



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



CONACYT

Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología

UNIVERSIDAD AUTONOMA DEL ESTADO DE MORELOS

CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGIA

Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización

**“Protocolo Adicional para la Convención ICSID en
Arbitraje de Inversión Ambiental”**

Director de Tesis: Dr. Francisco Xaver Garcia Jimenez

Profesor Investigador de Tiempo Completo PITC

Codirectora de Tesis: Dra. Marisol Anglés Hernández

PITC-Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I

Autor: Mtra. Heidi Orfilda De La Paz Miranda.

Año 2018.

Protocolo Adicional para la Convención ICSID en Arbitraje de Inversión Ambiental

Índice

Introducción	6
Capítulo I	9
1. Elementos Teóricos Generales del Derecho de Arbitraje de inversión Internacional en la Globalización	10
1.1. Globalización.....	10
1.2. Globalización causa-efecto de la regulación de procedimientos de inversión extranjera entre Estados e Inversionistas en cuestión ambiental	13
1.3. Antecedentes Históricos del arbitraje de inversión.....	19
1.4. Teorías económicas y conductuales del riesgo en la inversión.....	22
1.5. Teoría Jurídica de la entidad económica global: lex Mercatoria como herramienta para el comercio de recursos naturales.....	28
2. Marco Metodológico.....	31
2.1. Método	31
2.2. Metodología de la Investigación.	33
2.3. Metodología de la investigación jurídica en praxis	36
2.4. Metodología para el Arbitraje de Inversión Ambiental como mecanismo diferenciador dentro del sistema de derecho global: una fusión de horizontes...	41
3. Análisis Axiológico del Derecho de Inversión extranjera Internacional en Cuestiones Ambientales	43
3.1. Axiología Jurídica: una felicidad programada en contexto global	48
3.2. El axioma del derecho económico en la inversión Internacional: La vida en deuda.	54
3.4. El axioma del derecho ambiental: un proceso adiaforizante globalizador	58
4.4. Análisis epistemológico jurídico de derechos de inversión internacional sobre recursos naturales.....	61
4.1. Epistemología.....	61

4.2. Epistemología Jurídica: una mirada al precio de los intangibles.	63
4.3. La Epistemología en el pluralismo del derecho global.	65
4.4. Codificación mercantil para la mundialización, internacionalización, desigualdad o globalización.....	70
Capítulo II.....	76
1. Conceptos de arbitraje de Inversión.....	77
1.1. Concepto de Arbitraje, Objeto y definición de Inversión extranjera	77
1.2. Requisitos de Jurisdicción y Tipología de Controversias. –.....	84
1.3. Interacción entre elementos de naturaleza jurídica e inversión.	88
1.4. Clasificación del Arbitraje de Inversión:.....	91
1.5. Bien Jurídico tutelado para la protección de la Inversión del medio ambiente en el marco global.....	94
1.5.1. Naturaleza Jurídica del Arbitraje de Inversión bajo el teorema neo liberalista: la crematística de la lex mercatoria (los recursos naturales como valor económico)	94
1.5.2. Naturaleza Jurídica del Arbitraje de Inversión ambiental bajo apotegma “pluri-ius universal”	99
2- Sujetos que intervienen en el arbitraje de Inversión	106
2.1. Concepto de Inversionista extranjero.....	106
2.2. El estado como ente regulador del derecho económico internacional ambiental: alcances y limitaciones.....	108
2.2.1. Contratación del Estado como ente Público mediante Tratados Bilaterales de Inversión.	112
2.2.2. Contratación del Estado como ente Privado mediante Contrato.....	117
3. Instituciones Internacionales que regulan o administran el Arbitraje de Inversión	120
3.1. Cortes Internacionales para solución de controversias entre inversionista- Estado:.....	120
4. Fuentes del Derecho Internacional aplicable al Arbitraje de Inversión.....	124
4.1. Principios de derecho mercantil Internacional aplicables al arbitraje de Inversión	124

4.2.El Soft Law y la Costumbre Internacional en arbitraje de inversión.....	127
4.3. Doctrinas: Calvo y Drago	128
Capítulo III.....	131
1. Los Conflictos internacionales por los recursos naturales y su solución pacífica	133
1.1. Mapa de Conflictos vinculados al medio ambiente derivado de la inversión extranjera en ICSID.	133
1.2. Solución Pacífica de Controversias sobre medio ambiente en escala mundial.	140
2-Sistema Legal ICSID como método de solución de controversias ambientales de inversión.	145
2.1. Sistema judicial institucional- internacional de protección al ambiente y de protección a la inversión: promoviendo garantía de derechos.	145
2.2. Análisis de algunos Instrumentos Internacionales de protección al medioambiente e inversión.....	154
2.2.1. Instrumentos internacionales vinculantes en materia de inversion ambiental.	154
2.2.2. Instrumentos Internacionales no vinculantes en inversión- ambiental: características, limites y evolución	159
3. Mecanismos de auto reproducción de la norma internacional de des-protección al medio ambiente.	165
3.1. Conflicto entre tratados de Inversión y Convenciones medioambientales.	165
3.2. Interaccion entre sistemas (Multilateral Environmental Agreements /TIBS de inversión).....	175
Capítulo IV	186
1. Balanceando el interés público y privado en derecho de inversión ambiental..	186
1.1. Concepto de Desarrollo sostenible y alcance.....	187
1.2. Test de Contribución al Desarrollo económico sostenible y sustentable del país anfitrión.....	190
1.3-Estandares de proporcionalidad de protección de derechos humanos de inversión ambiental.....	195
2. Responsabilidad Internacional del Estado	199

2.1-Reconfiguración del Concepto de Soberanía permanente sobre los recursos naturales.....	199
2.2-Clausulas de emergencia, Estado de necesidad y estabilización como medio de control del Estado.....	205
3. Inter-temporalidad del derecho de Inversión ambiental en la globalización.....	206
3.1. principio de prevención, precaución y subsidiaridad versus Riesgos de Inversión.....	206
3.2-Garantias contra riesgo en la Inversión vs medidas de remediación ambiental.....	217
4. Administración de Justicia Internacional de la inversión ambiental.....	225
4.1-Elementos de Acceso a Justicia y Jurisdicción.....	230
4.2- Responsabilidad universal en inversión ambiental.....	234
4.3-Procedimientos Paralelos o Treaty Shopping.....	238
Protocolo Adicional de la Convención del ICSID para la inversión ambiental.....	245
CONCLUSIONES.....	259
BIBLIOGRAFÍA	
LISTA DE TABLAS	

INTRODUCCIÓN

El ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, es la principal órgano internacional que administra lo relativo las diferencias entre Inversionistas y Estados, dicho órgano, se creó en virtud de un tratado multilateral, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y continúa vigente, el artículo 6 de dicha Convención Internacional, exige al consejo administrativo del ICSID, establecer reglas procesales para el arbitraje, conciliación, así como un reglamento administrativo y financiero.

El arbitraje y la conciliación al amparo del Convenio son totalmente voluntarios, se requiere del consentimiento del inversionista y del Estado de que se trate convirtiéndose en un compromiso vinculante, en su mayoría, este consentimiento figura en los tratados internacionales en el capítulo de inversiones celebrados entre Estados y pueden ser bilaterales o multilaterales, en consecuencia, dicho acuerdo de inversión extranjera, permite que los inversionistas inicien procedimientos de resolución de diferencias contra un Estado receptor.

En términos generales, en esta investigación se abordará su estudio tomando como referente la rama del Derecho Mercantil Internacional, desde la perspectiva del derecho de la empresa e inversor como parte del derecho mercantil contemporáneo, el cual impulsa nuevos valores de responsabilidad social, por ello la solución para resolver este tipo de controversias internacionales en las que involucran conflicto entre tratados internacionales por intereses y valores protegidos es a través de las propuestas descritas en el presente protocolo adicional a la convención ICSID, en virtud de los derechos humanos difusos de dignidad humana que se busca custodiar, utilizando para esto los procesos y herramientas de la globalización para la efectividad de la regla internacional en la mundialización.

En el capítulo primero, abundaremos sobre la influencia del proceso de globalización en los factores de producción ambientales y creación de valores

axiomáticos, lo cual otorga personalidad propia e identidad a una determinada sociedad con respecto al cuidado, conservación y protección del medio ambiente.

En el segundo capítulo, examinaremos el Sistema de Protección de Inversiones en ICSID en el contexto internacional, evaluando la naturaleza jurídica de los sujetos que intervienen, los instrumentos internacionales y teóricos que presuponen que cada institución de comercio o de medio ambiente debe ser atendida como un solo objeto independiente y separado, por ello analizaremos parte de la fragmentación del derecho internacional, el cual debe dar la garantía del derecho a la protección medioambiental en forma vertical, horizontal en las políticas publicas internacionales.

En el capítulo tercero, así como también un breve análisis entre sistemas legales y ramas legales de derecho internacional privado (Inversión), así como de derecho internacional público (medio ambiente) que convergen formando una nueva dinámica entre sistemas en la globalización, Mapa de Conflictos de inversión ambiental, pues si bien existen diversas disposiciones que regulan la cuestión orgánica ambiental, existe una atrofia procesal que impide su adecuada protección, haremos un estudio de derecho comparado entre distintas regiones de América del Sur, que son las más afectadas por esta Convención y analizaremos TLC de Estados Unidos de Norte América con otros países.

En el capítulo cuarto, analizamos la facultad del Estado para establecer y diseñar su orden constitucional en el marco económico mediambiental, pues resulta importante analizar la efectiva regulación del modo de producción de una empresa dentro del sector de inversión ambiental dentro de la globalización y la capacidad del Estado para controlar el conflicto auspiciado al amparo de esta convención, pues de acuerdo a datos del Banco mundial, se observa que el principal sector de la economía en conflicto son en un 52% cuestiones de orden ambiental y la principal modalidad deriva de conflictos al amparo de la Convención ICSID, en la que constriñe su jurisdicción un 60.3% por tratados bilaterales, seguido por un 17.3% de contratos de inversión entre inversionista y Estado, acorde con el Banco Mundial, como veremos mas adelante.

ABREVIATURAS.

ICSID /CIADI	International Centre for Settlement of Investment Disputes. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CONVENCION ICSID	Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States
UNCTAD	United Nations Conference trade and Development/Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo y Comercio.
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
ALCA	Área de Libre Comercio de América del Norte
IED	Inversión Extranjera Directa.
BRICS	Región económica, integrada por: Brasil, Rusia, India, China, Sudáfrica
WTO	World Trade Organization
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
NAFTA/TLC	North American Free Trade Agreement/Tratado de Libre Comercio de America del Norte.
UNCITRAL/CNUDMI	United Nations Commission on International Trade Law.
ICJ	International Court of Justice.

Capítulo I

Elementos Teóricos Generales del Derecho de Arbitraje de inversión Internacional en la Globalización

Sumario

1. Elementos Teóricos Generales del Derecho de Arbitraje de inversión Internacional en la Globalización. 1.1. Globalización. 1.2. Globalización, causa-efecto de la regulación de procedimientos de inversión extranjera entre Estados e Inversionistas en cuestión ambiental. 1.3. Antecedentes históricos del arbitraje de inversión. 1.4. Teorías económicas y conductuales del riesgo en la inversión. 1.5. Teoría Jurídica de la entidad económica global: lex Mercatoria como herramienta para el comercio de recursos naturales. 2. Marco Metodológico. 2.1. Método. 2.2. Metodología de la Investigación. 2.3. Metodología de la investigación jurídica en praxis. 2.4. Metodología para el Arbitraje de Inversión Ambiental como mecanismo diferenciador dentro del sistema de derecho global: una fusión de horizontes. 3. Análisis Axiológico del Derecho de Inversión extranjera Internacional en Cuestiones Ambientales. 3.1. Axiología. 3.2. Axiología Jurídica: una felicidad programada en contexto global. 3.3. El axioma del derecho económico en la inversión Internacional: La vida en deuda. 4.1. Epistemología. 4.2. Epistemología Jurídica: una mirada al precio de los intangibles. 4.3. La Epistemología en el pluralismo del derecho global. 4.4. Codificación mercantil para la mundialización, internacionalización, desigualdad o globalización.

1. Elementos Teóricos Generales del Derecho de Arbitraje de inversión Internacional en la Globalización.

1.1. Globalización

La globalización se contextualiza en los albores del siglo XXI y postrimerías de siglo XX, en este último siglo citado se instituyó el fortalecimiento del modelo económico capitalista neoliberal, en un marco que data de polarización política del mundo, de haberse ejecutado guerras mundiales y apertura de la voraz brecha entre ricos y pobres de un polo a otro, acentuando primer mundo de tercer mundo, hasta sublevar con deprimente autismo la hambruna en países pobres, así, entre la heterogeneidad y complejidad de tantos sistemas políticos el globo se globaliza con el timón neoliberal.

El Diccionario real academia definía¹ así:

➤ *f. Tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales*

Ahora ² define:

➤ *f. Acción de globalizar (ll integrar cosas diversas). Haría falta una globalización de los datos parciales obtenidos.*

➤ *f. Extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional. El Tribunal Penal Internacional es un efecto de la globalización.*

➤ *f. Difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos y costumbres.*

➤ *f. Econ. Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los gobiernos.*

¹ Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. Vigésimo segunda edición. 2012. Disponibe en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=L9Eytg6U8DXX2MA51cAx>.

² Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. Vigésimo tercera edición 2014. Disponibe en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=e2hZeM8X72x5UHvi5x1>.

Chomsky³, precisa que en términos genéricos, *globalización*, usado neutralmente significa integración internacional, lo cual no es negativo, el dilema estriba en el prototipo de interés que persigue, es decir; en favor de las personas o de capital privado.

Octavio Lanni⁴ impregna la realidad espacial del concepto, bajo el heraldo metafórico del “descubrimiento del mundo que se volvió mundo” en donde el individuo ha sido subsumido por el ateneo global y el Estado-Nación restringe la facultad del ejercicio de atribuciones ante la pluralidad de actores e intereses.

Amartya Sen, indica que los resultados del mercado se ven influenciados por políticas públicas, las acciones públicas pueden alterar el resultado local y global de las relaciones económicas. “la globalización trae beneficios potenciales para una integración global”⁵. estos agentes globalizadores no son exclusivamente europeos u occidentales, la civilización global es una herencia mundial, en donde este ariete globalizador contribuye al progreso del mundo, diseminando conocimiento, la revolución científica contribuye a la transformación de un país, el resistirse a la globalización por ser occidental es erróneo, pues; socava la posibilidad objetiva de la ciencia; la preocupación de Amartya, radica en que el capitalismo está más preocupado por extender su dominio comercial que por establecer democracia y universalizar la educación u oportunidades sociales para pobres.

En opinión de la autora de esta investigación, el concepto en esta postmodernidad pareciera aforismo de fragmentación. La globalización, es un acto tautológico de lógica del capital, singularizada por la libre circulación de capital sin confín, más que de mercaderías o bienes tangibles, desvinculando además la tecnología, el medio ambiente y al ser humano del ser humano en un proceso de lógica sin lógica, esto, no obstante, de que el conocimiento ha tenido un panóptico sin fronteras.

³ Chomsky Noam, *et al.*, *Los límites de la globalización*, España, Editorial Ariel, 2002. p. 2.

⁴ Lanni, Octavio, *Teorías de la Globalización*, México, Editorial Siglo XXI CEIICH- UNAM, 1996, pp. 2-3.

⁵ Sen, Amartya y Kliksberg, Bernardo, *Primero la gente ¿como juzgar la globalización?*, España, Editorial Deusto, 2007, p. 10.

Boaventura de Sousa Santos ⁶habla de diferentes modos de producción de la globalización:

a). una globalización desde arriba que incluye al *localismo globalizado* y al *globalismo localizado*; b). una globalización desde abajo⁷ que implica el *cosmopolitismo* y la *herencia común de la humanidad*.

A manera explicativa, advertimos que dicho postulado, desde el norte (arriba), significa en la enramada neural de los localismos globalizados o viceversa: extensión de este modelo hacia países en desarrollo o pobres, coaccionándoles a través de instrumentos e instituciones hegemónicas en distintas esferas de poder para desmaterializar sus referentes idiosincráticos e ideológicos hacia una forma de vida sustancial capitalista en la cual se les constriñe a vivir, sin posibilidad de cuestionar tal dominación.

En este sentido, la globalización con dirección hacia el sur (hacia abajo), implica una acción contra hegemónica, en la que Estados-Nación reestructuran archicofradías científicas u organizaciones sociales del poder, usando en beneficio los mismos instrumentos de la globalización para los países en desarrollo, la economía política en su proceso de perfección del mantenimiento del orden económico, instaurada por el FMI es carente de siderurgias, pues ha desembocado más desigualdad entre ricos y pobres, pues al congraciarse la nación otorgando distinciones a empresas a petición de este organismo Internacional, mina la evolución democrática y cultura de los pueblos.

⁶ Cfr. Boaventura de Souza, Santos, "La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y emancipación", Traductor Cesar Rodríguez, Colombia, Editorial Universidad Nacional de Colombia.1998, p. 6 *Disponibe en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/otras/otpb24/otpb24-00-00.pdf>*. El *localismo globalizado* responde a la conceptualización desde dimensiones sociales y culturales de la globalización propiamente dicha, *El globalismo localizado*, por su parte, es el impacto de la globalización sobre condiciones locales que traen como consecuencia su desestructuración y reestructuración -deconstrucción y destrucción creadora, Así, el *globalismo localizado* es no sólo el impacto sino la huella, que muchas veces es herida que las globalizaciones van dejando en los distintos localismos sobre los que se encuentra dominando.

⁷ Boaventura de Souza, Santos, *La globalización del derecho, op. cit.pp. 6,7. El cosmopolitismo*: es una estrategia de enfrentamiento a la globalización con los mismos instrumentos que ésta utiliza, pero con objetivos emancipadores, es como un quedarse con el vuelto del proceso de dominación; *la herencia común de la humanidad*: interactúa con problemas de naturaleza global, como la sostenibilidad de la vida humana, los temas ambientales, la exploración del espacio, entre otros.

1.2. Globalización, causa-efecto de la regulación de procedimientos de inversión extranjera entre Estados e Inversionistas en cuestión ambiental

El objeto de firmar tratados con el propósito de atraer inversión mediante la actividad comercial es para satisfacer la demanda de bienes o servicios; ya que así se impulsa el desarrollo económico del Estado anfitrión, a la vez que recibe el inversor un lucro por la inversión de su capital. Según un informe de la UNCTAD en los últimos años ha habido un cambio a nivel mundial en el aumento de los flujos de inversión hacia los países en desarrollo y al último año este aumento hasta en un 52%.⁸ No obstante lo anterior, hay un problema para sostener el auge de la inversión extranjera debido a las crecientes demandas relativas a la inversión contra Estados.

Debe apuntarse, que el Derecho Internacional de Inversiones contra Estados, se regula mediante un conjunto de reglas plasmadas en la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a la inversión entre Inversionistas y Estados, que en lo sucesivo denominare *Convención CIADI o ICSID*, la cual, protege a la inversión y al inversionista extranjero contra actos del Estados anfitrión, esta obedece al desiderátum de que los inversionistas tendrán *garantía ante los riesgos en sus inversiones*, por tanto, estarán tentados a invertir en los Estados que aplican estas reglas, esto significa, que un inversionista puede demandar al Estado en su calidad de igual a igual por cuestiones derivadas de orden económico, sin importar el Estado de necesidad del país o circunstancia.

El “riesgo del país anfitrión” es uno de los pilares para la promoción y construcción de esta Convención, observándose durante el desarrollo de esta investigación, que uno de los principales indicadores que se desprenden del contenido de sus pretensiones en sus demandas es: el sector energético, como se expondrá más adelante.

En un reporte de las Naciones Unidas de CEPAL sostiene:

⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo y Comercio, UNCTAD, “La Inversion y las Nuevas Políticas Industriales”, *Informe sobre Inversiones en el mundo*, New York y Ginebra 2014, p. 6 Disponible en: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf.

