comunidad y su desarrollo, y no sea simplemente un mero trámite<sup>86</sup>.

## IX. Participación de terceros en la solución de controversias entre inversionistas y Estados

59. Otro medio por el que la sociedad civil y las comunidades afectadas pueden participar en la configuración del derecho internacional de las inversiones y en los resultados de casos concretos es a través de terceros, *amici curiae* (literalmente, “amigos del tribunal”) en la solución de controversias entre inversionistas y Estados<sup>87</sup>. A discreción de la corte o el tribunal arbitral, se permite a terceros que no sean parte en las controversias presentar argumentos y pruebas relevantes para los casos que la corte o el tribunal pueda tener en cuenta, según su criterio<sup>88</sup>. A través del testimonio de los *amici curiae*, las comunidades

<sup>84</sup> Barnes, “The ‘social license to operate’”. Incluso árbitros experimentados en derecho de los derechos humanos han confundido el concepto de consentimiento libre, previo e informado y las licencias sociales para operar. Véase también la nota a pie de página 115.

<sup>85</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. la República del Perú*, caso CIADI núm. ARB/14/2.

<sup>86</sup> Habría que realizar un análisis más profundo que analice sobre qué base tomaría nota un tribunal de una licencia social para operar, entre otras cosas el umbral mínimo de pruebas para demostrar la existencia de una licencia social para operar y las métricas que deberían utilizarse para determinar dicho umbral probatorio.

<sup>87</sup> El primer caso registrado de solución de controversias entre inversionistas y Estados en el que un tribunal aceptó escritos *amicus curiae* fue en *Methanex Corporation c. los Estados Unidos de América*, ALCAN/CNUDMI, Decisión, 15 de enero de 2001.

<sup>88</sup> Por lo general, no existe ningún mecanismo para que las comunidades locales o las organizaciones de la sociedad civil se conviertan en partes en los casos entre inversionistas y Estados, ya que se trata de arbitrajes en los que las únicas partes que contempla el acuerdo internacional de inversión son el inversionista extranjero y el Estado anfitrión.



locales y las organizaciones de la sociedad civil pueden presentar argumentos o pruebas que, de otro modo, no se escucharían porque los inversionistas o los Estados anfitriones podrían no presentarlos (y, en algunos casos, podrían tener un interés creado en no presentarlos).

60. Sin embargo, la figura del *amicus curiae* ha recibido, y sigue recibiendo, una acogida desigual por parte de los tribunales arbitrales<sup>89</sup>. En febrero de 2019, en el caso *Eco Oro Minerals Corp. c. la República de Colombia*<sup>90</sup>, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) rechazó la admisibilidad del testimonio *amicus curiae* sobre el derecho a vivir en un medio ambiente saludable, señalando que los demandantes no habían explicado la naturaleza de su “perspectiva, conocimiento y percepciones” más allá de afirmar que sería diferente de la de las partes contendientes<sup>91</sup>. En un caso similar, en 2021, otro tribunal arbitral denegó la solicitud de que se presentara un escrito *amicus curiae* sobre derechos humanos y derecho internacional del medio ambiente en una controversia en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre una empresa de inversiones de los Estados Unidos de América y el Gobierno de México. Aparte de valorar que las partes tenían suficiente experiencia, la mayoría sostuvo que los escritos *amicus curiae* no ayudarían al tribunal a resolver la controversia en cuestión, que no se refería a las actividades del demandante en el territorio donde operaba uno de los peticionarios<sup>92</sup>.

61. Incluso en los casos en que se escuchan presentaciones de *amicus curiae*, tradicionalmente su participación ha consistido solo en presentar escritos y tienen un acceso muy limitado a las pruebas y documentos presentados por las partes en las actuaciones. Algunos comentaristas han sugerido que esto limita el efecto positivo que pueden tener en las decisiones<sup>93</sup>.

62. A falta de un estudio empírico detallado de la jurisprudencia, que no parece que se haya llevado a cabo, cabe señalar al menos que los tribunales arbitrales tienen que compatibilizar imperativos contrapuestos, como mantener los costos dentro de unos límites razonables y recibir pruebas y argumentos pertinentes que puedan ayudarles a hacer justicia en un caso concreto. Los tribunales, por regla general, no querrán permitir que supuestos *amici curiae* se conviertan en *inimici curiae*, tomando demasiado tiempo y obligando a las partes a realizar gastos aún mayores que no estén justificados por la contribución que puedan hacer a un caso concreto.