Algunos países en desarrollo y economías en transición, interesantes para los inversionistas extranjeros, poseen un poder de negociación suficiente para evitar o limitar el riesgo de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión; en cambio, la gran mayoría de los países en desarrollo y economías en transición no lo poseen.⁹

En este orden de Ideas, resulta pertinente esbozar como a nivel internacional se regula la diversidad de formas, en que algunos países han manejado mecanismos de solución de diferencias relativas a las inversiones, destacando entre ellas:

Brasil, en este caso ha sido cauto para implementar políticas cautas que limitan cuidadosamente los riesgos de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión. Brasil nunca ratificó el Convenio de Washington de 1965 (Convención del CIADI), oponiéndose firmemente a varios aspectos del proceso del ALCA, al que consideraba asimétrico y con limitaciones no deseadas para los países de América Latina y el Caribe, incluso los procedimientos de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. Brasil no es parte en ningún procedimiento arbitral, principalmente porque no corre prácticamente ningún riesgo relativo a los acuerdos internacionales de inversión.

La Federación Rusa ha negociado sus relaciones con los inversionistas para conseguir control de su economía, este país firmo, pero sin ratificar la Convención del CIADI y la Carta de energía. La India, por su parte, no es signataria de la convención del CIADI, sus acuerdos internacionales de inversión, no dan a los inversionistas extranjeros derecho alguno sobre su territorio.

⁹ Mortimori, Michael, "Poder de negociación y solución de controversias entre los inversionistas y el Estado: situación excepcional de los principales países en desarrollo y economías en transición", *Arbitraje Internacional basado en cláusulas de solución de diferencias entre inversionistas y Estados en acuerdos Internacionales de Inversión: Desafíos para América Latina y el Caribe*, Editorial Naciones Unidas CEPAL, Santiago de Chile, 2009, Serie Número 188. p. 26. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4583/1/S0900332_es.pdf.

China, aprovecho la inversión extranjera sin riesgos de cláusulas de arbitraje entre inversionista y Estado, no obstante, que firmo la convención de CIADI en 1982, sus iniciativas tenían restricciones que limitaban la protección de la inversión extranjera directa. Hasta antes de 2003 china no permitía la inclusión de cláusulas de arbitraje de inversión internacional, excepto para determinar el monto en caso de expropiación y no tenía cláusulas relativas al trato nacional., desde la adhesión a la convención del ICSID, solamente se han presentado dos casos, los cuales, se han resuelto a favor del Estado.¹⁰

Los nuevos acuerdos internacionales de este país oriental, incorporaban procedimientos de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado, limitados mediante precondiciones como la necesidad de una revisión administrativa local previo, entre otras. La cláusula de trato nacional contenía una obligación de statu quo.

Lo anterior nos conduce a reflexionar, ¿cuáles son las ventajas y los costos por la implementación de estas reglas de inversión extranjera en países receptores desarrollados y subdesarrollados? ¿Se debe dar garantías a un inversor por explotar los recursos naturales nacionales por “el riesgo país”? ¿Los mecanismos previstos en arbitraje de inversión hace que los beneficios justifiquen los riesgos?

Acorde a la CEPAL:

Los elevados flujos de IED recibidos por los países BRICS, que han sido cautelosos con respecto a su exposición a cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado, contradicen todas las hipótesis relativas a la existencia de un vínculo causal directo entre la firma de un acuerdo

¹⁰ *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/5391>. *Ekrans Berhad v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/11/15. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/11/15>.

internacional de inversión con cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado y los flujos de inversión extranjera.¹¹

El “riesgo país” está relacionado con la protección ante los eventos que pueden producir pérdidas derivadas de incumplimientos contractuales, disminución de los derechos de propiedad, daños en los activos o cese de actividades, para compensar lo anterior se establecen tratados bilaterales o multilaterales de inversión con ciertas concesiones, libertades o ventajas tanto jurídicas como económicas. Por ejemplo, el artículo 1109 del TLCAN estatuye en lo referente a las transferencias, que los gobiernos deberán permitir libre repatriación de utilidades derivadas del proyecto de inversión, sin la imposición de obstáculos.¹²

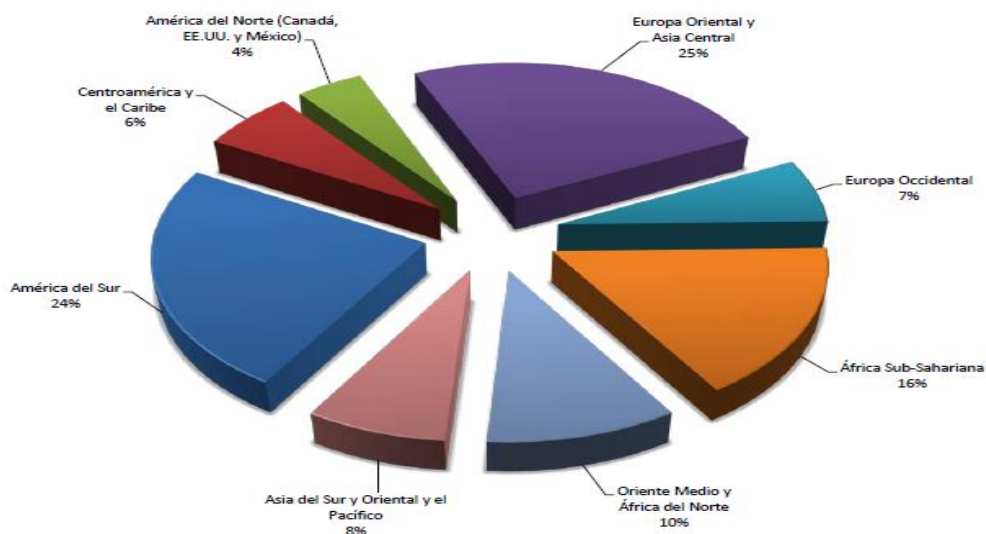
Así, con la globalización las empresas transnacionales se constituyen en una forma de supra poder neo colonizador de Estados, se apropian de los recursos naturales de los países, repatrian sus ganancias derivadas del comercio ambiental y dejan que la población sufra las consecuencias de la inmoderada explotación, ocasionando hambrunas, problemas económicos, sociales; así los problemas se quedan en la localidad y los beneficios son para empresas globales, no obstante lo anterior, también constituye un modo de financiarse por parte de los países desarrollados en agravio de los subdesarrollados, ya que en alianza con estas transnacionales en el supuesto de haber alguna inconformidad por cuanto al laudo arbitral, el inversor puede acudir ante cortes federales con sede en Washington o Paris, para solicitar se obligue al país anfitrión hacer pagos en estas Cortes como medidas precautorias mientras finaliza el proceso, así de esta forma los países desarrollados ingresan a sus arcas dinero proveniente de laudos que les ayudan a equilibrar su economía a nivel global.

¹¹ Mortimori Michael, *Arbitraje Internacional basado en cláusulas de solución de controversias*, op. cit, p. 26. Disponibe en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4583/1/S0900332_es.pdf.

¹² Cfr. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Capítulo XI Quinta parte: inversión, servicios y asuntos relacionados, fecha de suscripción 17 de diciembre de 1992, inicia vigencia 01 enero 1994, Disponibe en: http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/cap11_1.asp.

Lo anterior nos permite arribar a la conclusión que las transnacionales y países desarrollados mantienen a los países pobres subsumidos en su dominio, lo cual se deduce al observar que del 100 % de las demandas presentadas bajo las reglas de este convenio, 50% de las demandas instauradas son contra países subdesarrollados como vemos en el siguiente:¹³

Gráfico1.Controversias Registradas bajo Convención ICSID por Regiones Geográficas.



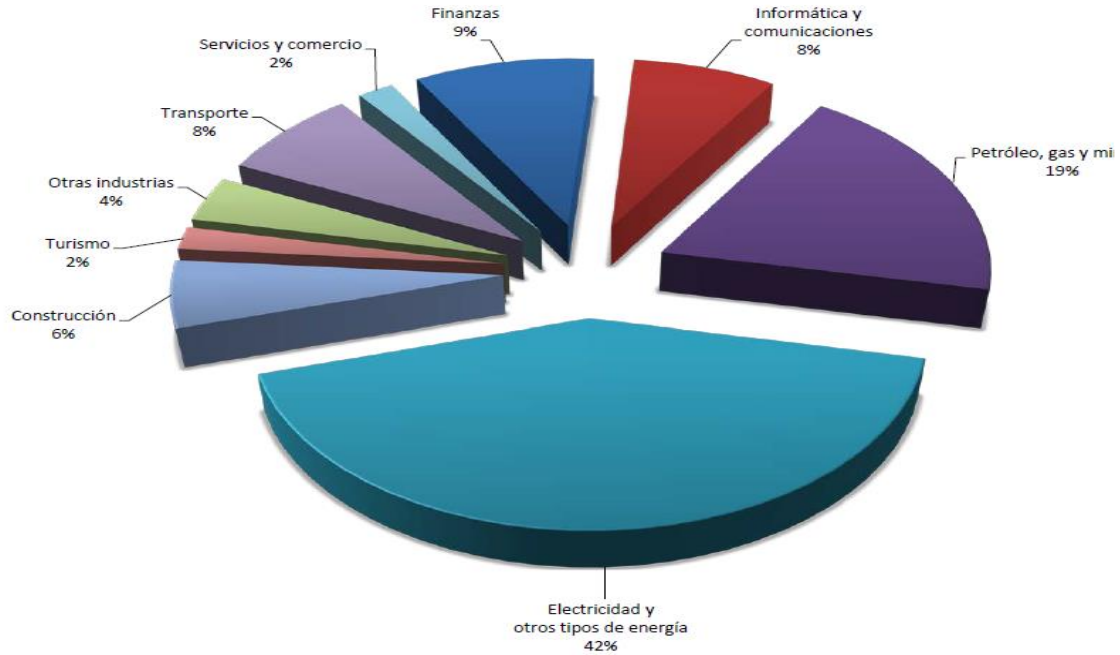
Fuente: CIADI/ICSID

Así mismo, cabe destacar, que se observa como principal sector de la economía en conflicto auspiciadas bajo esta convención “en un 61% son cuestiones de orden ambiental y la principal modalidad de donde se derivan los conflictos con los cuales el CIADI constriñe su jurisdicción son los tratados

¹³ Cfr. Gráfico 1: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI/ICSID, World Bank, “Carga de Casos del CIADI –Estadísticas Edición 2016-1” p. 11. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(Spanish\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(Spanish)%20final.pdf). Cfr. United Nations Conference trade and Development, UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, 2015, p. 5. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

Bilaterales en un 60.3% seguidos de un 17.3% de contratos de inversión entre el inversionista y Estado como se ve en el Gráfico 2¹⁴.

Gráfico 2. Distribución de Casos ICSID por sectores de la economía



Fuente: CIADI/ICSID.

¹⁴ Cfr. Gráfico 2: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI/ICSID, World Bank, “Carga de Casos del CIADI –Estadísticas Edición 20017-1” pp. 10,11,26. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(Spanish\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(Spanish)%20final.pdf).

1.3. Antecedentes históricos del arbitraje de inversión

El arbitraje es anterior a las formas estatales de administración de justicia, pues se sometía el conflicto a otra persona aceptando por anticipado su veredicto, el arbitraje surge como un medio alternativo al uso de la fuerza ante la necesidad del ser del hombre en sociedad.

A decir de Francesco Zappala esta data de tiempos prehistóricos de la comunidad judeocristiana,

[...] la religión judía forjó el arbitraje para tener un trato diferente durante su traumática historia, pues desde la Constitución del emperador Romano de Oriente hasta la revolución francesa, se aceptó que el pueblo judío tuviera su propia jurisdicción en controversias religiosas y comerciales.

En la Grecia Clásica existían árbitros de carácter público, elegidos de manera aleatoria entre 44 patriarcas quienes juzgaban las disputas criminales y públicas, aquí se tiene un paralelo entre arbitraje paraestatal y arbitraje interno. Por su parte los historiadores Tucídides y Plutarco, afirman que las ciudades –Estados subordinaban sus disputas al arbitraje de una ciudad neutral [...].¹⁵

En la Edad Media en los siglos X y XIII en Inglaterra las disputas entre comerciantes con referencia a las prácticas comerciales consuetudinarias se hacía énfasis a la rápida e informal resolución de las causas y su focalización sobre la flexibilidad, libertad contractual y la decisión de los casos "ex aequo et bono", para acomodarse a la constante evolución de las costumbres mercantiles. Los jueces mismos eran comerciantes.

Posteriormente, el mecanismo de arreglo pacífico de solución de diferencias fue en el contexto histórico previos a la primera guerra mundial, la cual inicia en 1914, es decir; a través de la primera Conferencia de Paz de la Haya de 1896 en

¹⁵ Zappala, Francesco, *Universalismo Histórico del Arbitraje*, Bogota, Colombia, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 14 de octubre de 2010. Número 121, p. 199. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>.

la cual se suscribió la Convención para la Solución Pacífica de los Conflictos Internacionales y la segunda Conferencia de 1907 en la que se estableció la Corte Permanente de Arbitraje los Estados podían atribuir competencia a un Tribunal Arbitral.

Estableciendo los primeros principios de buenos oficios, mediación y arbitraje con el objeto de prevenir conflictos armados entre naciones, hay que mencionar que estas Conferencias fueron gestadas dentro de una lógica de tensiones bélicas pues se observa dentro del contenido de las dos Conferencias en un 90% regulación de cuestiones de armamento, derechos sobre buques enemigos, aduanas terrestres de guerra, reglas para lanzamiento de proyectiles y explosivos, reglas sobre difusión de gases asfixiantes¹⁶ entre otros.

El derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas imponen a los Estados la obligación de solucionar sus controversias internacionales por medios pacíficos, sin recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, pero no les imponen determinados medios de solución. La elección de un medio determinado depende del acuerdo de los Estados en litigio.

Hasta 1959, los relaciones entre los inversionistas extranjeros se regían única y exclusivamente por el Derecho Internacional Público, donde ante algún maltrato al inversionista extranjero por parte del Estado anfitrión, el inversionista tenía dos opciones. La primera, demandar al Estado ante los tribunales locales.

Ante esa opción el argumento ha sido, entre otros, que la protección otorgada por el Derecho local no es suficiente. El Estado, en ejercicio de su soberanía, podría modificar o eliminar esa protección sin mayor limitación.

La segunda opción disponible al inversionista extranjero era solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática, por lo cual el Estado de nacionalidad y el anfitrión podían negociar y eventualmente encontrarse como

¹⁶Yale Law School, "Laws of War: Declaration on the Use of Bullets Which Expand or Flatten Easily in the Human Body; July 29, 1899." *The Avalon Project Documents in Law, History and Diplomacy*. Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/dec99-03.asp.

partes de una acción ante la Corte Internacional de Justicia o su antecesora la Corte Permanente Internacional de Justicia.

Con el devenir de la historia en 1959 se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán. Ese tratado era una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación y aunque no contenía muchas de las protecciones que hoy día se observan en los tratados en cuestión, creó el paradigma de lo que después se convertiría en un sistema integrado de protección al inversionista y a la inversión extranjera.

Más tarde la Convención de Nueva York de 1958, y el Convenio de Washington de 1965, son los instrumentos jurídicos que en realidad han dado impulso y consolidación al arbitraje internacional de inversiones.

En 1966 se creó el Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones CIADI, para dilucidar las disputas legales entre inversionistas frente al Estado anfitrión. Desde el año 1978 el CIADI dispone de reglas del mecanismo complementario que permiten solucionar disputas entre Estados que no son signatarios de la Convención.

Una de las razones que motivó el surgimiento de los TBI en donde se extendía la protección a los inversionistas extranjeros a distintos supuestos de hecho y se les daba la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral internacional, fue el resultado del caso Barcelona Traction ventilado por ante la Corte Internacional de Justicia.

En Barcelona Traction ¹⁷ una compañía registrada en Canadá, pero cuyas acciones eran propiedad de ciudadanos Belgas había sido expropiada por el Reino de España. Bélgica otorgó protección diplomática a sus ciudadanos y demandó a España por ante la Corte Internacional de Justicia.

¹⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, International Court of Justice*, 24 de Julio de 1964, p. 3. Disponible en: <http://www.icjij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=50&p3=4>.

La Corte indicó que el Derecho Internacional reconoce la existencia de la entidad corporativa como un asunto del Derecho local ocasionado por la realidad económica y determinó que Bélgica no podía proteger a una compañía en una acción en contra de España ante la Corte.

La decisión se basó en que, bajo el Derecho Internacional consuetudinario, una compañía puede reclamar la protección del Estado en el cual está registrada pero no la protección del Estado del cual los accionistas son ciudadanos. Sin embargo, en ese caso, Canadá rechazó otorgar protección diplomática porque para ellos no era suficiente el registro de la compañía en Canadá, sino que además se hacía necesario que la compañía hubiera generado un beneficio económico sustancial o que la compañía hubiera tenido algún interés económico de carácter sustancial.

El remedio encontrado para evitar que decisiones similares a Barcelona Traction evitaran la protección internacional a la subsidiaria de un inversionista extranjero, fue incluir disposiciones expresas en los Tratados Bilaterales de Inversión, según las cuales, las subsidiarias de un inversionista extranjero tendrían la nacionalidad del inversionista extranjero, independientemente del lugar de registro de la subsidiaria e incluso si ésta se hubiera registrado en el Estado anfitrión.

1.4. Teorías económicas y conductuales del riesgo en la inversión

En esta parte estudiaremos las diversas teorías que caracterizan el marco del concepto “riesgo país” en la construcción del derecho económico internacional actual, que emergen en las políticas galardonadas mediante el Consensus de Washington¹⁸, Planes Brady¹⁹ como solución a la crisis de deuda externa bancaria mundial que data desde 1982 debido a la configuración del sistema económico

¹⁸ Acuñado en 1989 por el economista John Williamson para describir un conjunto de diez fórmulas para países en desarrollo y que estaba respaldado bajo la órbita del FMI, BM para auxiliarles a salir de la crisis económica, implicaba austeridad fiscal, privatizaciones’.

¹⁹ Plan diseñado en 1989 por Nicholas Brady secretario del Tesoro de Estados Unidos, para reestructurar la deuda contraída por los países en desarrollo con los bancos comerciales “bonos Brady” para restablecer la balanza de pagos.

mundial indicada por el Fondo Monetario Internacional²⁰, soportado bajo una política de endeudamiento que situaba excedentes de liquidez sin análisis responsables y serios de los riesgos por país, ya que hasta antes de 1982 para obtener préstamos primero se tenía que aumentar reservas, posteriormente el acuerdo de Bretón Woods.

En este contexto Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones (MIGA, por sus siglas en inglés), “define el riesgo país como riesgos asociados a las acciones del gobierno que restringen el derecho de un inversor a beneficiarse de sus activos o reducen el valor de la firma”²¹

Ergo, para comprender el problema de los riesgos del capital, sus ventajas y desventajas para incrementar el mismo, en la literatura económica actual Tomas Piketty²² en su Obra *“El capital en el siglo XXI”* refiere: *“que el problema del capital, es que produce riquezas heredadas donde el capital produce una tasa de retorno del 4% o 5% mientras que el crecimiento de la economía es más bajo”*.

Coincidiendo con Paul Krugman en diversas entrevistas y medios públicos expresando: *“que el problema no ésta en la acumulación de capital sino en el alto grado de compensación e ingresos que esta obtiene”*, por tanto, las desigualdades se transfieren a lo largo de generaciones.

Sin embargo, los detentadores de capital han considerado plausible la aplicación de leyes especiales de inversión aplicable exclusivamente en el marco de una jurisdicción internacional en atención a “un factor de riesgo país” aun cuando es de advertirse que estos “riesgos país” no son exclusivos de países en desarrollo o en transición, pues las ultimas crisis económicas globales han sido generadas incluso por países industrializados y una mala gestión de empresas

²⁰ Stiglitz, Joseph, *El malestar de la globalización*. España. Editorial. Punto de lectura. 2013. pp 70-95, 141-162.

²¹ Dans Rodríguez, Noemi, *“Los Riesgos Políticos en la Inversión Extranjera Directa, el componente económico en el riesgo”*, Red de Revistas Científicas de America Latina, el caribe, España y Portugal. Redalyc. N.39, 2015, Mayo 2014, p.1, 21-44. *Disponibe en: <http://www.redalyc.org/pdf/866/86639636002.pdf>*.

²² Piketty, Tomas, *El Capital en el siglo XXI*, Traducción Eliane Cazanave, México, Fondo de Cultura Económica. 2014. p.12.

transnacionales²³, entonces, más bien pareciera un estigma ficticio para justificar en el derecho el saqueo y abuso económico hacia los países pobres. “ver cisnes blancos no confirma la no existencia de cisnes negros” ²⁴así el riesgo acorde a la teoría de Nassim Nicholas Taleb opera bajo un mecanismo mental en el que se buscan ejemplos para confirmar supuestos, los cuales están basados en una condición preconcebida para validar un hecho subyacente.

En tal sentido, si el riesgo es parte de un imaginario colectivo, en todo caso los inversionistas deberían tomar medidas en los tratados internacionales para ayudar a los Estados a disipar los riesgos, contribuyendo a un equilibrado intercambio de satisfactores que contribuya a una estabilidad en la habitabilidad en el globo²⁵, sin aprovecharse de los países receptores y obtener ventaja de su propia injusticia, lo cual además incrementa el riesgo inicial y se inserta en una espiral del riesgo.

Por otro lado, Kahneman ha dado pruebas de que en realidad no asumimos riesgos debido a el resultado del fruto de la ignorancia y de la ceguera ante la probabilidad, pues al proyectar el futuro tendemos a descartar las rarezas y resultados adversos, pero también que en algunos casos asumir riesgos lleva a la extinción, pero es un proceso importante para la evolución²⁶ lo que nos conduce a pesar que si la constante es el cambio y este implica un riesgo necesario para la evolución, conviene entonces establecer parámetros sustentables para justificar el riesgo de los inversores, por ende es importante responder si los parámetros de “riesgo país” actuales estipulados en la Convención CIADI contienen factores de referencia sostenibles con el medio ambiente y si no es así...cuales serían?

²³ Recordemos la crisis económica reciente en 2008, probada por las hipotecas suprimidas en Estados Unidos

²⁴ Nassim Nicolas, Taleb, *El Cisne Negro*, Traducción de Filella Escolà, Roc. España, Editorial Paidós, 2013, p. 85.

²⁵ notese que hablo de intercambio de satisfactores en distintas especies, no intercambio de cuestiones monetarias, ya que la moneda también es una ficción creada por el hombre que se encuentra subvaluada, es solo un símbolo que la humanidad ha creado para justificar la validez de la supremacía de unos sobre otros, aunque originalmente partió como instrumento para el comercio, la finalidad de su creación ha rebasado el objeto para el cual fue creado.

²⁶ Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, Pensar Despacio*, Traducción Joaquín Chamorro Mielke, Barcelona, Editorial Random House Mondadori, 2013 p. 78.

Mucho se ha abordado acerca de cómo asumir los riesgos en las inversiones comerciales, algunos sostienen que el riesgo es algo ficticio, especulativo, creado por las mentes, se plantean diversas teorías económicas de comportamiento de agentes económicos como las teorías de diversificación de cartera²⁷, de racionalidad limitada²⁸, de impacto de lo altamente improbable²⁹ como mecanismos para enfrentar los riesgos en las inversiones o riesgo corporativo de una empresa, lo cual no fue considerado en la redacción de la convención del CIADI, recordemos que el propósito de esta fue para garantizar su protección de la inversión ante el posible riesgo, es decir se constituyó este organismo como una necesidad de los inversionistas de contar con una protección ante sus propuestas de perfección de libre mercado o ante sus decisiones económicas lo cual es contradictorio, si el mercado es perfecto, para que una protección.

¿Conocer estos conceptos de importancia sobre las teorías del riesgo o juegos dentro del arbitraje de inversión ambiental, nos posibilita acercarnos a un conocimiento más científico sobre quien gana... quien pierde? A quien sirve

Las dinámicas en el mercado de capitales están patrocinadas por una constante volatilidad, en este contexto la teoría del cisne negro nos proporciona una adecuada respuesta³⁰, señala que es debido a una imagen del mundo fuera de la realidad, haciendo predicciones sesgadas vinculadas a las emociones y experiencias vividas por el ser humano, limitando así nuestra capacidad humana al negarnos la posibilidad de que no sabemos que no sabemos, lo que no

²⁷ Krugman, Paul y Obstfeld Maurice, *Economía Internacional*. Traducción Yago Moreno, Madrid. Editorial Pearson Educación, 2006, p. 604. término acuñado por economista James Tobin, sostiene que ante la aversión al riesgo que tiene el ser humano para hacer un intercambio más eficaz del mercado es mejor diversificar la cartera de valores, ocasionando un menor impacto de los posibles riesgos.

²⁸ Kahneman, Daniel; *Pensar Rápido, Pensar Despacio, Op cit.*, pp 35-107. plantea que elegimos partiendo del recuerdo de la experiencia; y finalmente el embuste de la ilusión de enfoque que afecta la importancia que le damos al caso.

²⁹ Nassim Nicholas, Taleb, *El cisne negro, Op. Cit.*, España. Editorial Paidós, 2013. pp. 130-160. Es un "cisne negro", algo que no se predice y no se toma en consideración en la mente cuando piensas en esos sucesos, es decir; no se piensa que hay probabilidad de que suceda, pero cuando pasa tiene gran impacto.

³⁰ Nassim Nicholas, Taleb, Idem. Es algo que no se predice y no se toma en consideración en la mente cuando piensas en sucesos, no se piensa que hay probabilidad de que suceda, pero cuando acontece, tiene un gran impacto".

sabemos, que nuestras decisiones actúan en función de una visión retrospectiva labrada de las propias experiencias y mundo, pero en realidad solo podemos llegar a conocer las causas hasta pasar por el tranvía del error, y únicamente así construimos la realidad histórica, la heurística predictiva de la visión del mundo, es pues la construcción de un catálogo de improbabilidades fundamentada en las experiencias, riesgos que hemos tomado, se programa para perpetuar lo mismo y mantener a la persona en una uniformidad, para mantener a la sociedad en estabilidad aparente, la cual crea poca inventiva, intolerancia social y conformismo social., bajo este marco; se gesta el mercado internacional de capitales que atisban las principales, perenes, e incesantes crisis económicas sesgados ante lo probabilidad de lo improbable.

No obstante, lo anterior, esta teoría en opinión de la suscrita presenta la siguiente paradoja: se apunta, por un lado, que, en la formación de la historia, existe una tendencia que tiene el hombre por cierta predictibilidad de los hechos, lo cual conduce al conocimiento, pero también por otro lado, por su misma génesis, de acuerdo a su estructura orgánica mental, permite el control y manipulación de masas.

A menos que tuviéramos más vocación de análisis y nos quitáramos la ociosa manía de querer vaticinar la historia, pero el problema estriba que construimos la historia al revés, primero formulamos teorías y luego las aplicamos, pero es un hecho que solo aprehende el hombre el conocimiento cuando se involucra en la cognición las emociones, entonces, esto significa que solo aprendemos o adquirimos conocimiento por nosotros mismos, es decir; una vez que acontecen los hechos podemos formular teorías, construir nuevas, deconstruir, y así sucesivamente, pero surge el debate Nassim Taleb apunta, es fiable parir teorías sin cría alguna, estos es; las teorías se construyen a partir de hechos pasados que engendran un nuevo ser? O como se podría crear un ser sin hechos previos que conlleven hacia una teoría, realidad o ente.? Hacia la perenne improbabilidad.

A pesar de la némesis histórica del neo liberalismo, se vislumbran detractores en contra de la regulación ya que las decisiones emotivas y comportamientos a veces no pueden ser perfectos, no obstante coincidimos con el sustentante de la nota periodística que las finanzas tienen prominencia por las preferencias de riesgos de inversionista, ello es así, porque al tomar decisiones se involucran emociones que se disparan en marcha automática mezclándose con el impacto de experiencias del hombre que permea en su herencia cultural debido a su civilización o cultura³¹ así se determinan las decisiones emocionales que toma para invertir el hombre, resultando imposible sustraerse a esta acción, ya que el hombre como decía Aristóteles es un zōon –politikon por naturaleza y en su experiencia de vida, es lógico que generara diversidad de emociones que le producirán diversos tipos de conocimiento.

Samuel Huntington³², plantea que: “la política mundial en esta nueva etapa, la principal fuente de conflicto no será ni ideológica, ni económica, las divisiones de la humanidad serán: por el conflicto cultural, su principal preocupación estriba que esas diferencias en civilizaciones son el resultado de siglos y son más determinantes que las diferencias entre ideologías y regímenes políticos; puede generar conflictos, un mundo de choques de civilizaciones es inevitable en un mundo de leyes dobles, se aplica uno a los países afines y otra al resto”

Lo expuesto anteriormente nos lleva a cavilar entonces como construir una cultura diferente del “riesgo país” en cuestión de inversión comercial sobre todo la que se relaciona con la cuestión ambiental, ya que el riesgo en gran medida se debe a diferencias culturales preconcebidas de los inversionistas sobre el riesgo respecto a el daño, cooperación o inversión, o tal vez deba decirse, ¿que el riesgo es un reflejo de la lógica individualista humana que se expande a la mercante?

³¹ Fuente: Periódico Nacional de México “Psicología influye en 80% de las decisiones de los inversionistas.” *El Financiero*, 19 de noviembre del 2014, *Disponibe en: <http://www.elfinanciero.com.mx/economia/psicologia-influye-en-80-de-las-decisiones-de-inversionistas>*. El comportamiento de inversión es parte del comportamiento social, la cultura ayuda a determinar a qué obstáculo psicológico se es más propenso a sucumbir. Las diferencias culturales de los inversionistas puede incluso influenciar los rendimientos de los mercados. Los inversionistas alemanes son más pacientes, mientras que los africanos son los menos pacientes.

³²Huntington, Samuel, *Choque de civilizaciones*, Argentina, Editorial Paídos. 2001.pp. 23,26.

1.5. Teoría Jurídica de la entidad económica global: *lex mercatoria* como herramienta para el comercio de recursos naturales

Jorge Wiker³³ en su obra *Derecho Económico en el Siglo XX*, sostiene que el papel del derecho económico, se ha visto comprometido entre la ambivalencia de planificador de vida y regulador de mercados, por lo cual el proceso globalizador condiciona la ayuda asistencial del Estado, por ende esta travesía factura un nuevo derecho económico internacional, haciendo énfasis que es necesario distinguir estrategia global e internacionalización, pues la globalización extraterritorializa los agentes económicos, mediante las corporaciones y el mercado internacional, la segunda, por su parte, alude a las relaciones jurídicas nacionales de la foráneas.

Es precisar destacar, que la estructura de la convención del CIADI actual, que tutela el libre comercio con garantías de riesgo, choca con la soberanía, el derecho a la vida y medio ambiente sano, lo anterior en la visión que comparto con Matthias Goldman “obedece a una teoría separatista económica, derivada de la corriente neoliberal que permea hasta la *lex mercatoria* internacional”³⁴ y que en el antropoceno se hace incompatible para la sobrevivencia humana.

En este mismo sentido, el Dr. Víctor Manuel Castrillón Luna nos proporciona más claridad sobre como el fenómeno económico de la globalización trascendió a la *lex mercante*, al respecto sostiene:

Que las rupturas de barreras geopolíticas [...] que rompen con esquemas formales tradicionalmente concebidos en los sistemas jurídicos estatales [...] por la acción de las empresas transnacionales y gracias a la acción de organismos internacionales que preparan esquemas de desarrollo jurídico y

³³ Wiker, Jorge, *Derecho y Globalización*, México, Universidad Nacional Autónoma de México p. 6. *Disponibe en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/114/23.pdf>*.

³⁴ Goldmann, Matthias, *International Investment Law and Financial Regulation: Towards a Deliberative Approach*, Social Science Research Network, 10 de Febrero de 2015, p. 5. *Disponibe en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2563258* este autor apunta que la teoría de separación funcional proviene de Jan Tinbergen y Hayek como una respuesta contra las políticas Keynesianas.

económico no formales para regular tales prácticas [...] *crean un derecho supranacional*.³⁵

El derecho mercantil tiene su genética en la *lex mercatoria* que se crea en la edad media, a través de las prácticas que realizaban agremiados del comercio en forma consuetudinaria, sin existir institución coercitiva que los obligara, la única “regla del juego” era desde ese entonces la costumbre y la buena fe, cimentándose a través de grupos operadores del comercio soberanos, es decir, con autonomía de voluntad, por lo anterior, las prácticas no reguladas de las empresas transnacionales crea disposiciones y normas similares que podrían considerarse forman parte de una *moderna lex mercatoria*.

La moderna *lex mercatoria* es según Filali, es “un orden jurídico autónomo, se sostiene dentro de la existencia de una comunidad institucionalizada, como es la *societas mercatorum*, se expresará y exteriorizará a través de la *lex mercatoria*, entendida como Derecho originario, es decir, cuyo fundamento de validez no se encuentra ni en el Derecho estatal ni en el Derecho internacional.”³⁶

Teubner³⁷ razona que la nueva *lex* se encuentra imbuida de un orden normativo plural y a la vez fragmentado, con tendencias racionalizadoras, pero a la vez unificadoras como parte de un sistema global que regula los intercambios comerciales.

Debo agregar que la *lex mercante moderna* es un acrónimo de prácticas y costumbres con rango de sistema superior que comporta en sí misma una manera de auto evolución que incluso se convierte en una regla reconocida por el derecho

³⁵ Castrillón Luna, Víctor Manuel, *Hacia una Regulación Integral para el Comercio Mundial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. año 2015. p. 5. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3984/16.pdf>.

³⁶ Lopez Ruiz, Francisco, “Notas Sobre la Nueva *Lex Mercatoria*”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad Alicante España. 2007, Número 1, p. 5. Disponible en: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/09/lopez-ruiz-notas-sobre-la-nueva-lex-mercatoria.pdf>.

³⁷ Matute Morales, Claudia G, *Lex mercatoria una aproximación desde la perspectiva: Ética, Hermeneutica e Interpretación, Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Carobo, p. 9. Disponible en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc33/art08.pdf>.

Internacional plasmado en “la Convención de Viena del 11 de Abril de 1980, en su artículo 9 párrafo segundo”³⁸

Ante esa realidad del comercio internacional que a decir de Castrillón “viene impuesta por la distribución de productos y servicios en diferentes regiones del planeta [...] .originando un gran número de relaciones jurídicas vinculadas al comercio internacional por tanto para hacer congruente la normatividad que va surgiendo en el ámbito internacional con los sistemas jurídicos de las naciones.....se evidencia la necesidad de que los países realicen adecuaciones a sus regímenes internos”³⁹

Por lo anterior, mi hipótesis consiste en que esta nueva forma de ley mercante, que ya emerge de un sistema regulador diferente al tradicional (que era el Estado-Nación), viene dada con nuevas directrices que hacen converger en un mismo centro, tiempo y espacio, un orden normativo plural, es decir; la moderna *lex* hace una intersección *en el derecho de la inversión internacional ambiental*, pues dentro de este se entrelazan el derecho Internacional público, mercantil y ambiental, que se engrosan con similitudes en el modo de operar la ley, por cuanto a una ausencia de regulación.

A mayor abundamiento, si bien es cierto, encontramos una profusa cantidad de instrumentos jurídicos (convenios, tratados, acuerdos, recomendaciones, declaraciones, informes, resoluciones en materia ambiental) que producen como efecto el de crear ilusión de una gran protección, seguridad y actividad jurídica ambiental, en realidad lo que persiste, es una gran desorientación en cuanto a efectiva aplicación y acceso a justicia por actos cometidos por empresas en contra del medio ambiente.

En este orden de ideas se aprecia que la misma naturaleza de la *lex* mercante reclama su renovación y recursividad, en palabras de Pompeou Casanova: “Otra vez lo viejo resulta nuevo, el desprendimiento del mundo

³⁸ Boutin, Gilberto, “Lex mercatoria y dinámica en el derecho positivo”, en Silva, Jorge Alberto (Coord), *Estudios sobre la lex mercatoria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. 2013. p. 86.

³⁹ Castrillón Luna, Víctor Manuel, *Hacia una Regulación Integral para el Comercio Mundial*, Idem p. 8

simbólico, no se efectúa por una sustitución de imágenes o ideas, sino más bien por una recomposición de lo ya conocido”⁴⁰

Así las cosas, la Convención de CIADI vista como brazo para la aplicación de la ley mercante, como se encuentra actualmente debe señalarse, genera obstáculos que permiten la Ausencia y desaparición de las responsabilidades de los sujetos inversores, dañando el medio ambiente a su paso, transgrediendo la soberanía de los Estados pues mediante este convenio los inversionistas obligan a los Estados a dejar de lado sus políticas públicas o los coaccionan para hacer políticas acorde a los interés privados empresariales debido a la imposibilidad del Estado de poder cumplir con sus compromisos internacionales de pagos y lo que esto conlleva como una disminución global del sistema de preferencias arancelarias, entre otros.

Por tanto resulta imperante resolver la problemática de ausencia de principios de naturaleza ambiental en el arbitraje de inversión internacional garantizándola mediante un marco jurídico sostenible con perspectiva holística que incluya la responsabilidad social- ambiental de la empresa dentro del orden internacional público, para ello hay que armonizar los desperdigados instrumentos internacionales en materia ambiental en relación con la Convención del CIADI, para contribuir a una consolidación de jurisprudencia internacional en arbitraje de inversión ambiental donde los fines económicos no puedan estar desvinculados de los fines sociales y ambientales.

2. Marco Metodológico

2.1. Método

Acorde a la connotación de método para Bartolo Pablo ⁴¹ esto entraña un proceso de análisis articulante de elementos en la inventiva lógica. Sin embargo, para

⁴⁰ Casanovas, Pompeu, *Las formas sociales del derecho contemporáneo: el nuevo ius commune*, Universitat Autònoma de Barcelona. Working Paper N.146 Barcelona, 1998, p. 8. Disponible en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc33/art08.pdf>

⁴¹ Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Metodología Jurídica*. México. Editorial Oxford University Press.2010. p. 3, deriva de dos raíces griegas, *meta* y *odos*, la primera significa por medio de, y la segunda, camino o ruta, consiste: en el camino que guía hacia un resultado determinado o esperado.

Descartes el objetivo del método⁴² nos sumerge en un análisis, con el ánimo de arar sobre terreno firme hacia una filosofía con prospectiva.

Por otro lado, atendiendo la definición de Juan de Dios González Ibarra⁴³ discernimos que este concepto, se erige como la elección a ocupar, en función del problema a resolver, por ello es menester analizar en qué dimensión se ubica ese carácter aporético que hace que sea favorable a seguir tal camino.

La empleabilidad de este, nos aporta la habilidad de ejecutar acciones más eficientes y eficaces que lán una planeación estratégica, llevando a cabo, el proceso cognoscitivo del pensamiento, hacia una posibilidad loable de aprehensión del conocimiento, mediante la estructuración de contenidos desde una perspectiva dinámica.

En suma, el método, es la utilización específica del tipo de tranvía para llegar al destino, que se diferencia de la metodología, por ser esta el punto estacionario donde convergen todos los métodos.

Así las cosas, al pasar las etapas para edificación del método del método que nos permitirá reordenar el pensamiento, el ilustre jurisfilósofo Juan de Dios González Ibarra, avispa señalando “herramientas Meta metodológicas”⁴⁴ como son: a) el óntico b) ontológico c) epistémico.

Es ese sentido, se vislumbra al método como el eje de los procedimientos para la elaboración del pensamiento reflexivo, pues involucra una definición del contenido del continente con el objeto de brindar una alternativa de solución al problema, mediante la comprobación de la propuesta presentada experimentalmente, sirviendo dicho prototipo que data de la experiencia similar actual para instrumentar un esquema aplicable que avizore las contingencias futuras.

⁴² Bassart Muñoz, Josep, Conocimiento y método en Pascal Descartes y Leibniz. Universidad Autónoma del Estado de México. 2004. p. 106. *Disponibe en: http://blogs.fad.unam.mx/asignatura/carlos_salgado/wpcontent/uploads/2012/10/Conocimiento-y-m%C3%A9todo-en-Descartes-Pascal-y-Leibniz.pdf*.

⁴³ González Ibarra, Juan de Dios. *Metodología Jurídica Epistémica*, México, Editorial Fontamara, 2006 .p 82. Método: procedimiento para tratar un conjunto de problemas.

⁴⁴ González Ibarra Juan de Dios. *Filosofía Jurídica*, México, Editorial, Porrúa 2013. pp. 32-33. a) *Óntico o descriptivo*. b). *Ontológico o explicativo*. ; c). *Epistemológico o metaexplicativo*. .

En mérito de lo expuesto, se colige su importancia, debido a que con el método permite al paradigma, comprender, cimentar, discernir los conceptos, juicios y razonamientos acorde a la naturaleza del ser, pues al hacer la metamorfosis de las etapas precitadas sublima el conocimiento, hacia nuevas fronteras, en espera de que forjen como lo dice el Dr. Juan de Dios “*bienes jurídicos universales*”.