63. Los Grupos de Trabajo de la CNUDMI han examinado la conveniencia de los escritos *amicus curiae* y las formas de facilitarlos. En el 53<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI (2010), “[m]uchas delegaciones apoyaron firmemente la propuesta de que se permitiera a terceros hacer presentaciones como ‘amigos del tribunal’ (*amicus curiae*)” pero consideraron que “deberían estar sujetas a ciertas restricciones”<sup>94</sup>. Posteriormente, en el 37<sup>o</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (2019), se debatió si la Convención de Mauricio sobre la Transparencia y el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado eran

<sup>89</sup> Ejemplos de tribunales que aceptaron escritos *amicus curiae*: *Suez y Vivendi c. Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/19, resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae*; y *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. la República Unida de Tanzania*, caso CIADI núm. ARB/05/22, Orden procesal núm. 5, 12 de febrero de 2007. Entre los ejemplos tribunales que denegaron la presentación de *amicus curiae* cabe mencionar *Aguas del Tunari, S.A. c. la República de Bolivia*, caso CIADI núm. ARB/02/3, Carta del Presidente del Tribunal en respuesta a la petición, 29 de enero de 2003; y *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador II*, CPA [Corte Permanente de Arbitraje] Caso núm. 2009-23, Orden Procesal núm. 8, 18 de abril de 2011.

<sup>90</sup> Orden procesal núm. 6: Decisión sobre la Solicitud de las Partes No Contendientes, 18 de febrero de 2019.

<sup>91</sup> *Ibid.*, párr. 32.

<sup>92</sup> *Odyssey Marine Exploration, Inc. c. México*, caso CIADI núm. UNCT/20/1, Resolución Procesal núm. 6, 20 de diciembre de 2021; véanse los párrs. 22 y 23.

<sup>93</sup> Véase Charles H. Brower, II, “Structure, legitimacy, and NAFTA’s investment chapter”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, No. 1 (2003), págs. 72 y 73.

<sup>94</sup> [A/CN.9/712](#), párrs. 46 y 47.

suficientes para asegurar que los escritos a cargo de *amicus curiae* se presentaran a los tribunales y que estos los tuvieran debidamente en cuenta<sup>95</sup>.

64. Además, la importancia cada vez mayor de los *amicus curiae* queda patente en el hecho de que ahora los tratados de inversión y las normas arbitrales permiten explícitamente que se presenten esos escritos<sup>96</sup>. Más recientemente, la regla 67 del nuevo Reglamento de Arbitraje (2022) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones eliminó la necesidad de que los tribunales consultasen a las partes contendientes antes de tomar en consideración los escritos *amicus curiae*. En vista de esa novedad y de que los acuerdos internacionales de inversión cada vez van a tener que funcionar más de forma complementaria al Acuerdo de París, es probable que los intentos de presentar escritos *amicus curiae* continúen e incluso se intensifiquen<sup>97</sup>. Es difícil saber si esa tendencia tendrá un mayor efecto positivo en la toma de decisiones por parte de *amicus curiae* y en una consulta más eficaz de las partes interesadas, como las comunidades locales.

65. Algunos comentaristas consideran que, dado que el mecanismo de *amicus curiae* “no está diseñado para dar voz o protección efectiva a los actores cuyos derechos están directamente en juego en una controversia”, nunca funcionará bien a tal efecto<sup>98</sup>. Otras propuestas (quizá como complemento a la creación de una corte o tribunal multilateral permanente de inversiones), por analogía con diversos sistemas jurídicos nacionales son<sup>99</sup>:

a) Permitir que intervengan en los procedimientos personas que no tienen un interés directo en ellos, como representantes de organizaciones de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales (de forma más amplia que el mecanismo *amicus curiae*);

b) Permitir o exigir que terceros interesados o afectados se adhieran como partes en el procedimiento por derecho propio;

c) Permitir o exigir la desestimación de los casos en los que no pueda adherirse un tercero afectado y la repercusión sobre los derechos del tercero fuera demasiado importante para permitir que la demanda continuase;

d) Permitir o exigir a los tribunales que reformulen las demandas para reducir al mínimo los efectos sobre terceros afectados.