2.2. Metodología de la Investigación.

En tal orden de ideas, la metodología (meta = a través de, fin; oídos = camino, manera; logos = teoría, razón, conocimiento) es la teoría acerca del método o del conjunto de métodos, se desprende que tiene entre sus pretensiones, dibujar las fortalezas o debilidades de las estrategias a consumir, de entre las mejores prácticas, para arribar con más certeza a una verdadero y justo “conocimiento científico, tecnológico o humanístico”⁴⁵

La metodología de la investigación pretende describir las reglas aplicables en la actividad científica o los caminos adecuados del conocimiento, para incrementar la solidez al nuevo conocimiento que aspira a incorporarse al ya existente. Actualmente, está vinculada como sinonimia de la lógica de investigación para la evaluación de teorías bien articuladas o no, ya que, debido al objeto de estudio, que es el hombre, no puede responder exactamente a un patrón mecanicista – matemático y no por ello, pierde su valor científico la metodología.

De igual modo, esta concepción que nos ocupa en el rubro, advierte que en los distintos caminos del conocimiento científico, también se apoya de la filosofía de la ciencia para la discusión sobre la idoneidad y significatividad metódica.⁴⁶ Además auxilia para diseñar el cuerpo cognitivo del ser en el tiempo y espacio en su forma cambiante, al acompañarse de una compilación reflexiva, que enmarca la compleja alegoría de la lógica que se aplica a los agentes activos, inmersos en los teoremas como son: los objetos jurídicos, sujetos, procesos, valores y

⁴⁵ Bunge, Mario y Ardila Rubén, *filosofía de la psicología*, México, Editorial siglo XXI.2002, p. 72

⁴⁶ González Ibarra, Juan de Dios. *op. Cit.*, p. 18.

disvalores”.⁴⁷ Finalmente, destaco que no resulta óbice, la tendencia a manufacturar, métodos o modelos para la vida humana, en todo caso, estos deben responder en esta modernidad, con una validez de esquema o juicio utilizado en la filosofía científica, que primigénie el tejido celular de la universalidad de derechos del individuo.

Por otro parte, para una mejor comprensión sobre los elementos generales de la investigación, ⁴⁸ es preciso señalar, que en su esencia trata de un proceso sistemático que permite obtener información de manera organizada y objetiva para explorar con rigor científico un hecho, definición que es coincidente con Hernández Sampieri⁴⁹, aun cuando la refiere como investigación científica, pues haciendo una complementación equivalente la metodología de la investigación busca fundamentarse científicamente. Debe expresarse que en la investigación científica es necesario determinar el objetivo de la misma por la finalidad que persigue, enfoque cualitativo, cuantitativo, examinando la trascendencia que el nuevo conocimiento científico contribuiría a la evolución de la sociedad; es decir, se justifica.⁵⁰

Ahora bien, el análisis del contenido de la información en la metodología resulta indispensable, para determinar el tipo de método a aplicar y este varía según la temática del investigador, pues un documento es como un caleidoscopio, susceptible de escrutarse desde diversas ópticas atendiendo, a la finalidad, dimensiones, alcances que persigue, por decirlo de manera enunciativa, mas no

⁴⁷ González Ibarra, Juan de Dios. *Metodología Jurídica Epistémica*, México, Editorial Fontamara, 2006, pp. 25-26.

⁴⁸ Real Academia Española, Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=investigar>, cuyo significado: proviene del latín “*investigare*”, es hacer diligencias para descubrir algo; realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia.

⁴⁹ Hernández Sampieri, Roberto, *Metodología de la Investigación*, México, 6ª. Edición, Editorial, Mc. Graw Hill, 2014, p. 17. Investigación científica: es sistemática porque sigue una disciplina para realizarla; empírica, se recolectan datos concretos de la realidad y crítica, evalúa de manera constante, pero siempre con método.

⁵⁰ Hernández Sampieri, Roberto, *Op. cit.* p 45 en la justificación destaca: conveniencia de la investigación, para que sirva; relevancia social, quienes se benefician del proyecto; valor teórico, se llenara alguna laguna en los conocimientos; utilidad metodológica, observando si puede ayudar a crear un nuevo instrumento para analizar o recolectar datos.

limitativa, ya que los componentes del documento permiten medir, comparar, identificar.

Juan de González Ibarra⁵¹ en este sentido, sostiene además que el marco teórico, no puede estar desvinculado de la parte metodológica, pues a partir de la discriminación de los conceptos jurídicos fundamentales engendramos esquemas conceptuales que deben ir acorde a determinadas corrientes de pensamiento o escuelas jurídicas, propone además; unos eslabones para la construcción teórica-metodológica, indispensable en la sustanciación del cuerpo cognitivo, con énfasis es la construcción de meta teorías para transformar la realidad desde un espacio que posibilita al ser y en un tiempo que permite la forma cambiante del ser.

De igual modo, clarifica que dentro de los elementos de las metodologías, los métodos son formales y las teorías sustanciales “la lógica indica que el método sin teoría es tan solo forma, sin contenido”⁵² abundando que la génesis de las teorías son conceptuales, en tanto los métodos están en la semántica de la acción científica, que se engloban dentro del plexo experimental científico, como los diseños de encuesta y la variedad de técnicas que auxilian para desarrollar el proceso de la investigación científica, que parte de una idea, planteamiento del problema, elaboración del marco teórico, hipótesis, estructuración del enfoque, en virtud de que pueden ser cualitativos o cuantitativos, diferenciándose básicamente por la tipología en la lógica de datos; siguiendo con análisis de datos y entrega de resultados.

Las variables en la fórmula de trabajo, tienen lugar en todas las etapas del proceso, pueden servir para construir indicadores, son cualidades de los elementos de estudio que al finalizar otorgan fiabilidad de los resultados debido a la relación causa –efecto y que está determinado por la elección metodológica que posibilita la comprensión de la complejidad del fenómeno o hecho.

La combinación de diversas técnicas y métodos insertos en la metodología, son fundamentales en el tratamiento de datos que tiene por misión crear

⁵¹ González Ibarra, Juan de Dios. *Ibid nota 37*, pp. 22-23.

⁵² González Ibarra, Juan de Dios. *Ibidem nota*, p. 79.

instrumentos necesarios para la consecución de una meta, armonizando meta conceptos meta teorías, acorde, símbolos, significados en la estructura del sistema.

Además auxilia para diseñar el cuerpo cognitivo del ser en el tiempo y espacio en su forma cambiante, al acompañarse de una compilación reflexiva, que enmarca la compleja alegoría de la lógica que se aplica a los agentes activos, inmersos en los teoremas como son: los objetos jurídicos, sujetos, procesos, valores y disvalores”.⁵³Finalmente, destaco que no resulta óbice, la tendencia a manufacturar, métodos o modelos para la vida humana, en todo caso, estos deben responder en esta modernidad, con una validez de esquema o juicio utilizado en la filosofía científica, que primigene el tejido celular de la universalidad de derechos del individuo.

2.3. Metodología de la investigación jurídica en praxis

La ciencia del derecho es parte de un sistema cultural que se sirve del lenguaje como instrumento científico para la estructura de sus operaciones, a través del lenguaje construimos la representación de los fenómenos económicos, sociales, jurídicos. El lenguaje no es solo una expresión, sino que representa la transformación del pensamiento, así las palabras tienen un significado y estructura lógica que nos llevan a construir una dimensión particular del significado: justicia. Según el lingüista cognitivista Langker⁵⁴, el significado es una función del contenido conceptual que implica habilidades cognitivas.

El lance es, construir un lenguaje científico universal que se proyecte en una justa codificación legal, en un espacio social, global, dialéctica, biodinámica entre la naturaleza y el hombre en igualdad de castas, con oportunidades económicas equilibradas, que pondere la verdad sostenida en el ágora de nuevos

⁵³ González Ibarra, Juan de Dios. *Ibidem nota 37*, p. 25.26.

⁵⁴ Macia Josep, Mateu Jaume. *et al.* "Palabras y significado; El significado y su relación con la referencia y la verdad"; en Espinal María Teresa (Comp), *Semántica*, España. Editorial Akal, 2014, p. 100.

principios que procuren la perpetuidad de la especie, inmersos con normas de convivencia de menos barbarie con el entorno natural, llamado: Tierra.

Que se ha visto forzada por la estirpe de los homo sapiens, para entregarle en sacrificio el Mayab, pero que, en un acto de fe y esperanza, responde otorgando con júbilo la sangre y alma de su tierra; extendiendo los brazos cubiertos de frutos, para después arropar a la humanidad al posibilitarle a la raza continuar existiendo. ¿Hasta cuando seguiremos insertos en la antropofagia de sociedades?

En mérito de lo expuesto, la metodología de investigación jurídica como rama de la metodología viene a aportar a la ciencia del derecho, una manera formal de organizar el pensamiento hacia un sendero científico, con el propósito de erradicar prácticas jurídicas que obstaculizan las decisiones jurídicas en la razón práctica, pues en su conjunto constituyen directrices o normatividades sobre el uso de determinados procedimientos; que a la postre se estatuyen como reglas del razonamiento en la praxis, verbigracia: el empleo del método hermenéutico para ponderar acorde a la naturaleza del ser, el bien jurídico tutelado por la ley; en su generalidad se desprenden los métodos que utilizamos los juristas emergen, construyen, elevan y perfeccionan mediante la jurisprudencia.

En este tenor, las pautas metódicas permiten guiar las prácticas derivadas del ejercicio de la razón en la toma de decisión jurídica, es decir re direccionamos el juicio; de tal suerte, que en esta esa travesía, nos ilustra Robert Alexy, con su obra Teoría de la Argumentación Jurídica

Refiere Juan de Dios González Ibarra, que el método sin teoría es tan solo forma sin contenido, las meta teorías nos dan una visión del fenómeno o hecho jurídico, desde un plano del ser jurídico, “los métodos son formales y las teorías sustanciales”⁵⁵

En este sentido, lo científico del método, no solo se obtiene mediante la aplicación de registros o instrumentos que las ciencias duras utilizan para cualificar y dar validez a sus teorías, pues la operación lógica numérica resulta de

⁵⁵ González Ibarra, Juan de Dios. *Ibidem*, nota 37 p. 79

manipulación de datos numérico exactos, que no varían en el transcurso del tiempo, pues a al analizar y explicar determinados hechos, se parte de las causas y efectos del componente científico.

El dilema del método jurídico es construir un referente sólido, pertinente en el proceso de la valoración subjetiva, acorde a los derechos humanos universales sin caer en el dogmatismo jurídico. Ergo, es oportuno clarificar siguiendo el hilo conductor de la metodología, que la presente investigación, estará respaldada por la concepción *iusnaturalista* en su modalidad *neo tomista*, que tiene ese neologismo, porque está representada principalmente por Santo Tomas de Aquino, cuya premisa fundamental expone que “el derecho natural son criterios y principios racionales, supremos, evidentes y universales”⁵⁶

Lo anterior, es así, toda vez que existen diferentes clasificaciones dentro de esta corriente *iusnaturalista*, no obstante, considero que en la generalidad se concentran aplicando estas dos tesis: “*la permanencia de principios morales y de justicia universales; segunda, en que un sistema normativo no puede ser calificado de jurídico, si contradice aquellos principios morales o de justicia*”⁵⁷; por tanto, no comparto el pensamiento de Jorge witker⁵⁸ en el sentido de que no se puede hablar de un *iusnaturalismo* general porque algunas corrientes contenidas en esta, son excluyentes entre sí, pues acorde a la lógica deductiva e interpretación en sentido amplio, indica que aun cuando la propuesta final de la corriente sea diversa, la raíz de donde proviene es la misma.

El punto crucial es extraer con apoyo de la metodología jurídica la esencia de los diversos paradigmas científicos que se aplican al derecho, en este sentido, coincidimos con Witker ; ya que por tratarse del objeto de estudio: el campo social-el hombre, se advierte el hecho de que podría suponerse, que debido a que

⁵⁶Witker, Jorge y Larios Jorge, *Metodología Jurídica*. México UNAM. p. 135. *Disponibe en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1932>*.

⁵⁷ Witker, Jorge y Larios Jorge, *Metodología Jurídica*. México UNAM, p. 134. .citando a Nino Carlo Santiago “*Algunos modelos Metodológicos de la ciencia Jurídica*” Fontamara Mexico 1993. Nota 57op. cit. p. 55.

.*Disponibe en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1932>*.

⁵⁸ Witker, Jorge y Larios, Jorge, *Metodología Jurídica*. México, UNAM, pp. 133-137. *Disponibe en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1932>*.

alguna corriente, tengan más vigencia factual que otros, no por ello significa, que tiene más validez o grado de avance, pues los paradigmas son visiones filosóficas del mundo, según distintas circunstancias constantes, cambiantes y por ende en la ciencia del derecho, pueden cohabitar dos teoremas, pues no se contraponen, más bien se complementan, salvo, excepciones. “El derecho es ciencia es, es técnica que se construye a través de métodos”⁵⁹

En suma, todos los paradigmas de las corrientes jurídicas se encuentran vigentes y se aplican dependiendo del tipo de sistema jurídico, sin embargo, hay otros referentes doctrinarios que sostienen que el iusnaturalista y el ius positivismo han quedado agotados, tras el giro lingüístico que la filosofía de la ciencia ha dado desde los albores del siglo XX con Wittgenstein hasta llegar al paradigma representado por los hermeneutas Heidegger, Gadamer, Habermas.

Para finalizar este libelo, debo apuntalar que en la contemporaneidad se plantea la corriente garantista simbolizada por Luigi Ferrajoli ⁶⁰, en la que el científico del derecho González Ibarra ⁶¹ propone elaborar críticas constructivistas, que en mi imaginario comparo a manera de un mechero de bunsen, pues a través de estas críticas que se calientan, funden o evaporan distintos matices de la sustancia garantista, arribaremos a un Eureka de la teoría Jurídica, en consecuencia, resulta apresable gravitar sobre esta base filosófica que procura en la tutela de los derechos humanos, tengan estos, un carácter universal.

Para la operatividad de los paradigmas jurídicos neo tomista /garantista, que aplicare desde la perspectiva económica- jurídica en este estudio, me apoyare en a métodos y técnicas de investigación, describiendo algunos a continuación:

a). Histórico y analógico; se aplica mediante la técnica de análisis de legislación comparada en el tiempo y espacio del ser.

⁵⁹ González Ibarra, Juan de Dios. *Curso en Filosofía y Axiología Jurídica Concreta*, Doctorado en Derecho y Globalización, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, agosto-diciembre. 2014.

⁶⁰ Carbonell, Miguell. *Luigi Ferrajoli, Democracia y Garantismo*, Madrid. Editorial Trota. 2010, p. 45.

⁶¹ González Ibarra, Juan de Dios. *Curso en Filosofía y Axiología Jurídica Concreta*, Doctorado en Derecho y Globalización, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, agosto-diciembre. 2014.

b). Directo: el sujeto cognoscente captura directamente el objeto, realizando entrevistas, análisis de datos, prácticas de campo en Sociedades de Inversión que gestionan activos financieros, para tener una primera pauta hacia la verdad que más adelante se someterá a un proceso de comprobación de la hipótesis o teoría;

C. Dialéctico, cuando ante la solución a nuestro dilema confrontamos nuestra tesis con una antítesis al someterlo a revisión, comprobación y generación de nuevas teorías para llegar a la verdad.

d). Discursivo. este es indirecto y busca contemplar el objeto desde múltiples puntos de vista para fijar un concepto o teoría integral, en el desarrollo de este método se aplican principalmente técnicas de investigación documental

e). Sistemático. ordenando los conocimientos, agrupándolos en sistemas, incluyendo para esto aquí también el método inductivo y deductivo cuando separamos las partes objeto de estudio con ciertos criterios de clasificación, la técnica que facilita este método, es la sistematización y registro de información y procesos

f). Deductivo (aplicación de las normas jurídicas generales a casos concretos) e inductivo (parte de fenómenos, hechos o actos particulares para llegar a una conclusión general), se utiliza generalmente mediante la técnica de análisis de procesos jurídicos, jurisprudencias etc., estos métodos se combinan con el método analítico

g). Analógico o comparativo. realiza comparación de fenómenos por sus semejanzas y diferencias, haciendo análisis en el tiempo y espacio de una situación

h). Fenomenológico. analiza y cuestiona el conocimiento sin agregar elementos subjetivos del observador, se fundamenta en análisis y descripción de datos.

l). Interdisciplinario. conocimiento de diversas especialidades técnicas

J). Campo. Analizando y comparando distintas gráficas y haciendo procesamiento de datos.

K). Jurídico. porque analiza, compara, la naturaleza de los sistemas legales en un contexto mundial globalizado.

2.4. Metodología para el Arbitraje de Inversión Ambiental como mecanismo diferenciador dentro del sistema de derecho global: una fusión de horizontes

El concepto de mecanismo de diferenciación, tiene sus orígenes más primitivos desde lo que se conoce como estructural funcionalismo propuesto por Herber Spencer, Emilio Durkheim, Habermas, mas adelanté en el intento de algunos teóricos de depurar *el concepto de diferenciación* llega Nicklas Luhman.

La teoría de Luhman, nos muestra claridad sobre el tratamiento metodológico que emana por el pluralismo jurídico que se presenta como efecto de la globalización en un tiempo y espacio, y que hacen posible la *autopoiesis* del derecho. En el caso que nos ocupa, es imposible deslindarse de esta teoría ya que existen distintos cruces que se vinculan entre sí por medio de la diferenciación. Pues hay que recordar que hablar de globalización es hablar de diferencias.

Además resulta relevante su aplicación en mi tesis porque mi hipótesis estriba en primer lugar que parte de la problemática de que las empresas transnacionales crean su nueva *neo jurisdicción* basada en la ausencia de jurisdicción, emerge del apotegma científico que presuponen que Los instrumentos internacionales de cada institución de comercio o de medio ambiente debe atender solo un objeto, atendiendo a una necesidad y al hacer esto como bien sostiene Edgar Morín⁶², se hace una reducción del conocimiento, pues en un objeto pueden intersectarse varias necesidades.

Por tanto, apoyándome en la teoría de Luhman, debo precisar que en un primer nivel de configuración del derecho en el marco internacional es correcta

⁶² Morin, Edgar, *Instrucción al Pensamiento Complejo*, Barcelona, Editorial Gedisa, Tercera Reimpresion 1997, p. 30.

esta selectividad de un subsistema, Sin embargo, considerando que el derecho internacional debe ser auto evolutivo, sostengo que existe un segundo nivel en el subsistema de aplicación de la norma internacional en la que debemos integrar a partir de la diferenciación, mediante la deconstrucción y construcción, para hacer esto tomamos como herramienta un meta concepto de la diferenciación funcional, que es concebida para un marco intradisciplinario que orienta como tratar los regímenes de fronteras.

Sirve de soporte a lo anterior lo expresado por Aldo Mascareño, en la siguiente definición sobre “La diferenciación contextual, o dicho de otro modo, la formación de contexturas específicas que combinan diversas operaciones sociales, diversos intereses, expectativas y orientaciones simbólicas, es una modalidad que la sociedad moderna crea para reducir su alta complejidad, pero como toda reducción de complejidad es a la vez una fuente de nueva complejidad y contingencia.”⁶³

La sociedad mundial moderna se caracteriza por su alta complejidad, es decir, por la continuamente cambiante interrelación de sus elementos. El resultado de ello es una constante diferenciación y especialización de espacios sociales orientada a manejar la incertidumbre que esa complejidad genera. Paradójicamente, la diferenciación y especialización es nuevamente una fuente de complejidad.

Aldo Mascareño sostiene sobre la complejidad “Esto es precisamente lo que define ese orden como complejo y emergente: complejo porque a pesar de esa presión de conexión no es posible conectar todo con todo a cada momento, dada la alta densidad de relaciones, lo que produce una alta dosis de conflicto; y emergente porque en los intentos de conexión nadie puede tener presente sólo su propio espacio, su propia lógica. Lo que resulta entonces de las múltiples referencias externas es un orden social que no se reduce a sus componentes, los

⁶³ Mascareño, Aldo, *Auto-caotización en la sociedad mundial, Lineamientos para una teoría de la diferenciación contextual*, Chile, 2012, número 44, p. 4. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/cmoebio/n44/art01.pdf>.

que de ese modo dejan de ser componentes y deben entenderse como condiciones de posibilidad”⁶⁴

3. *Análisis Axiológico del Derecho de Inversión extranjera Internacional en Cuestiones Ambientales*

3.1. *Axiología*

Hablar de valores es adentrarse al dilema de pasar de valores fundados en moralidad, a una escala de universalidad ética⁶⁵, además, su trascendencia es tan significativa para la solución de problemas sociales, que la axiología hoy se estudia como una disciplina filosofía independiente de la ética. Los valores permiten trascender al individuo en su fase creativa del ser.

Con el propósito de reconducir los valores hacia una humanidad cósmica genérica, ya no se considera en el axioma de valor, la forzosa existencia del triunvirato del objeto, fin o circunstancias para evaluar si un acto es bueno o malo, sino que la tendencia apunta a construir un parámetro mundial del apotegma social que incide en el individuo, independientemente de las circunstancias, para no desvirtuar la esencia del mismo, en donde morir o vivir por ellos valga la pena y así emerge la interrogante, que valores tenemos que construir, para que tipo de sociedad? ¿Será que una norma contraria a los principios éticos, se justificará la trasgresión a esta, por ir contra el derecho natural espacial?

En el presente apartado, nos sumergiremos en los antecedentes, conceptualizaciones del meta concepto de valor, los disvalores, así como la problemática genérica de estos postulados.

⁶⁴ Mascareño, Aldo, *Regímenes Jurídicos en la Constitución de la Sociedad Mundial*, Chile, Crim. n° 4, 2007. A3, pp.1-39. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_3_4.pdf.

⁶⁵ García Alonso, Luz, *Ética o filosofía Moral*, México, Editorial Diana, 1995 p. 16. Ética: es la ciencia filosófica que estudia los actos humanos en cuanto a su relación con el fin último del hombre.

La real academia de la lengua española define Valor⁶⁶:

1. m. Grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite.

2. m. Cualidad de las cosas, en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente.

3. m. Alcance de la significación o importancia de una cosa, acción, palabra o frase.

4. m. Cualidad del ánimo, que mueve a acometer resueltamente grandes empresas y a arrostrar los peligros. U. t. en sentido peyorativo., denotando osadía, y hasta desvergüenza.

5. m. Subsistencia y firmeza de algún acto.

6. m. Fuerza, actividad, eficacia o virtud de las cosas para producir sus efectos.

7. m. Rédito, fruto o producto de una hacienda, estado o empleo.

La axiología del griego *axios*, “justo o valioso”, que no estudia lo que es, sino lo que vale, junto con la deontología y la ética, se constituyen como las ramas más importantes de la filosofía, que tiene por objeto de estudio, la naturaleza o esencia de los valores y de los juicios de valor que puede realizar un individuo, por eso, es muy común que se la denomine “filosofía de valores”.

El término “axiología” fue empleado por Paul Lapie, en los primeros años del siglo XX, y luego Von Hartman unos años después tomó el concepto de Lapie para fundamentar sus estudios, y así consolidar a la axiología no ya como termino, si no, más bien como una disciplina autónoma de la filosofía y en particular, de la ética.

⁶⁶Diccionario de la Real Academia Española, 22ª. Edición. 2012. *Disponibe en:* <http://lema.rae.es/drae/?val=valor>

A partir de Lapie y con Von Hartman se inicia la reflexión sobre valores y juicios de valor. Esta reflexión es anterior a la definición del concepto/noción de axiología. Quienes primeros se encargaron de reflexionar sobre los valores en términos filosóficos fueron Hume, encargado de la reflexión sobre valores morales, elaborando varias teorías al respecto; y Nietzsche, quien define que los valores no son solo juicios morales o estéticos, sino que también engloban aquellas formas de observar cotidianas, las cuales encierran determinada forma de valorar, poniendo en juego determinados valores por parte del individuo. Pero también Karl Marx tomó algunos conceptos económicos relacionados a los valores económicos como fundamento de las críticas y análisis que realiza en sus obras.

Hartman dice el bien es una propiedad de los conceptos y no de los objetos, una cosa es buena si, y únicamente si cumple con el conjunto de propiedades de la comprensión de su concepto.

Existe también lo que se denomina “jerarquía” o “escala” valorativa, entre los valores, algunos tienen una posición o escalón de relevancia más alta que algunos otros, en consecuencia, para dar luz sobre la esencia de esta problemática de los valores el Dr. Juan de Dios González Ibarra⁶⁷ expresa que la deficiencia tiene su linaje, primero que nada con la construcción del meta concepto de valor, la interpretación de este y finalmente en la categorización de valores.

Además perfila que una axioma⁶⁸ “es una verdad que por su calidad de evidente no necesita demostración”, por ende, arribamos a otra concepción de esta disciplina filosófica, vislumbrando como el conjunto del estudio de las unidades denominadas axiomas.

Los valores no necesariamente en su naturaleza del ser importan una cuestión espiritual, es más bien la universalización del reconocimiento, respeto mutuo y protección de la dignidad humana, por encima de cualquier otro concepto o reproducción de producto social, esto es una cuestión *a priori* del individuo que

⁶⁷ González Ibarra Juan de Dios. Op. cit. nota 37. p. 95

⁶⁸ González Ibarra Juan de Dios, *Filosofía Jurídica*, nota 38. *ibid*, p. 33

debe incitarse en esta modernidad para desencadenar cierto prototipo de organización social que construye una identidad humanada en la más elevada escala.

La Teorías⁶⁹ que procuran explicar los valores son:

Objetiva: Nicolai Hartman, Max Scheler, Ortega y Gasset sostienen que los valores tienen valía propia, autónomos del sujeto que las capta o no.

Subjetiva: Russell, R.B.Perry, R.Carnap se familiarizan con la axiología positivista.

Por otra parte, tanto “*los valores positivos como los negativos*”⁷⁰ son abordados en su estudio de manera igual por la axiología, mediante el análisis que considera a algo como valioso o no; por esto, esta otra disciplina, ha planteado importantes conceptos para los principios de la ética y estética, ambas disciplinas, donde la noción de “valor” tiene una importancia clave para el desarrollo de las mismas.

Los valores podrán ser subjetivos: son aquellos mediante los cuales se plantea un medio que permite llegar a un fin, y están impulsados por un deseo a nivel personal, por ejemplo, la solidaridad o el compañerismo. En cambio, los valores objetivos son valores por sí solos, como la verdad o la belleza, que plantean finalidades por sí solos.

Eduardo García Máynez⁷¹ clasifica los valores del derecho⁷², sin embargo, Juan de Dios González Ibarra⁷³ difiere de esta distribución, pues estima que los

⁶⁹ González Ibarra, Juan de Dios, *ibídem nota 38 p. 127*.

⁷⁰ González Ibarra, Juan de Dios, *ibídem nota 38 p. 128*. Max Scheler afirma: *la existencia de un valor positivo es en sí misma un valor positivo; la no existencia de un valor positivo, es en sí misma un valor negativo; la existencia de un valor negativo, es en sí misma un valor negativo; la no existencia de un valor negativo, es en sí misma un valor negativo*.

⁷¹ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1996, p. 439 a). *fundamentales*. como la justicia, seguridad jurídica y bien común; b). *consecutivos*. libertad, igualdad y paz social; c). *instrumentales*. como las garantías constitucionales, los de procedimiento; afirma que estos valen instrumentalmente en la medida en que funcionan como medio de realización de valores de cualquiera de las otras dos especies.

⁷² Hay que considerar que la clasificación de los valores varía conforme cada autor, debería ser posible haber un consenso, si el que ejerce los valores el individuo, deberíamos llegar a un

valores tienen vida incondicionalmente, esto es; absolutamente, al igual que cualquier otro ser o ente, solo que se expresa de manera distinta, acorde a su tiempo y al deber ser del espacio, describiendo a manera de parábola, al gato epistémico *Chester* de *Alicia en el país de las maravillas*, pues indica con auténtica veracidad: “*aquellos que no saben hacia donde van, ni siquiera tienen la posibilidad de poder perderse*”, es decir; sin la posibilidad estamos condenados.

Ciertamente, coincido con el autor en lo expuesto en el párrafo que precede, particularmente, en lo que profiere como mundo del *deber ser*, señala: este es el que edificamos con nuestro pasado y tradiciones en el presente, con lo cual también empatizo, pues reaprendemos, construimos a partir del pasado; sin embargo, sigue “y nos sirve para dirigirnos a un futuro valioso”, entonces, inquieta mi mente ciertas cuestiones: como se puede aseverar que lo aquilatado en el pasado, tuvo más valía para respaldar un acto? cómo es factible que ese pasado,(que puede ser sesgado), construya un algo valioso, sobre algo que no conocemos que existe o que va a existir.?

De esta forma, concluyo coincidiendo con el Dr. Juan de Dios reflexionando, que el deber ser, es al final y al principio como una utopía, luego para que sirven estas, sino es, para ilustrarnos la mejor manera de transitar una vereda; así “cada nueva época, requiere de una nueva filosofía”⁷⁴

Ahora bien, en esa comprensión del proceso productivo de significados, examinamos los moldes predeterminados que configuran las esferas de acción, se advierte, que es necesario instaurar mecanismos para evaluar las conductas o valores, que favorecen a la evolución de la sociedad en el tiempo y espacio del ser, encontrando soluciones al conflicto de intereses entre los valores, se debe aclarar la naturaleza axiológica de las instituciones internas y externas creadas por el hombre, ya que en toda acción científica convergen pluralidad de valores.

conocimiento más profundo que permita jerarquizarlos y clasificarlos sin tanta complejidad. Precisamente porque en la raza humana es hay ubicuidad; es decir, no hay otra especie o raza, y si lo hubiera, no es una buena razón para ello, el ser humano tiene aspiraciones y arquetipos similares.

⁷³ González Ibarra Juan de Dios. *Ibídem nota 37p. 99*

⁷⁴ González Ibarra, Juan de Dios, *ibídem nota 38 p. 15*

El derecho en la vida humana es un valor a decir de Juan de Dios⁷⁵ tiene un relevante papel equiparable al *apeiron*, buscando la justicia, como aspiración humana que permite la paz social. Sin embargo habitamos un periodo donde los valores culturales son amedrentados y sojuzgados, por tanto, García Máñez sostiene, “todo orden normativo, consiste en la subordinación de la conducta, a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de los valores” .⁷⁶El pensador Francesco Carnelutti, aseveraba “el fin supremo del derecho es la paz, la armonía entre los hombres, el delito es la guerra entre los ciudadanos, los valores nos orientan hacia la armonía”⁷⁷

3.2. Axiología Jurídica: una felicidad programada en contexto global

En este apartado abordaremos el deber ser de los valores de los valores de la axiología jurídica, es decir; escrutaremos el metaconcepto del valor en sí mismo. ¿Cuál es la ética de los valores de los derechos humanos universales? ¿Puede un valor convertirse en dogma o es en sí mismo un dogma? ¿Como seleccionar el ADN de la mitocondria en la axiología universal? “Sin valores el derecho no puede ni siquiera perderse, es tan solo una forma estatal poderosa, vacía de todo valor.”⁷⁸

Los valores personifican el ideario y las expresiones más sentidas en el imaginario colectivo cultural, Los valores en la esfera internacional tienen su antecedente sublime en la Carta de las Naciones Unidas de 1945⁷⁹, pues germina después de la segunda guerra mundial, en el proemio de su carta, establece los principios que se coligen como proclama de los siguientes valores:

➤ La fe en los derechos fundamentales del ser humano

⁷⁵ González Ibarra, Juan de Dios. *Ibidem nota 37* p. 102.

⁷⁶ González Ibarra, Juan de Dios, *ibídem nota 38*, p. 129

⁷⁷ González Ibarra, Juan de Dios, *ibídem nota 38*, p. 125

⁷⁸ González Ibarra, Juan de Dios. *Ibídem nota 37*.p 63.

⁷⁹ Ríos Álvarez, Lautaro, *El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM,2006.pp. 1377,1378

Disponibe en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr33.pdf>.

- La dignidad y el valor de la persona humana
- La igualdad de los derechos de hombres y mujeres; y de las naciones grandes y pequeñas
- La creación de condiciones para el mantenimiento de justicia y el respeto a las obligaciones internacionales
- El progreso social, y la elevación del nivel de vida, dentro del concepto más amplio de la libertad,
- La práctica de la tolerancia
- La convivencia en paz y buena vecindad, la seguridad Internacional.

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre⁸⁰, suscrita en 1948, destaca entre sus bases axiológicas:

“Los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales, reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin primordial, la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar, espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad...;

En el apartado de *“los deberes del hombre”* estatuye:

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno, es exigencia del derecho de todos. Deberes y derechos se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan, la dignidad de esa libertad.

⁸⁰ Ríos Álvarez, Lautaro, *El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, pp. 1377, 1378. *Disponibe en:* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr33.pdf>

Los deberes de orden jurídico, presuponen otros, de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Es el deber del hombre servir al espíritu de todas sus potencias y recursos, porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría

Es el deber del hombre, ejercer, mantener y estimular, por todos los medios a su alcance, la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y las buenas costumbres...constituyen la más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”

El pacto Internacional de los derechos económicos, sociales, culturales y su protocolo facultativo⁸¹, así como el pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos; ambos grupos fueron proclamados como derechos básicos en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, instituyendo su universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación con la misma categoría y peso.

Los derechos económicos, persigue como interés jurídico protegido, derechos de igualdad material, por medio del cual se aspira a alcanzar la satisfacción de necesidades básicas de las personas para una calidad de vida digna. Los derechos civiles y políticos; pretenden la protección de los seres humanos contra abusos de autoridad, en aspectos relativos a la integridad personal, a cualquier ámbito de la libertad y a la exigencia de legalidad y garantías específicas en procedimientos administrativos judiciales

En este tenor, se desprende la constitución de fuentes del derecho económico que debieran regir la inversión, como producto axiomático: Las

⁸¹ forma parte de los instrumentos internacionales del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, este fue aprobado en 1966 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de manera conjunta con el Pacto de los derechos Civiles

convenciones internacionales, la costumbre internacional, y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas:

“*Costumbre*. comportamiento de sujetos de derecho internacional público, especialmente estados y organizaciones internacionales, durante un determinado periodo de tiempo, como regla general, las normas convencionales prevalecen sobre la costumbre internacional, constituyen una excepción a los estándares consuetudinarios, que protegen intereses elementales de la comunidad internacional.

Los principios generales del derecho Internacional. aplicables destacan: prohibición del abuso del derecho, instituto de la caducidad, principios del enriquecimiento injusto, gestión de negocios ajenos sin mandato, principio de *stoppel*, prohibición del *venire contra factum proprium*.”⁸²

De igual modo, en el contexto universal, para loar los valores de dignidad, igualdad, libertad, seguridad jurídica, justicia, necesitan erigirse como derechos humanos con atributo omnipresente y emancipatorio, los valores consolidan su quilataje, cuando se asumen, se incorporan al ser, al obrar de las personas de los operadores jurídicos y de los órganos del poder estatal e internacional, los valores se viven, se verbaliza su existencia en acción, de lo contrario, se gesta la disminución del individuo como especie o maquila el adelgazamiento del estado de bienestar hasta su desaparición.

Los valores, se lanzan al cosmos a través de la “ritualización del lenguaje”⁸³ para dar pauta a una cohesión social y perfilarse como instrumento jurídico, así construimos nuestra historia, a través de “la lengua se generan productos sociales,

⁸² Herdegen, Mathias, *Derecho Económico Internacional*, Librería virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas 2012 p .11. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3337/6.pdf>.

Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, enumera las fuentes reconocidas del derecho internacional. *Principio stoppel*. proviene del derecho inglés, conforme a este, quien introduce a otro a tomar determinadas medidas, no puede posteriormente alegar, que el otro ha actuado de forma ilícita, ya que el comportamiento previo, genera confianza. *Principio venire contra factum proprium*. quien ha recibido una prestación, con base en un contrato ineficaz, debe devolver lo percibido, esto por provenir de enriquecimiento injusto.

⁸³ González Ibarra, Juan de Dios, *ibídem nota 38*, México, Porrúa.2013, p. 112

la palabra no es el objeto”⁸⁴, es el signo, la brújula, el atlas que se entrega, y que es labrada por el hombre, forjando al mismo artesano, por ende, los principios compartidos entre los interlocutores con sus semánticas axiológicas e interés en pugna, transforman su realidad y en su caso un Estado de Bienestar, cada cultura tiene su “regla de oro”, donde amagan las máximas que rigen su destino⁸⁵ con el ánimo de preservarse, por tal razón en esta tarea intelectual, partimos del precedente axiomático del iusnaturalismo tomista, la autopoiesis⁸⁶ y el garantizo.

Hay valores que deben ser garantizados por el Estado, como: solidaridad, estado de derecho o seguridad jurídica, democracia, por ende, en el ámbito internacional describimos los principios que rigen actualmente para la celebración de convenciones, tratados o contratos internacionales mercantiles:

- *Igualdad.* Este principio ha sido fundamental para la equiparación de los derechos entre nacionales de un determinado país y extranjeros en el campo de los derechos civiles que se aplica análogamente al derecho comercial, para ejemplificar citamos: *principio de la Nación más favorecida y de no discriminación y trato justo.*
- *Reciprocidad.* Este principio sostiene que las leyes de un Estado pueden ser aplicadas en otro Estado que a su vez ha consentido en que sus leyes sean aplicadas en el primero.
- *Orden público.* particular del Derecho Internacional privado, es una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico.
- *Seguridad Jurídica:* el axioma se vincula con el conocimiento certero de derechos y obligaciones de la persona de modo tal que pueda estar en condiciones, de prever las consecuencias de los actos, este

⁸⁴ González Ibarra, Juan de Dios. *ibidem nota 37*, p. 91

⁸⁵ González Ibarra, Juan de Dios, *ibidem nota 38*, p. 126 *reglas de oro practicadas: cultura judeocristiana*, honradez, sinceridad, honestidad; *en Japón*, es llamada *Kyosei* “es vivir y trabajar juntos por el bien común”; *el dharma hindu* expresa “la realización del deber heredado”; *el santutthi budista*, ordena “la limitación del deseo”; *el zakat del islam*, dar limosna a los musulmanes pobres”

⁸⁶Maturana Romesin, Humberto y Varela, Francisco, *De Máquinas y seres Vivos*, Chile, Editorial universitaria, 1995, p. 3.

principio es la suma de los principios de certeza, previsibilidad, legalidad, jerarquía y publicidad normativa.

Principios que debieran incorporarse a la jerarquía Internacional en la práctica comercial:

➤ *Democracia*⁸⁷: consiste en un “método de formación de las decisiones colectivas: como conjunto de reglas que se atribuyen al pueblo y por tanto a la mayoría de sus miembros, el poder de asumir decisiones”, en suma, representa una limitación al poder.

➤ *Solidaridad*⁸⁸: “es el fenómeno en el que los organismos participantes, satisfacen sus ontogenias individuales, mediante acoplamientos mutuos, en la red de interacciones reciprocas, que conforman unidades de tercer orden.”

En este sentido, en la particularidad domestica de intercambio comercial, es apresable la siguiente gama de valores, (además de los expuestos) que presuponen un fenómeno social, incorporándose dentro del campo jurídico-social.

➤ *Justicia*: es la voluntad de dar a cada quien lo suyo, por defectos de igualdad, es dar a cada quien lo que le corresponde o lo que es debido, su objeto es el derecho, así la cúspide se ubica al normar proporcionalmente una medida en la relación de bienes entre iguales y es una condición necesaria para socializar en convivencia pacífica y armónica en una comunidad; aquí vive reside *el Comercio justo*.

➤ *La libertad*: “es la modalidad de la voluntad, por la cual esta se determina así misma, a elegir un bien particular o dejar de hacerlo”⁸⁹.

➤ *Dignidad*: la dignidad es una cualidad de la persona, por el simple hecho de su existencia, que corresponde a todos por igual,

⁸⁷ Moreno Cruz, Rodolfo, *Democracia y derechos Fundamentales en la Obra de Luigi Ferajoli, Universitas.Revista de filosofía, derecho y política N.3 verano 2006, p. 26. Disponible en: <http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf>.*

⁸⁸ Peña Hauman, Rolando, *El árbol del conocimiento de Maturana Humberto y Francisco Varela, 3 Edición,2001, p. 16. www.renaser.cl/articulos/arb%20del%20conocimiento.pdf*

⁸⁹ García Alonso, Luz, *Ética o filosofía Moral*, México, Editorial Diana, 1995 p. 75.