66. Otras alternativas al *amicus curiae* que han sugerido algunos colaboradores son la creación de una nueva institución permanente dedicada exclusivamente a la defensa del

<sup>95</sup> A/CN.9/970, párr. 32.

<sup>96</sup> Véase el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (2017), art. 8.38; Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, Reglamento de Arbitraje de Inversiones, 1ª ed. (2017), regla 29.2; y Cámara de Comercio de Estocolmo, Reglamento de Arbitraje (2017), apéndice III, art. 3.

<sup>97</sup> Gian Maria Farnelli, “Investors as environmental guardians? On climate change policy objectives and compliance with investment agreements”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, No. 5–6 (2022), págs. 887 a 914.

<sup>98</sup> Columbia Center on Sustainable Investment, International Institute for Environment and Development e International Institute for Sustainable Development, “Third party rights in investor-State dispute settlement: options for reform”, presentación al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados, 15 de julio de 2019. El 3 de abril de 2023, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI finalizó el proyecto de código de conducta para árbitros en la solución de controversias sobre inversiones en el ámbito internacional. El texto se presentará para su aprobación en el 56º período de sesiones de la CNUDMI (3 a 21 de julio de 2023) en Viena (véase <https://unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2023/unis1343.html>). Según el artículo 3, párrafo 2, del proyecto, algunas de las obligaciones del árbitro son: “a) no dejarse influir por lealtad a cualquiera de las partes litigantes o a otra persona o entidad” y “b) no seguir instrucciones de ninguna organización, Gobierno o persona respecto de las cuestiones abordadas en el proceso que se entable en relación con una controversia internacional relativa a inversiones” (A/CN.9/1148). Los párrafos 24 y 26 del proyecto de comentario, tomados conjuntamente, significan que, si bien los árbitros no deben dejarse influir por las partes no contendientes, no hay impedimento para que consideren los escritos *amicus curiae*.

<sup>99</sup> Columbia Center on Sustainable Investment, International Institute for Environment and Development and International Institute for Sustainable Development, “Third party rights in investor-State dispute settlement”; véase también A/CN.9/WG.III/WP.213.

interés colectivo, a modo de interviniente universal o *amicus curiae* con derechos reforzados, o que se desempeñe una función similar mediante la creación de un “centro de asesoramiento multilateral”, que la CNUDMI contempla como una oficina de asesoramiento que ayude a los Estados a defender sus demandas en la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

67. No obstante, las complejidades sistémicas actuales no deberían impedir la participación eficaz de la sociedad civil y las comunidades afectadas en el proceso de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

## X. Cualificaciones de los árbitros en materia de derechos humanos y desarrollo sostenible

68. Es evidente que las decisiones de los tribunales arbitrales en los arbitrajes de solución de controversias entre inversionistas y Estados pueden afectar a las finanzas de los Estados anfitriones al imponer cuantiosas indemnizaciones compensatorias y costas. Sin embargo, sus efectos de prevención pueden tener un alcance aun mayor, incluso para los que no son partes, como las comunidades locales. Estas decisiones, al sentar precedentes informales y no vinculantes, pueden incidir en la forma en que los inversionistas tratan a las comunidades locales y el medio ambiente al realizar sus inversiones iniciales. En algunos casos, esas decisiones pueden provocar un cambio en el modo en que los inversionistas se plantean sus obligaciones jurídicas o morales o, al menos, pueden incitarlos a tomar medidas para reducir el riesgo de obtener un resultado negativo si se llegara a un arbitraje de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Además, podría decirse que es demasiado restrictivo, al menos desde un punto de vista ético, si no estrictamente jurídico, tratar a los tribunales como si tuvieran el deber de hacer justicia solo para las partes que comparecen ante ellos, en lugar de para aquellas personas identificables que no son partes y que pueden verse afectadas por sus decisiones.

69. Para lograr un resultado justo en la solución de controversias entre inversionistas y Estados, que muy probablemente vayan a plantear problemas de derechos humanos y medioambientales, es importante que los árbitros tengan suficientes conocimientos y experiencia en las esferas del derecho de los derechos humanos y del derecho ambiental (*a fortiori*, dada la repercusión que pueden tener en quienes no son parte las decisiones de la solución de controversias entre inversionistas y Estados y su posible responsabilidad ética hacia las no partes).