“determina el valor que tiene una persona, con independencia del comportamiento, la dignidad conlleva una capacidad de actuar que nos permite ser nosotros mismos, distintos de los demás, sin que esto suponga ser más o menos que las personas”⁹⁰

➤ *Fraternidad*⁹¹: se fracciona a la sinceridad y transparencia de lo privado a lo público, relación ente hermanos libres e iguales.

➤ *Confianza*: “es eficacia en códigos de ética”⁹² la confianza en el ámbito público, puede ser legal, legítima y moral.

3.3. El axioma del derecho económico en la inversión Internacional: La vida en deuda.

En esta parte, puntualizaremos sobre disvalores, e interpretación de los mismos, que rigen en el torno global las relaciones entre individuos que impactan las distintas esferas e instituciones en que se desenvuelven, ya que estos, son impulsados también por el individuo y reproducidos dentro del núcleo de interacción con otros individuos.

Todo lo anterior, destruye y reconstruye: modos de vida, estilos, costumbres sociales que priman en un entorno global y se visualizan en las siguientes acepciones de disvalores:

➤ Inhumanidad. todo rasgo de conducta carente de humanidad, que tienen su máxima expresión a través, de la agresividad, destructividad, egoísmo, “connota una maldad ética, causada por verse distorsionadas sus

⁹⁰ Mejías Quiroz, José Justo, *Dignidad, universalidad y derechos humanos*, revista científica de Universidad de la Rioja. España p. 251. www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2220970.pdf.

⁹¹Domenéch Antoni, *La metáfora de la fraternidad republicano-democrática revolucionaria y su legado al socialismo contemporáneo*. Red de Revistas Científicas de America Latina, el Caribe, España y Portugal, Redalyc. 2013.pp. 14-23.

Disponibe en: <http://www.redalyc.org/pdf/815/81528084002.pdf>.

⁹² González Ibarra Juan de Dios, *Filosofía Jurídica*, México, Porrúa.2013, p. 90.

necesidades, es la pérdida que de sí mismo sufre el hombre, en el intento de escapar a la carga de su humanidad”⁹³

➤ **Desconfianza.** “acto o artificio, en el que se establecen relaciones de amigo a enemigo, sin posibilidad de acción mancomunada, el objeto persecutorio recae en una agresión”⁹⁴ así, las ganancias de ayer no se reinvierten, con cada cambio de poder, persona o circunstancia, se regresa al punto inicial del exilio, separando al hombre del hombre.

➤ **Inseguridad.** “Representa en el imaginario una amenaza y un riesgo, tiene un poder desestabilizador, el detonador de este, es la atracción que ejerce sobre la gente buena y vulnerable”⁹⁵

En la generalidad es desorden o entropía, se aprecia desde un eje y no en el meta concepto transversal de la debilidad del hábitat (natural, social, económico) que te rodea, se examinan los significados por cuerda separada, bajo un esquema de contragarantía artificial eficaz, de mapas subjetivos.

➤ **Esclavitud.** “Estado del esclavo que pertenece a un dueño, y se encuentra bajo su posesión”⁹⁶ o bien, es la negación de la posibilidad del derecho y la capacidad de hacerse a sí mismo

➤ **Indiferencia:** Es la denegación fetichista, “lo sé, pero no quiero saber que lo sé, así que no lo sé, en otras palabras; lo conozco pero rechazo asumir por completo, las consecuencias de ese conocimiento, de modo que puedo continuar actuando como si no lo supiese”⁹⁷

⁹³ Rivas García Ricardo M., *Erich Fromm: Bases para una antropología paradójica y una ética “negativa”*, Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal, 2013. p. 118. *Disponibe en:* <http://www.redalyc.org/pdf/1411/141128984005.pdf>

⁹⁴ Restrepo Juan Carlos, *La confianza frente a la desconfianza. Un enfoque de salud mental para la construcción de la paz en Colombia*, Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal, 2002, p. 272 *Disponibe en:* <http://www.redalyc.org/pdf/806/80631402.pdf>

⁹⁵ Reguillo Rosana, *Sociabilidad, Inseguridad y miedos: Una trilogía para pensar la sociedad contemporánea*. Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal 2008. p. 66. *Disponibe en:* <http://www.redalyc.org/pdf/747/74716004006.pdf>.

⁹⁶ Campos Diez, María Soledad, *De la esclavitud Jurídica a la económica*, Revista científica de la Universidad de Rioja, 2012, p. 97 *Disponibile en:* <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4037658.pdf>.

⁹⁷ Moriconi Bezerra, Marcelo, *Victimas, cómplices e indiferentes*. Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal, 2011, p. 142. *Disponibe en:* <http://www.redalyc.org/pdf/599/59923456005.pdf>.

Representa también, tibieza hacia la denuncia y omisión de conductas, que parte de conformismo social. Las víctimas no son superiores a los victimarios, solo porque en la conducta se impide actuación, pues tal omisión parte de la ausencia posible, ante la opción de instigar más crueldad o no.

➤ *Competencia económica libre*: se entiende como “lucha por la vida, de acuerdo a la ley de la jungla”⁹⁸ implica condiciones lucrativas, ventajosas, desproporcionadas, de subordinación o superioridad, y en el comercio esta se obtiene mediante: impuestos bajos, mano de obra barata, distribución inequitativa de capital y acumulación de riqueza.

➤ Individualismo: es la incapacidad para sentir la miseria y el sufrimiento de las personas que se encuentran en condición social fragmentada⁹⁹, con este axioma, mitigamos identidad cultural alguna que permita la cohesión social.

➤ Desigualdad: falta de equidad en el reparto de recursos materiales, la distribución, en la posición relativa del país, frente a sus socios comerciales, es la aceptación de perdedores y ganadores en el comercio.¹⁰⁰ Comercio injusto.

➤ Irresponsabilidad: ¹⁰¹ dentro del comercio, como la negación de cumplir, con una legislación interna consistente, y el abuso de los derechos humanos mediante el abuso de trabajo forzado, deterioro ambiental, políticas laborales y comerciales, fuera de los principios básicos.

⁹⁸ Rodil Eduardo, *La base Biológica de la Competencia Económica, España, Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal*.2004, p. 67 Disponibe en: <http://www.redalyc.org/pdf/877/87713706.pdf>.

⁹⁹ Ruiz García, Samuel, *Educación para el individualismo o la responsabilidad social, España, Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal*.2004, p. 23 Disponibe en: <http://www.redalyc.org/pdf/998/99815908002.pdf>.

¹⁰⁰ Mideros Mora, Andrés, *Comercio Internacional y Desigualdad: Teoría y Evidencia*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, FLACSO, 2008, p. 3 Disponibe en: http://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1231529537.1230254060.comercioydesigualdad_mideros_2_2.pdf.

¹⁰¹ Rosas María, Cristina, *Comercio internacional y Responsabilidad Corporativa*, Revista coyuntura y debate. UNAM, p. 189-217 2002. Disponibe en: <http://www.ejournal.unam.mx/pde/pde131/PDE13106.pdf>

- Pobreza¹⁰²: toda persona que está por debajo del parámetro, se mide en términos de ingreso o consumo.
- Deshonestidad: persona o ente que no guarda las normas éticas o no tiene una conducta con honradez y verdad.
- Discriminación: es la ausencia de trato nacional, igual trato para nacionales o extranjero: las mercancías importadas. Así como, las producidas en el país no reciben el mismo trato, al menos hasta después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo debe ocurrir en el caso de los servicios, marcas de fábrica o de comercio, los derechos de autor, las patentes extranjeras y nacionales

Es necesario cambiar la visión económica de caridad por una de solidaridad, de colaboración de producción social, el Paradigma de antivalores orbita planetariamente más vehementemente y ha vituperado principios de dignidad humana, personificándose, como valor de cambio. Es el avallasamiento de los más fuertes en función de la capacidad de rentabilidad pecuniaria;

La fraternidad no es percibida como un bien social, sino como una actitud individual de los hombres de buena voluntad.

La anomia de la soledad, fragmentación social y aislamiento se ejemplifica con el cuadro del grito de Edward Munich; como alegoría al Individualismo y veneración del consumo que arrolla en dirección a una fragmentada identidad colectiva, que se define desde la identificación de la conducta individual y las frágiles instituciones de la sociedad líquida.

En esa tesitura, la abdicación de los valores que se describen a continuación, quedan proscritos, como miedo, hedonismo, vacuidad, escepticismo; modo burgués como parte de estilo de vida aceptable, permitiéndonos solamente el reconocimiento de la valía de uno con el otro, solo a través de la habilidad de

¹⁰²Mideros Mora Andrés, 2008, nota 101, op. cit p. 2. Disponible en: http://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1231529537.1230254060.comercioydeigualdad_mideros_2_2.pdf.

ser consumidor de símbolos volátiles, en un contexto económico internacional desarrollados en el eje de libre comercio, desregulación y eficiencia de mercados.

Esta visión de la vida crematística del mundo, trae aparejada en su ejecución, disvalores económicos: pobreza, deslealtad, robo, mentira, ocasionan, delitos económicos generan externalidades negativas, como fraude, lavado de dinero, desfalcos, narcotráfico, robo, tráfico de influencia, extorsión, falsificación de moneda, usura, lavado de dinero e incluso antivalores, ejemplo representativo es la astucia: como sinónimo de Inmoralidad sin castigo, ni justicia.

Entre todo este ardid, el hombre ha perdido el norte entre distinguir el límite de actos de consumo, entre el ser y tener, las relaciones económicas de comercio se priorizan en esquemas de Imagen y poder, de riqueza fácil, con una paz light ficticia, y una esclavitud económica moderna.

3.4. El axioma del derecho ambiental: un proceso adiaforizante globalizador

Como primer punto de partida debemos ser incisivos en este primer valor colectivo en torno a cuestiones ambientales, el cual, consiste en una obligación de no hacer, pues en mi opinión todos los demás valores deben girar en torno a esta premisa base:

Cualquier valor ambiental está interconectado, no se debe mirar el sistema desde su perspectiva territorial concentrada en la familia sanguínea, sino más bien, debe trabajar en la edificación de valores cimentados y concentrada en una familia mundial, extraterritorial, y así podremos hacer que la globalización se transforme en una mundialización con conciencia colectiva, o mejor dicho con responsabilidad colectiva, de cooperación con valores.

Jeremy Rifkin¹⁰³ apunta que:

¹⁰³ Rifkin Jeremy, *La Tercera Revolución Industrial*, México, Traductor Albino Santos Mosquera, Editorial Paidós, 2011,p. 67.

Una simple variación de la temperatura de entre 1.5 y 3.5 grados centígrados podría comportar una extinción en menos de 100 años, y cada vez que pasa esto se tarda unos 10 millones de años, en recuperar la biodiversidad perdida. Apunta también, los efectos del cambio climático en las especies arbóreas tienen implicaciones para la viabilidad de la vida en la tierra ya que sirve de hábitat para muchas especies en la vida animal.

Así se hace carne el pensamiento de Martin Heidegger:

Habitar es dejar cada cosa en su lugar, cada ser en su propiedad [...] La naturaleza se da al hombre primeramente como paisaje y como paraje [...] y este es la dimensión de espacialidad que orienta al hombre en el mundo. Habitar el mundo como mundo es respetar la esencia de las cosas, pues las cosas nos hacen habitar en la cercanía del ser.[...] ¹⁰⁴

Herbert Marcuse ¹⁰⁵ por su parte nos conmina a reflexionar que "La violación de la tierra es uno de los aspectos esenciales de la contrarrevolución. La guerra, genocida contra el pueblo, es también terricida en la medida en que atenta contra las fuentes y los recursos de la vida misma. La explotación reduce y desgasta progresivamente los recursos. Cuanto más aumenta la producción, más destructora se torna".

Una vez expuesto lo anterior, me ocuparé describir los valores axiológicos que deberíamos impulsar, algunos los podemos encontrar en el *Informe Brundtland* de 1987, no obstante la suscrita propone como fundamentales los siguientes:

¹⁰⁴ Arrieta Molina, Jeannette y Fonseca, Hayling, et al., *El pensamiento de Heidegger y Marcous en relación con la Ecología*,

Disponibe en:

<http://www.inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XXVI/II/No.%206768/el%20pensamiento%20de%20Heiddegger%20y%20Marcuse%20en%20relacion%20con%20la%20ecologia.pdf>.

¹⁰⁵ Arrieta Molina, Jeannette y Fonseca, Annie Hayling, *El pensamiento de Heidegger y Marcous en relación con la Ecología*. Nota 105. Idem.

a) Igualdad y Reciprocidad. esta nos posibilitara gozar a todos sin distinción de raza o clase social, disfrutar la naturaleza, el derecho a la vida y especies biológicas, y regresar en la misma medida lo que la naturaleza nos ha obsequiado.

b) Respeto y amor a la naturaleza. implica el reconocimiento de la existencia del otro en ti en su más pura esencia, conlleva a la vida en la diversidad.

c) Dignidad para la naturaleza y las personas. ni las personas ni la naturaleza deben ser consideradas como un objeto, cada uno es dueño de sí mismo cumplen de manera armónica una función en el planeta, ni el hombre ni la naturaleza esta uno arriba del otro o viceversa.

d) Solidaridad, parte de las acciones de defensa y preservación del medio ambiente, para contribuir a el manejo adecuado de los recursos, ser consciente objetivamente del sufrimiento de las especies de nuestro planeta como órganos vivos.

e) Responsabilidad, parte del Autocontrol, cuidado y precaución con las acciones que perjudiquen los recursos biofísicos, y su total rechazo de actividades humanas que perjudican la calidad ambiental.

f) Generosidad, consistente en el hábito de buscar siempre el mejor Estado de Bienestar para la naturaleza, acorde con su equilibrio ecológico o hábitat, ser prodigo con la naturaleza.

g) Tolerancia, analizar pacifica, previa y constantemente todos los caminos posibles para evitar dañar el medio ambiente.

H) Fraternidad y honradez. consiste en la hermandad y compromiso universal que tenemos con nuestro entorno y con las futuras generaciones, con la obligación de trascender más allá de la experiencia física respetando los recursos naturales.

La Revolución cultural sincrética que gesta la globalización se constituye extraterritorialmente, fuera del emblema económico con el axioma; “disfrute ahora y pague después” vemos el mas tarde, el lejos, como muy muy lejano, al compás

de esta premisa, destruimos el medio ambiente y rediseñamos todas las piezas del rompecabezas de la vida del individuo, creando relaciones a distancia tanto particulares como colectivas, al grado de adiaforizar actos, para mantener la zona de confort.

¿Como puede entonces la condición humana dejar esa prominente individualidad que le priva del disfrute en colectividad... porque han permeado más los pensamientos económicos?, Vemos, entonces, como este proceso hegemónico de dominación ha engendrado apotegmas en toda la faz de la existencia del individuo que lanza un tsunami contra las garantías de vida y bienestar de la persona, incrementado la acumulación de riqueza, desigualdad e injusticia.

4.4. Análisis epistemológico jurídico de derechos de inversión internacional sobre recursos naturales

4.1. Epistemología.

La globalización provoca rupturas epistemológicas globales, así el conocimiento racional está constituido por juicios o concepto, La epistemología constituye un presupuesto de derecho, pues nos proporciona modelos explicativos de la complejidad de los fenómenos. La ciencia es hoy día objeto de estudio de varias disciplinas, cuya unión constituye la ciencia de la ciencia de las ciencias, o lo que denominamos como epistemología.

Para Mario Bunge¹⁰⁶ la epistemología, o filosofía de la ciencia, es la rama de la filosofía que estudia la investigación científica y su producto, el conocimiento científico; mera hoja del árbol de la filosofía hace un siglo, la epistemología es hoy una rama importante del mismo.

La teoría del conocimiento se apoya en: que el conocimiento es una forma de la actividad humana o del sujeto, que pueda ser investigada universal y abstractamente; que el objeto inmediato del conocer sea, la idea o representación de una entidad mental, que existe “dentro” de la conciencia del sujeto que la piensa.

¹⁰⁶ Bunge, Mario, *Epistemología*, Siglo Veintiuno editores, México, 1980, p. 21.

El desafío en la coetaneidad jurídica, es la reconfiguración de los paradigmas consuetudinarios memorísticos, por el paradigma de la reflexión profunda, que como bien mencionó Aristóteles, una vida sin reflexión no vale la pena vivirla.

Para Juan de Dios González Ibarra,¹⁰⁷ en su labor investiga epistemológica del Derecho incide en la construcción jurídica que queremos hacer, desde el ser del mundo del derecho, su conocimiento desde la totalidad y meta conocimiento o epistemología, por tan razón, nos interesa ese universo como ente, deber ser, quehacer científico y metacientífico, desde la perspectiva de una integración entre la realidad, su comprensión, reflexión y la acción metametodológica que se emprende para construir la ciencia de la ciencia o epistemología jurídica.

El mismo autor, considera que a la teoría de las inteligencias múltiples desarrollado por Howard Gardner, cobra sentido agregar a la inteligencia reflexiva, pues el estudio de la epistemología permite que avancemos en este camino al ejercer nuestra capacidad reflexiva, así el meta-aprendizaje epistémico no es tanto el saber de los conocimientos, sino la acción reflexiva consciente, este tipo de meta conocimiento no busca esencialmente el conocer del conocer, sino el quehacer reflexivo autoconsciente.

Finalmente, afirma el citado autor,¹⁰⁸ en la construcción del conocimiento del conocimiento es indispensable realizar:

- Los rompimientos epistémicos: para lo cual se utiliza la voluntad como la capacidad humana que permite obtenerlo, dice el autor de referencia que para ello debemos atrevernos a superar lo óntico y lo ontológico; para ello cruzando esos espacios y situándonos en el momento y el espacio del ser de la reflexión.

- Las claves epistémicas: que como producto de la reflexión son aquellos constructos de constructos que nos permiten acceder al tiempo siempre cambiante de lo epistémico, a la lógica interna de los meta

¹⁰⁷ González Ibarra, Juan de Dios, *op. Cit.*, nota 37, p. 34.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 39, 40.

conceptos, ellos nos permiten la acción de abrir las puertas ónticas y ontológicas que encierra nuestra reflexión, encadenándola a nuestros seguros y conocidos espacios de lo Óntico y ontológico.

Para la aprensión del conocimiento, es menester el empleo de la lógica que nos facilitará el proceso cognitivo, para la creación de leyes teóricas, con fértiles empresas científicas, pues “la cultura universal hoy obliga a que sea científica, tecnológica y humanística”¹⁰⁹ reiterando que la epistemología en nuestra ciencia se construye en la jurisprudencia. Sostiene estimuladamente el Juan de Dios González Ibarra que lo importante de la epistemología, no es estudiarla, sino convertirla en parte de nuestra experiencia de vida, donde el arte del análisis sobre el objeto sea la orden del día. “los hombres de experiencia saben que las cosas existen, en cambio los hombres de arte, conocen las causas por las cuales existen”¹¹⁰

En la labor cognitiva, debido a la estulcia se ha parido históricamente errores¹¹¹, de ahí que el método nos facilita los alcances entre conocimiento y pensamiento subjetivo que se da por algún defecto del fundamento de la razón, generalmente somos prisioneros de nuestras ideas y esclavos de nuestras acciones, determinadas por la voluntad del ser.

4.2. Epistemología Jurídica: una mirada al precio de los intangibles.

La encrucijada fundamental del pensamiento moderno según la crítica Aristotélica, es que “las cosas poseen una existencia externa y autárquica, [...] lo único que puede hacer el conocimiento es recoger y reproducir las determinaciones que de por si existen”¹¹², en esta tesitura, construimos prototipos económicos: el capitalismo o los derechos económicos, basados en eficiencia o deficiencia de los

¹⁰⁹ Gonzalez Ibarra, Juan de Dios, ibídem . nota 37 p. 140.

¹¹⁰ González Ibarra, Juan de dios ibídem, nota 37 p. .152

¹¹¹ González Ibarra, Juan de dios ibídem. nota 37 P. 159. *Ídolos de la tribu*: limitaciones propias de la condición humana; *Ídolos de la caverna*: equivocaciones que cometen individuos producto de la interacción subjetiva, materializan el dogmatismo; *Ídolos del foro*: son fruto de la socialización y se concretan en interpretaciones erróneas de distintas expresiones; ídolos de teatro: resultan de la aplicación de un método incorrecto, redundan en construcción gnoseológica errónea.

¹¹² González Ibarra, Juan de Dios. *Epistemología*, México, Editorial Porrúa 2013.p p. 177

mercados internacionales, ya que para una armonía económica del comercio, es fundamental un convenio general que regule dimensiones particulares de la vida económica internacional, a través de reglas uniformes en este nuevo orden mundial, que resulta un proceso de reconfiguración del mundo, donde se deconstruye-construye.

El objetivo, es re direccionar esta trayectoria de soft law a un Hard law ya que tal regulación también trae como consecuencia, mejor organización interna al interior de una organización, o al menos más seguridad jurídica, en ese flujo de activos internacionales desgarrado. Este proceso globalizador ha generado, ajuste estructural que implica la privatización, disminución del papel del Estado Social y la hegemonía de los conceptos neoliberales en materia de relaciones económicas, impulsando la tendencia generalizada en el mundo con economías liberales que tienen el dominio mediante actores supranacionales y transnacionales, los caracteres fundamentales de la globalización se refieren a un cambio en los modelos de producción que contribuye al surgimiento de una nueva división internacional del trabajo, al desarrollo de los mercados de capitales establecidos más allá de las naciones y de sus fronteras, a una creciente expansión de las multinacionales con poder negocial a escala planetaria.

En este contexto, la democracia tiene en el aspecto económico un papel fundamental, pues: es la limitación del poder, de las formas de autoridad que rigen el cuerpo social, es el poder propio de los que no tienen más título para gobernar, que para ser gobernados, de lo cual se colige, que la democracia económica aporta economía sostenible, con verdadero ejercicio de libertad, Libertad de comercio implica libertad de trabajo, libertad de acción, entonces hay libertad de comercio de facto, cuando en la territorialidad de Estado- nación estado no hay libertad de elección de trabajo? aplicación eficaz de derechos económicos como derechos humanos difusos colectivos? Como jerarquizar valores internacionales *principio de la Nación más favorecida vs de no discriminación y trato justo. o Principio pacta sun servanda vs cláusula de imprevisión? ¿Donde queda la seguridad jurídica de un individuo si dos apotegmas se colocan en la misma jerarquía? ¿Porque uno tiene más fuerza que el otro?*

¿Es posible, en la utopía, que, aplicando equilibradamente relaciones económicas justas, se pudiera aplicar internacionalmente la cláusula de imprevisión para el caso de “riesgo país” donde el Estado mediante emergencia decidir sobre cláusula de imprevisión el que cause perjuicio a la colectividad?, en qué casos y cuáles serían los alcances jurídicos?

No pasa inadvertido, que los países más ricos del planeta o las uniones entre éstos, siguen manteniendo fuertes políticas proteccionistas de sus industrias, o producciones, convierten las políticas económicas comerciales, en una carta de privilegio no de igualdad entre desiguales, reavivando, además, una carrera armamentista de sus intereses y capitales que creíamos olvidada en el siglo XX.

En el vórtice del conocimiento legal es fundamental entender la lógica interna del meta concepto y la lógica de la lógica, de la trascendencia de la inversión en recursos naturales como valor económico. Los movimientos telúricos en la globalización han consolidado hasta ahora una hueste pútrida que se ve reflejada en la desigualdad de distribución de la riqueza, una exacerbada pobreza y erosión de sus recursos naturales.

4.3. La Epistemología en el pluralismo del derecho global.

En primer orden, abordaremos el tratamiento metodológico de reglas comerciales ambientales internacionales, con teoría clásicas es una problemática de carácter epistémico, mantiene al derecho secuestrado ante la globalización, ya que no corresponden a la contemporaneidad de la norma, el derecho debe seguir evolucionando y ejemplo de ello es la aplicación autopoiética de la *lex mercatoria*. De lo anterior, se desprende, que el derecho internacional ambiental e incluso público, pueden interrelacionarse con el internacional privado, para regular el Arbitraje de Inversión Ambiental pues parten de la existencia comparable de una misma dinámica de a ausencia de marco regulatorio.

En materia de inversión ambiental puede haber un engarzamiento entre Sistemas jurídicos diversos, si instalamos como premisa en los acuerdos internacionales la universalidad, sustentabilidad y sostenibilidad del medio ambiente en cuestiones de comercio, fortaleciendo el test Salini que se aplica para

considerar la existencia de una inversión, lo cual implica impulsar nuevos estándares del “concepto de inversión”, “beneficio de desarrollo económico para el país anfitrión”, “renovación del contenido de cláusulas equiparables a expropiación, así como de las cláusulas de emergencia o ultratractividad.

Sirve de soporte a lo anterior lo expresado por Aldo Mascareño, en la siguiente definición sobre:

“La diferenciación contextual, o dicho de otro modo, la formación de contexturas específicas que combinan diversas operaciones sociales, diversos intereses, expectativas y orientaciones simbólicas, es una modalidad que la sociedad moderna crea para reducir su alta complejidad, pero como toda reducción de complejidad es a la vez una fuente de nueva complejidad y contingencia.”¹¹³

La sociedad mundial moderna se caracteriza por su alta complejidad, es decir, por la continuamente cambiante interrelación de sus elementos. El resultado de ello es una constante diferenciación y especialización de espacios sociales orientada a manejar la incertidumbre que esa complejidad genera. Paradójicamente, la diferenciación y especialización es nuevamente una fuente de complejidad.

Aldo Mascareño sostiene sobre la complejidad:

“Esto es precisamente lo que define ese orden como complejo y emergente: complejo porque a pesar de esa presión de conexión no es posible conectar todo con todo a cada momento, dada la alta densidad de relaciones, lo que produce una alta dosis de conflicto; y emergente porque en los intentos de conexión nadie puede tener presente sólo su propio espacio, su propia lógica. Lo que resulta entonces de las múltiples referencias externas es un orden social que no se reduce a sus

¹¹³ Mascareño, Aldo, *Auto-caotización en la sociedad mundial. Lineamientos para una teoría de la diferenciación contextual*, Nota op. cit.,p. 4

componentes, los que de ese modo dejan de ser componentes y deben entenderse como condiciones de posibilidad”¹¹⁴

Mediante la propuesta de integración de postulados de derecho internacional Público y Privado contenidos en la Convención del CIADI, se armonizaran tanto en su calidad de ente privado, como Ente público, para evitar contradicciones legales que atentan contra los derechos humanos medioambientales causando trágicos efectos para los países en vías de desarrollo, pues las consecuencias de estos daños afecta de forma diferente a los países ricos, que a los pobres, ya que estos últimos no tienen la tecnología o suficiencia de recursos para actuar ante una contingencia ambiental y lo mismo sucede entre los efectos que produce a la gente rica en comparación con los pobres. Amartya Sen y Stiglitz¹¹⁵ tratan el tema de cómo medir el valor de una inversión acorde parámetros cualitativos .

Lo anterior, resulta importante porque parte de la problemática se debe a una falta de claridad en la definición de conceptos de inversión, controversias legales vs controversias técnicas, en combinación con un inadecuado método de aplicación de la norma arbitral bajo un esquema de derecho internacional que deja en desventaja y da trato injusto a los inversionistas nacionales. Con el presente trabajo se busca establecer principios generales del derecho internacional que se incluyan dentro del arbitraje de inversión ambiental para que puedan aplicarse en el ámbito doméstico y nacional, para evitar que los tratados o acuerdos ambientales caigan en una atrofia normativa por pluralismo jurídico inobservable.

Robustece mi análisis ley de la termodinámica que indica: la redistribución espontánea de la energía siempre se mueve hacia un incremento de la dispersión y del desorden (en cada transferencia, la energía se transforma y suele pasar de

¹¹⁴ Mascareño, Aldo. *Regímenes Jurídicos en la Constitución de la Sociedad Mundial* Crim. nº 4, 2007. A3, p. 1-39. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_3_4.pdf

¹¹⁵ E. Stiglitz, Joseph, Amartya Sen, et.al., Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, p. 67. Disponible en: http://www.insee.fr/fr/publications-et-services/dossiers_web/stiglitz/doc/commission/RAPPORT_anglais.pdf.

una forma más concentrada y organizada a otra más dispersa y desorganizada). cuando la energía está más dispersa (más desordenada, menos complejidad) aumenta la entropía y cuando la energía está más concentrada (más ordenada, más complejidad) disminuye la entropía.

Es imperativo, construir nuevas normas no hegemónicas que nos lleven a un Equilibrio de poder económico no se puede considerar derecho aquel que es impuesto de forma tiránica, que utiliza su propia injusticia para obtener beneficio o ventajas económicas, que utilizan el poder económico internacional para crear normas a modo que justifiquen el saqueo y explotación de los recursos energéticos de los países en desarrollo.

La propuesta es pasar del desorden al orden, desde una perspectiva de sistema jurídico integrador, toda vez que, con el desorden de instrumentos internacionales, se produce inevitablemente un desgaste y entropía de la norma “Es decir, la diferenciación funcional no obliga a la unidad de decisiones, pero sí promueve la unidad de la función y la generación de instituciones de relativa homogeneidad. Sociedad mundial es, en ese sentido, la emergencia de un orden social caracterizado porque ninguno de sus niveles territoriales, regionales o globales está, en principio, fuera del alcance de las influencias estructurales o semánticas de los otros. Sea por aceptación o rechazo, o por una forma activa de indiferencia, nadie puede reclamar autarquía en la sociedad mundial”¹¹⁶

En segundo lugar, no puede pasar inadvertido que el deterioro al medio ambiente causa más pérdidas pecuniarias a corto y largo plazo, no solo porque al ser infértil el suelo e inhóspito el aire o agua pone en peligro la supervivencia humana, sino porque aún bajo el paradigma capitalista de “*dejar hacer y dejar pasar de los mercados*”, también se evidencia notable contradicciones teóricas-económicas en la obtención de ganancias, pues las derramas económicas que se dejan de percibir, por la desaparición del ecosistema, cobra grandes perjuicios económicos para la humanidad. “se espera que la demanda mundial de alimentos

¹¹⁶ Mascareño, Aldo. Regimenes Juirídicos en la Constitución de la Sociedad Mundial, nota, Op. cit. p. 1-39.

se duplique para 2050. Para ese momento, se calcula que 3900 millones de personas, o el 40 % de la población mundial prevista, vivirán en países afectados por la escasez de agua, que dispondrán de tan solo 1000 litros de agua por persona, por año”¹¹⁷

En el valor de la producción de las empresas debe empezar a calcularse los beneficios en función de la clase de generación de activos intangibles, la riqueza no solo debe medirse por la cantidad de bienes materiales que se producen, sino también por la cantidad de contribuciones a la perpetuidad de la conservación del medio ambiente, a una economía y sociedad del conocimiento en el plano ecológico.

En esta lógica de la redefinición del Estado, sus funciones, se primigenia reglas de juego competitivas que no son creadoras de conocimiento científico, en la medida que tengamos una mejor ética y cultura empresarial se responde mejor a las debacles económicas, se construye una sociedad más justa y con empresas más competitivas, con estándares de bienestar dignos como fin de la economía, redefinida en criterios diferentes para al que priman para la toma de decisiones en donde, ” las pérdidas pesan más que las ganancias, ¹¹⁸Se debe considerar a la hora de pagar el costo por acciones contaminantes u omisiones, los ingresos pecuniarios tangibles e intangibles midiendo el impacto de los costos, sociales, económicos y difusos, toda vez que el medio ambiente es un bien patrimonial colectivo

La petrificación apacible y callada del ser en el tiempo puede causar oblicuidad de la razón, obnubilando las decisiones, generando en los inversores y empresas o comerciantes razzias que impulsan burbujas económicas como sustancia química inflamable sulfurante de explosivos hecatombes económicas. De ahí que el reto sea crear sobre lo imponderable, sobre el camino aun no andado conscientes de la limitada percepción de la realidad, transformar lo creado, re crear sobre agujeros negros con partículas de dios, sin dios. Inmersa en el

¹¹⁷ Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, *Manual de Comercio y Economía Verde*, 2014. Disponible en: <http://www.unep.org/roe/Portals/139/documents/trade-green-economy-handbook-third-edition-sp.pdf>

¹¹⁸ Kahneman, Daniel; op. cit. nota 9. p. 369

capitalismo de la globalización que se vislumbra como el eufemismo de latrocinio, barbarie, y estafa mundial, instalado en la meca de libertad de mercados que profesan los consumidores en forma de sociedad líquida¹¹⁹ impulsada en la afluencia del tráfico mercantil, pues las empresas transnacionales se valen de las propiedades de la *lex mercatoria*, la cual constituye un cuerpo autónomo y autoaplicativo de reglas jurídicas para la explotación desmedida de los recursos naturales.

4.4. Codificación mercantil para la mundialización, internacionalización, desigualdad o globalización.

Como abonar en la tarea del desaprendizaje de la persecución de imágenes capitalistas que se teje en nuestras redes bioquímicas en sus capas más profundas y se proyectan al espacio sideral. Primero que nada, es relevante discernir que la mundialización es diferente de la globalización.

La mundialización sería el proceso de colonización en el cual se cierran las fronteras y se forman los Estado-Nación, mientras que la internacionalización permitiría simbólicamente la apertura de los Estados-Nación para relacionarse entre ellos y establecer cooperaciones internacionales; en cambio, la globalización o transnacionalización sería aquel proceso en el cual se pone en crisis al Estado-Nación, ya que no se habla de una relación interestatal sino trans-estatal donde no hay apertura de fronteras sino desaparición de éstas o, al menos, permeabilidad de las decisiones políticas, económicas y desterritorialización de las relaciones sociales en general que se extiende a todos los aspectos de la realidad social, económica, política y cultural

Sousa Santos ubica a la globalización con las tres tensiones medulares que integran su significado:

- entre la regulación social y la emancipación social,
- dialéctica entre Estado y sociedad civil,
- la que se ubica entre el Estado-Nación y la globalización;

¹¹⁹ Bauman, Zygmung, *Globalización*, Traducción Mirta Rossemberg, México, Fondo de Cultura Económica, 2010,p.13. *sociedad líquida*, término para describir la fragilidad de los vínculos humanos.

Las desigualdades incluyen disparidades en la riqueza, asimetrías en las oportunidades y el poder, es decir; la repartición de las ganancias entre ricos y pobres necesita una mejor distribución, pero depende de la región o grupo. La desigualdad masiva o injusticia distributiva también crece al margen, pero otro fenómeno que acusa la miseria y privación es el comercio globalizado de armas, y que sean precisamente los miembros del consejo de seguridad de la ONU los que son responsables del 81% del total de exportaciones de armas que son empleadas para aspectos económicos, políticos y sociales; aporta como solución que las políticas globales contribuyan al desarrollo de instituciones nacionales defendiendo la democracia, apoyando instituciones escolares, de salud. De igual modo distingue que la distribución de beneficios en la economía global depende de arreglos institucionales con condiciones equitativas de comercio o intercambios educativos, mecanismos para tecnología, implementado límites en la protección del medio ambiente, al igual que trato justo de deudas acumuladas

Optimizar la distribución de gastos estructurales entre sociedades, analizar la estructura societaria que facilita la diversificación de las actividades económicas del grupo de menores ingresos económicos, buscando una disminución del riesgo mercantil derivado de las distintas actividades económicas.

Los instrumentos legales son el resultado de los procesos de producción y reproducción de las desigualdades existentes y conforme se aplican se reproducen, acentúan, la codificación legal que se propondrá incitara a dejar de utilizar solo los créditos de consumo para adquisición inmediata de bienes y servicios, pues con este tipo de crédito o adeudos que se otorga actualmente únicamente sirve para legitimar el valor simbólico de ser consumidores, dotándoles así de cierta dignidad e identidad como personas, construyendo su sentido de pertenencia fomentando una economía y sociedad del consumismo en lugar de sociedad del conocimiento.

El planteamiento de reforma a la convención de CIADI, tiene por objeto que fortalecer la economía nacional basada en el conocimiento en un entorno ecológico sustentable y sostenible, para superar las crisis económica global, al

respecto, Joseph Stiglitz refiere ¹²⁰ “Esta crisis, es el fruto de la falta de honradez de las instituciones financieras y de la incompetencia de los políticos”

Llevamos dos siglos de sociedad industrial, en 1920 no existía televisores, grabadoras, cd., aviones comerciales, edificios de vidrio y acero, hace 50 años no existía, hornos de microondas tarjetas de crédito, cajeros automáticos, cuando un paradigma cambia, hay que cambiar, hay que cambiar, modo de vivir, modo de producir, modo de consumir, modo de trabajar, hoy debería apoyar a las empresas para obtener beneficios sostenidos, apoyar infraestructura y expansión de nuevas industrias de emprendedores, en la sociedad del conocimiento convergen tecnologías de largo alcance como las bio, eco o nanotecnologías, para su expansión necesita capital humano y económico, “no se liga la prosperidad de los mercados al desarrollo humano,”¹²¹ los activos deben ser cada una de las personas, por tanto se busca potenciar los factores de cambio, eliminar obstáculos, desaprender para volver a aprender.

Cuando hablamos de integración económica en la globalización damos por descontado que esta última trae el aumento de la primera, ya que la integración económica, da apertura para que las empresas puedan ampliar sus mercados al comercio, finanzas, ideas, tecnologías permitiendo un amplia competencia y propiciando la especialización en el proceso de producción, replantear la calidad de tratados, convenciones internacionales o asociaciones comerciales, que involucran el axioma de libre mercado “dejar hacer dejar pasar”, ya que este puede provocar una desorganización en el mercado interno.

Al respecto, Jean Tirole robustece mi tesis, al señalar que el estado debe intervenir para direccionar la política económica de los países lo que en consecuencia da la pauta a una sana integración económica para los países desarrollados, pues si bien es cierto que la globalización ha traído beneficios para estos países, no menos cierto es que en una balanza ha propiciado más

¹²⁰ Stiglitz, Joseph, *Op cit. Nota 24*, p. 70-95,141-162.

¹²¹Yunus Munhamand, *El banquero de los Pobres*.Traducción Adan Jolis, España. Editorial Paidós.2010 p. 65

perjuicios, pobreza, y desigualdad en la distribución de los ingresos y riquezas, es menester cambiar la política “*de empobrecimiento del vecino*” que sigue en auge con distintos matices, pues las políticas económicas se inscriben en un contexto de capitales que provienen del extranjero, y la manipulación de la tasa de cambio produce efectos indeterminados en la evaluación de los precios, al igual que la falta de capacidad de los gobiernos, evocan un círculo económico vicioso que degrada en incremento de pobreza, debería instrumentar políticas de importación y exportación con énfasis en el proceso del producto para arribar a un comercio justo, ya que actualmente solo importa el valor del precio del producto, esto es debido a su posicionamiento en el mercado o en el mejor de los casos su calidad.

El impacto que rodean las decisiones de economía política en la aplicación de la política económica pueden ocasionar una desintegración económica internacional que derive en una recesión como se realizó en 1933, una medida que eleva la riqueza nacional a expensas de empeorar las condiciones económicas en el exterior, emerge un entorno global en retroceso, donde la economía a favor de los pobres es solo un artículo de fe, no un instrumento para la igualdad y equilibrio universal entre seres humanos, exacerbando la disminución de consensos de bricolaje cultural, la displicencia de los organismos internacionales hacia la irreductible pobreza de los países subdesarrollados con sus prescripciones políticas debido a sus intereses espurios sofocan el verdadero crecimiento y desarrollo de los países pobres, al conceder préstamos internacionales discrecionalmente, es imperativo transformar el proceso de segregación y marginación de la globalización que trivializan la falta de justicia social y más equilibrada distribución de la riqueza. “Las técnicas Panópticas” como decía Foucault y Jeremy Bentham, son la antinomia de la modernización del poder que pretende conducir la integración económica de comunidades locales hacia un entorno globalizado defectuoso, donde la universalización de los derechos humanos del hombre parece no tener eco en esta selva manufacturada de amansamiento y yugo. La justicia exige libertad para realizar tanto los valores materiales como los espirituales, pues el hombre está compuesto de alma y cuerpo.

En esta sociedad adiaforizante, procuramos el acto de declarar nulos los actos morales más abominables o aborrecibles que son condenables, convirtiéndose en neutros y por ello en dimensión global vivimos como si se tratara de una especie que vive en otro planeta y que absurdamente e hipócritamente llama a la conquista mediante una faceta de oasis. El poder es global, pero el problema local, y en ese oasis el poder se evapora sin llegar hasta la parte global, se busca sin buscar, solución a problemas que no ha provocado los pobres.