70. Ya se ha señalado como motivo de preocupación tanto para los Estados como para la sociedad civil que algunos árbitros que solucionan controversias entre inversionistas y Estados no están familiarizados con el derecho de los derechos humanos. En el cuestionario se preguntaba a los participantes si exigir que los árbitros tuvieran cualificaciones oficiales podría dar lugar a laudos más justos que tuvieran plenamente en cuenta los problemas de derechos humanos planteados en controversias concretas.

71. Algunos participantes opinaron que se debería exigir a los árbitros que acreditaran experiencia en el derecho de los derechos humanos<sup>100</sup> antes de que pudieran dirimir controversias entre inversionistas y Estados, mientras que otros opinaron que sería mejor designar a un experto independiente que asistiera a los tribunales arbitrales en materia de derechos humanos y otros temas conexos<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Véase el artículo 20, párrafo 5, del modelo de tratado bilateral de inversión del Reino de los Países Bajos (2019), que establece que la autoridad nominadora hará todo lo posible para que los miembros del tribunal, ya sea individual o colectivamente, posean la experiencia necesaria en derecho internacional público, que incluye el derecho ambiental y de los derechos humanos.

<sup>101</sup> Obviamente esta posibilidad entraña el peligro de que los expertos nombrados por el tribunal se conviertan en árbitros de facto, seleccionados sin participación alguna, lo que podría dar lugar a que otros miembros del tribunal incurrieran en dejación de la responsabilidad decisoria. Además, dada la divergencia de opiniones, puede que en aras de la equidad se dé a todas las partes la oportunidad de rebatir las opiniones de los expertos mediante interrogatorios o aportando pruebas de sus propios expertos, lo que podría suponer un aumento considerable de los costos.

72. Aunque no trataron directamente la cuestión de los derechos humanos, los delegados del 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI observaron que los árbitros que intervenían en casos de inversión tenían un deber general para con el sistema internacional de justicia<sup>102</sup>. Se sugirió que las partes interesadas tuvieran en cuenta “las repercusiones que tendrían la elaboración de un marco de solución de controversias y la cultura atinente a ese marco respecto de la forma en que se manejarían los casos”<sup>103</sup>. Al final, aunque los delegados no pudieron llegar a una conclusión sobre el tema, convinieron en que “las cualificaciones de los decisores eran importantes”<sup>104</sup>.

73. Es probable que aumente la interacción entre los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones, especialmente habida cuenta de las obligaciones de los Estados en virtud del Acuerdo de París y de las tensiones entre esas obligaciones y los deberes que les incumben como Estados anfitriones con arreglo a los acuerdos internacionales de inversión (tratadas en la sección VII). A la luz de lo anterior, será esencial que los árbitros demuestren experiencia en el derecho de los derechos humanos, incluidas las controversias relativas al desarrollo sostenible y relacionadas con el clima, con el fin de alcanzar una solución justa y razonable a las controversias entre inversionistas y Estados.

## XI. Conclusiones y recomendaciones

### A. Conclusiones

74. **El derecho al desarrollo desempeña un papel cada vez más importante en el derecho internacional de las inversiones mediante la incorporación del desarrollo sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los nuevos acuerdos internacionales de inversión, así como la importancia de la cooperación internacional y la participación de la comunidad, todos ellos inherentes a la idea del derecho al desarrollo. A falta de nuevos tratados multilaterales que hagan efectivo el derecho al desarrollo, ya sea en el contexto del derecho internacional de las inversiones o de forma más general, la forma de hacerlo efectivo en el derecho internacional de las inversiones dependerá en gran medida de cómo lo interprete cada tribunal arbitral en los casos concretos (aunque los laudos arbitrales individuales no vinculan a los tribunales posteriores que conozcan de controversias entre partes diferentes). Tal interpretación se refiere, en particular, a las preocupaciones inmediatas relacionadas con el cambio climático, incluida la forma de resolver las tensiones entre las obligaciones de los Estados en virtud del Acuerdo de París y sus obligaciones para con los inversionistas extranjeros en virtud de los acuerdos internacionales de inversión. El propio proceso de interpretación ilustra las continuas tensiones entre el derecho de los Estados a regular y sus obligaciones para con los inversionistas extranjeros.**

75. **Según la UNCTAD<sup>105</sup>, de las 68 controversias entre inversionistas y Estados iniciadas en 2020, el 65 % se basaba en tratados firmados en la década de 1990 o antes, y el 97 %, en acuerdos internacionales de inversión firmados antes de 2011. Por lo tanto, es demasiado pronto para saber cómo influirán los nuevos acuerdos internacionales de**

<sup>102</sup> Al margen del arbitraje entre inversionistas y Estados, en 2017, el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en materia de Empresas y Derechos Humanos señaló que las partes en el arbitraje sobre empresas y derechos humanos necesitaban tener acceso a árbitros que tuvieran experiencia en empresas y derechos humanos. El artículo 11, párrafo 1 c), de las Reglas de La Haya sobre Arbitraje en materia de Empresas y Derechos Humanos establece que:

El presidente del tribunal o el árbitro único tendrá experiencia demostrada en la solución de controversias internacionales y en áreas pertinentes para la controversia, que, en función de las circunstancias del caso, podrán abarcar el derecho y la práctica de las empresas y de los derechos humanos, derecho nacional e internacional de la materia y conocimiento del campo o industria relevante.

<sup>103</sup> A/CN.9/935, párr. 86.

<sup>104</sup> *Ibid.*, párr. 88.

<sup>105</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery* (publicación de las Naciones Unidas, 2021), págs. 129 y 130.

inversión en la evolución del derecho internacional de las inversiones y la protección de los derechos humanos en su seno.

76. Si se mantiene el sistema vigente de solución de controversias entre inversionistas y Estados, y los Estados no prefieren reformas de mayor alcance, existen, no obstante, formas de hacer que el sistema actual sea más eficaz a la hora de hacer efectivo el derecho al desarrollo de los grupos afectados, como por ejemplo las reformas introducidas mediante la negociación de nuevos acuerdos internacionales de inversión (y la renegociación de los antiguos) o mediante reformas de las normas de arbitraje más utilizadas, como las promulgadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.

## B. Recomendaciones

77. El Mecanismo de Expertos recomienda que, en los nuevos acuerdos internacionales de inversión, y también en la renegociación de los acuerdos internacionales de inversión existentes, los Estados expresamente:

a) Empleen el concepto de “derecho al desarrollo” para lograr un mayor reconocimiento de ese derecho;

b) Impongan obligaciones serias y exigibles a los inversionistas extranjeros para que respeten el derecho de los pueblos al desarrollo, convirtiéndolo en una condición de la “inversión protegida” en primer lugar o en una obligación independiente que el Estado anfitrión pueda reclamar mediante una reconvencción;

c) Definan el concepto de licencia social para operar, fijen el umbral mínimo de prueba de su existencia y exijan a los árbitros nombrados para dirimir una controversia con un inversionista extranjero que tengan en cuenta la existencia, o falta, de una licencia social para operar como cuestión de política pública internacional;

d) Exijan que los árbitros nombrados para dirimir una controversia con un inversionista extranjero tengan un nivel mínimo de experiencia y conocimientos en derecho internacional, incluidos el derecho de los derechos humanos, el desarrollo sostenible y, cuando sea pertinente para la controversia, el medio ambiente;

e) Velen por que se permita a las personas interesadas o afectadas un medio efectivo de participar en las controversias sometidas a arbitraje por inversionistas extranjeros, incluso, cuando proceda, recurriendo a procedimientos de *amicus curiae* o a intervenciones o constituyéndose como partes por derecho propio;

f) Exijan que los inversionistas extranjeros obtengan, como mínimo, con arreglo a la legislación nacional o bien a través de los acuerdos internacionales de inversión pertinentes: i) licencias sociales para operar de las comunidades locales afectadas, y ii) evaluaciones sociales y ambientales proporcionadas por los Estados anfitriones, para que sus inversiones puedan gozar de protección en virtud de los acuerdos internacionales de inversión. De no obtenerse las licencias sociales y las evaluaciones sociales y ambientales, los Estados anfitriones podrían exigir reparación a los Estados inversionistas mediante reconvencciones.