¿El aumento astronómico del capital de activos puede colapsar lo económico, pero también lo social, queremos beneficios majestuosos aquí y ahora, a decir de Zygmunt Bauman pague ahora disfrute después, sin considerar que tipo de deuda tenemos, acaso hay alguna social? ambiental? porque elegimos endeudarnos, en que invertimos, en que gastamos.

Los Individuos por decreto, vivimos en una moderna esclavitud, atada a localidades, con trabajos excesivos, mal remunerados que socavan nuestra dignidad, libertad, e identidad, la rapidez de los episodios de nuestra vida, nos sesga nuestra percepción de vida, el factor reacción social ha cambiado, en efecto, más primitivamente.

Como construimos la imagen del mundo, a través de imágenes lo que no se ve en la televisión, no existe; entonces, cuáles son las imágenes del mundo que representan valores hechos vida, que exportamos e importamos a nuestra humanidad humana dicho sin pleonasma alguno.

Porque en esta Imágenes mentales de lucha implica la aniquilación del mismo individuo, Porque empleamos tácticas depredadoras contra nosotros mismos, Tenemos una responsabilidad abyecta de la colectividad, somos como la serpiente que se come su cola.

La humanidad no ha podido discernir, ni aplicar en su vida una diferencia entre el acto de consumo y el acto de vida, (tener o ser) se cree que ese es el camino a la felicidad, el tener, el poseer, el medio para ser; aplicamos una filosofía basada crematística en todos los órdenes de nuestra vida, creamos relaciones de

cualquier índole a distancia; creando externalidades negativas, al no reconocernos nosotros mismos como individuos, negamos la existencia del otro.

Vivimos en un sistema de instituciones legales globales, ahora la guerra no se da a lanzas y caballos, vivimos en otra guerra que se apresta mediante medios facticos invisibles que utiliza como instrumentos de batalla, los medios de comunicación, la televisión, la economía de la economía en entorno local, la pobreza que se reproduce por la comprensión del concepto de pobreza, como si se tratara de un ente alienígena con el cual hay que exterminar con una mirada desde afuera.

La exclusión es el pan de cada día, en el ave maría de la globalización, no se discute el valor de la cooperación, de la unidad, es realmente cuestionable, porque al encontrarnos ante encrucijadas donde nuestra supervivencia es amenazada con ser aniquilada, aunque vivamos en una colectividad, que inclusive se preocupa y nos aporta beneficios, tengamos tendencia a comportarnos como individuos irracionales, como seres únicos sin perspectiva de futuro, aplicando el todos contra mí, yo contra ellos. No hay un planteamiento en los valores con perspectivas futuristas colectivas, ¿es que la naturaleza humana, no nos permite cambiar nuestra reacción?, es fundamental pensar, que aun en un daño temporal causado se puede encontrar la sostenibilidad de una generación de derechos futuros a largo, plazo, de lo que hablo no es de sacrificio en pro de valores difusos, sino respeto hacia nosotros mismos como humanidad y personas que gestan el cambio que transformara la producción social valorativa.

En virtud, de que producto de la globalización, la gente está más interesada en mantener en orden sus asuntos personales, cerrados en su territorialidad, como si por el hecho de ignorarla, no les afectara y al hacer este procesos se deshicieran del angustioso compromiso de ser hombre, humano, y contribuir al compromiso de cohabitar en colectividad de la cual recibimos beneficios, la sociedad está convencida que ser individuos proactivos que se preocupan por el entorno global en nada funciona, en nada abona al ámbito personal.

Capítulo II

Sistema de Protección de Inversiones ante el ICSID

(International Centre for Settlement of Investment Disputes)

1.-Conceptos de arbitraje de Inversión según el ICSID 1.1.1- Concepto de Arbitraje, Objeto y definición de Inversión extranjera. 1.1.2-Tipología de Controversias Legales vs Controversias técnicas. 1.1.3. Clasificación del Arbitraje de Inversión: Inversión Extranjera Directa e Inversión de Portafolio. 1.1.4. Bien Jurídico tutelado para la protección de la Inversión del medio ambiente en el marco global. 1.1.4.1. Naturaleza de Arbitraje de Inversión. 1.1.4.2- Naturaleza Jurídica del Arbitraje de Inversión bajo el teorema neoliberalista: la crematística de la lex mercatoria (los recursos naturales como valor económico)1.1.4.3- Naturaleza Jurídica del Arbitraje de Inversión ambiental bajo teorema “pluri-ius universal”.1.2-Sujetos que Intervienen en el Arbitraje de Inversión. 1.2.1. Inversionista Extranjero. 1.2.2- El Estado como órgano regulador del derecho económico internacional: alcances y limitaciones. 1.2.2.1- Contratación del Estado como Ente Público 1.2.2.2. Contratación del Estado como ente Privado.1.3. Instituciones Internacionales que regulan o administran el Arbitraje de Inversión.1.3.1-ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes); CNUDMI; Corte Internacional de Justicia; Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya; Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos.1.4-Fuentes del Derecho Internacional aplicable al Arbitraje de Inversión.1.4.1. Principios del derecho mercantil internacional en cuestión de inversión. 1.4.2-Soft Law y Costumbre Internacional.1.4.3-Doctrinas Internacionales: Drago y Calvo.

1. Conceptos de arbitraje de Inversión

1.1. Concepto de Arbitraje, Objeto y definición de Inversión extranjera

El Arbitraje, a decir del Doctor Víctor Manuel Castrillón Luna:

“Es una alternativa jurisdiccional en que las partes, en presencia de derechos dispositivos, de los que se encuentran excluidos los de orden público o interés social, deciden voluntariamente someter la solución de controversias a la decisión de un árbitro.... mediante clausula compromisoria [...] de este modo las partes están en presencia de una controversia cuando la ley no lo prohíba.”¹²²

El arbitraje en el ICSID tiene una configuración especial que, a diferencia de los arbitrajes privados o público, reviste cuestiones jurídicas de ambas ramas del derecho, dependiendo la calidad o carácter, con que se demande al Estado, el tipo de tratado o contrato.

Francisco González de Cossío, sostiene que hay tres tipos de arbitraje:

“1. Arbitraje Público, cuando las partes del mismo, son entes soberanos, por ejemplo: el arbitraje de la Isla de Clipperton entre México y Francia en 1909.

2. El Arbitraje Privado. Cuando las partes del conflicto son particulares, por ejemplo, el de dos sociedades mercantiles, de conformidad con el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

3. Arbitraje Mixto. Que se presenta entre Entes soberanos y entes privados, aquí está el CIADI.”¹²³

Inversión extranjera. El artículo 25(1) CIADI ¹²⁴ no tiene definida en estricto sentido este concepto y tiene una profunda subjetividad, lo cual para algunos

¹²² Castrillón Luna, Víctor Manuel, *Derecho Mercantil Internacional*, Ibídem, p.449.

¹²³ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Ibídem, p. 34.

¹²⁴ ICISD/CIADI *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, signada por 154 países October 14, 1966.

representa un problema en la práctica no se puede definir claramente las limitaciones del alcance de la convención, no hay una claridad sobre los valores preponderantes o jerarquía de los elementos de la inversión acorde al fin de contribuir a desarrollo social y económico del país.

Paul Krugman, refiere que:

“inversión es la parte del producto utilizada por las empresas privadas para asegurar la producción en el futuro, el gasto en inversión puede ser considerado como la parte del Producto Nacional Bruto utilizada para incrementar el stock del capital de una nación”¹²⁵

Francisco Gonzáles de Cossío, aduce que este es un concepto vago jurídica y económicamente, pues no existe un acuerdo si: “Inversión, es una cosa o actividad, que estas definiciones en los tratados de inversión son: cualquier tipo de activo o cualquier tipo de inversión en el territorio.”¹²⁶

Emmanuel Gaillard, apunta que:

Este concepto se deja abierto deliberadamente para dejarlo acorde al consentimiento entre las partes y el mecanismo para hacer esto, es a través de los contratos, otra manera de resolver esta ambigüedad se da cuando la jurisdicción de un tribunal se da basado en un tratado de protección de inversión, en este caso, es el tratado es el que define el concepto de inversión que es en los cuales se basa la parte que reclama para ejercitar los derechos.¹²⁷

En este sentido es de destacar que Gaillard han sostenido el mismo criterio que el artículo 25 (4) de ICSID Convention, además que bajo esta disposición se

¹²⁵ Krugman, Paul R y Obstfeld, Maurice, et al., *Economía Internacional*, Traducción Yago Moreno, Editorial Pearson, año, 2012, p. 306.

¹²⁶ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, México, Editorial Porrúa, año 2009. pp. 83-84.

¹²⁷ Cfr. Gaillard, Emmanuel, *Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of Investment in ICSID practice*, Enero de 2009. p. 411. Traducción Propia, 2016. Disponible en: https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/01/Identify-or-define-Reflections-on-the-evolution-_/Files/View-full-text-Identify-or-define-Reflections-on-_/FileAttachment/IA2009IdentifyordefineReflectiononevolutionconce__.pdf.

entiende que inversión es cualquier cosa que las partes hayan decidido etiquetar como tal.

Timothy L Foden, sugiere respecto del concepto de inversión: Que además de el termino elegible de inversión, debe ser considerado como un ente de interés público, y sugiere que la inversión sea productiva en la cual el estado no fue parte.¹²⁸

Por otro lado, Cabe apuntar que otro criterio utilizado por los paneles es la relevancia del precedente de test Salini¹²⁹ para evaluar los elementos de la inversión como estándar de aplicación ante el CIADI.

Así observamos, los cuatro elementos de inversión bajo este test:

- a) Contribución económica al desarrollo del país anfitrión
- b) Duración en la ejecución del proyecto de inversión
- c) Protección de Riesgos de la inversión

Cabe aclarar, que estos elementos no se encuentran bien definidos en la convención, lo ha resultado en acalorados debates y discusiones legales, por tanto, Inversión en opinión de la suscrita debe contener los siguientes elementos, es un concepto amplio sin embargo en tratándose de que la materia de estudio está relacionada con los recursos naturales donde se comercian los mismos para maximizar ganancias o expandir mercados de Inversión, exploración, explotación, control de propiedad, puede examinarse al tenor de los siguientes elementos:

- a) La contribución respecto de la inversión mercantil ambiental debe medirse e función de:
- b) Duración en la ejecución
- c) Riesgos en la inversión

¹²⁸ L Foden Timothy, "Back to Bricks and Mortar: The case for a Traditional Definition of Investment that never was", in Ian A Laird, Borzu Sabahi y Frederic G. Sourgens, *et al*, *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Traducción Propia, Volume 8. Editorial Jurisnet, Huntington, New York .USA, Año 2015. p. 137.

¹²⁹Salini vs Morocco; Salini Constructori S.A v Kingdom of Morocco ICSID Case N.ARB/00/4, decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

Gaillard, apunta que hay dos metodologías con las cuales los tribunales definen la inversión al amparo de CIADI son los siguientes:

1. Método de Definición, en el cual implica determinar los factores abstractos que son la esencia de una inversión, con el fin de continuar en cada caso con su proceso de caracterización; este proceso sigue la metodología clásica de asociación de uno o varios elementos constitutivos con consecuencias legales que pueden ser descritas y deducidas.

2. Método intuitivo, evita toda generalización y simplemente identifica características que han sido aceptadas en decisiones arbitrales previas, está ligado al clásico razonamiento deductivo y fusiona el requisito de inversión con el de consentimiento.¹³⁰

Según análisis de la suscrita respecto de la regulación del CIADI la inversión conlleva una forma diferente de Seguro contra riesgos no comerciales como expropiación, nacionalización, conflictos armados, daños, garantías que otorgan los países exportadores a los inversionistas e incluso contra riesgos políticos el concepto de inversión está abierto para no imponer limitaciones.

El consenso que hay sobre la inversión extranjera, refiere que la inversión tiene cierta duración; regularidad de beneficio y rendimiento; elemento de riesgo para ambas partes; de igual forma está condicionada en términos abstractos.

Por lo anterior, el objeto del derecho internacional de inversiones es un conjunto de procedimientos que protegen la inversión y a el inversionista extranjero de riesgos en el país a invertir, se busca en el *leiv motiv* atraer capitales con el propósito de contribuir con el desarrollo económico y social del país anfitrión.

a). la inversión para el inversionista representa, con garantías de inversión en caso de riesgo que deriva de conflictos políticos, expropiación, o cambios abruptos de disposiciones administrativas.

¹³⁰ Gaillard Emmanuel, *Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of Investment in ICSID practice*, Traducción Propia, Nota 127, op. cit. p. 407.

b). Para el estado receptor inversión debe significar, obtener tecnología, disminuir pobreza.

Francisco González de Cossío, apunta que:

La falta de definición de inversión por parte del CIADI, es intencionada por los creadores del Instrumento Internacional, ya que la literatura económica variaba y las legislaciones en materia de inversión extranjera en los países también fluctuaban, por consiguiente fue más conveniente dejar el término abierto a criterio de los árbitros según las circunstancias del caso, ya que además la inversión está en segundo plano frente al requisito del consentimiento deriva de los Tratados de Inversión.¹³¹

Algunos ejemplos del significado de inversión en los Tratados son:

1. El artículo 1139 del TLCAN describe lo que se entiende por inversión como se indica:

“Inversión” significa:

- a) una empresa
- b) acciones de una empresa
- c) instrumentos de deuda de una empresa
 - i). cuando la empresa es filial del inversionista
 - ii). cuando la fecha de vencimiento de préstamo sea por lo menos de tres años
- d) un préstamo a una empresa
- e) una participación en una empresa

2. En el Acuerdo de Libre Comercio México- Comunidad Europea inversión significa:

“ARTÍCULO 28: Definiciones de Inversión y pagos relacionados.

¹³¹ González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Ibidem, p. 84.

1. Inversión directa, inversión inmobiliaria y compraventa de cualquier clase de valores tal y como se definen en los Códigos de liberalización de la OCDE.2-Los pagos amparados por este título serán aquellos relacionados con una inversión”¹³²

En términos generales, compra gubernamental, se eliminan aranceles al 99% de productos comercializados, apertura en las normas sobre comercio electrónico, servicios de telecomunicaciones y trasportes, modernizado amplía la liberalización inmediata a 86% de los productos agrícolas y pesqueros, entre otros productos alimenticios.

Cabe aclarar que recientemente con este Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM), se pacta un tribunal permanente para resolución de disputas entre inversionistas y Estados.

3. Inversión significa, bajo los Acuerdos de Cooperación Bilateral México-Emiratos Árabes, suscrito en 2016, con el jeque Mohammed Ben Rashid al Maktoum:

“Artículo 1 de las Definiciones, Inversión significa:

Cualquiera de los siguientes activos propiedad de inversionistas de una parte contratante o controlados por estos y establecidos o adquiridos de conformidad con las leyes y reglamentos de la parte contratante en cuyo territorio se efectúa la inversión:

- a). una empresa
- b). acciones, partes sociales y otras formas de participación en el capital de una empresa
- c). instrumentos de deuda de una empresa
- d). un préstamo una empresa

¹³² Decreto promulgatorio sobre Acuerdo de Libre Comercio Mexico - Comunidad Europea inversión, Diario Oficial de la Federación, 26 de junio de 2000, p. 26.

e). bienes raíces y otras propiedades intangibles”¹³³

Aunado a lo anterior, encontramos como sujeto de inversión la promoción y protección recíproca de las inversiones, en materia de energías limpias, asuntos relacionados con el cambio climático, y otro para el intercambio de información y mejores prácticas entre PEMEX y la Abu Dhabi National Oil Company y en cuestión de solución alternativa de conflictos se adhieren a las reglas del CIADI.

Así mismo, es de hacer notar que el concepto de Inversión en la Legislación Nacional adolece de un capitulado sobre pleitos de inversiones, en mi opinión, esto obedece a que acorde con la jerarquía de normas que se establece en la constitución en razón de que lo relacionado a la energía es una cuestión del orden federal por ende se rigen acorde a disposiciones mercantiles de carácter federal, aunque debería contemplar procedimientos administrativos locales que complementen el Marco normativo energético de las inversiones y que por cuestión de orden y método se detallara más en el capítulo 4 de esta investigación.

Algunos casos como *Mihaly vs Sri Lanka* y *Methamex vs EU en Fireman’s Fund*¹³⁴ resuelto por el ICSID, se ha definido la Inversión como determinación es casuística, es decir, que va en relación directa con los tratados Internacionales, por ejemplo en un caso se determinó que la deuda para inyectar capital a un banco mexicano era inversión y por el contrario en otro caso se dijo que los gastos hechos por el demandante con posterioridad a la firma de una carta de intención con miras a desarrollar un proyecto de energía, que incluía planificación y diseño de estructura financiera no se consideraba inversión.

¹³³ Diario Oficial de la Federación miércoles 24 de enero de 2018, decreto promulgatorio de los estados unidos mexicanos y el gobierno de los emiratos arabes unidos, ´para la promoion y proteccion reciproca de inversiones hecho en la ciudad de dubai el 19 de enero de 2016. (Primera sección)

¹³⁴*Mihaly vs Sri Lanka*, N.ARB/00/2, *Disponibe en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf>* y *Methamex Fireman’s Fund vs Mexico*, N.ARB/AF/02/1 *Disponibe en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1609/laudo_esp_Insurance.pdf*.

1.2. Requisitos de Jurisdicción y Tipología de Controversias. –

Dentro de los Requisitos de Jurisdicción están tres factores:

a) Consentimiento

b) *Ratio Personae*

c) *Ratio Materia*

a) *Consentimiento*, se otorga cuando el Estado suscribe un tratado Internacional o en la legislación respectiva nacional del país anfitrión, así como también, mediante Convenios o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones o mediante contrato internacionales pactados por Inversionistas extranjeros que se sometan bajo esta normatividad del ICSID.

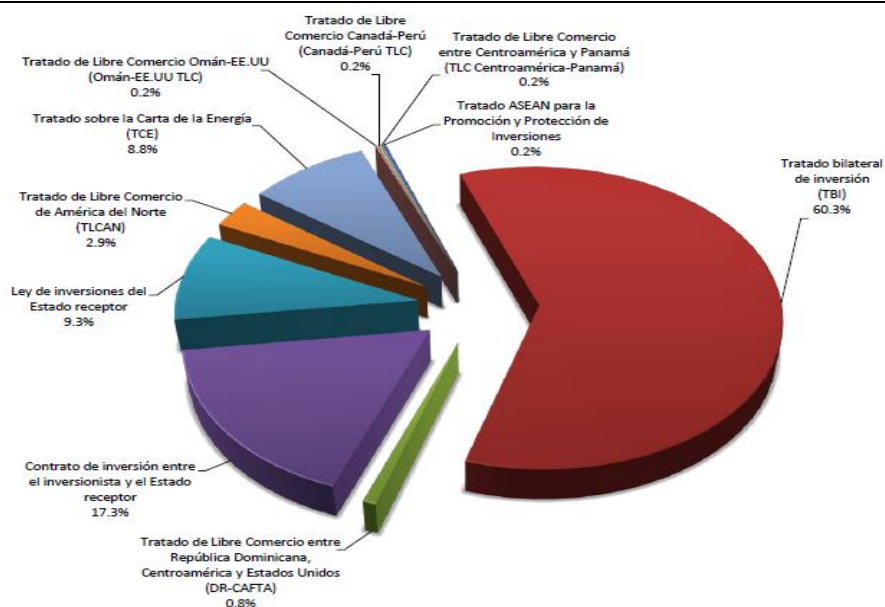
Leyes de Inversión extranjera es otro mecanismo de aceptación para someterse al protocolo del ICSID como en el caso de SPP vs Egipto en el cual el tribunal arbitral decidió que tenía jurisdicción en dicha controversia por el consentimiento que mediante la ley de inversiones extranjeras de 1974, Egipto había otorgado.¹³⁵

Cabe precisar que el término “*tratado*”, es definido en el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados y en el caso de controversias de inversión, el conflicto puede venir por tratados bilaterales de inversión ó por contratos internacionales pactados con inversionistas extranjeros. Como observamos en el Gráfico 3.¹³⁶

¹³⁵ González de Cossio Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Editorial Porrúa. Pág. 36 y Caso Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs Arab Republic of Egypt, ICSID Case N.ARB/84/3, Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf.

^{136*} Fuente del Gráfico 3: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI/ICSID, World Bank, “controversias Registradas a la Jurisdicción de ICSID por Tratado Internacional ó por contrato de Inversión entre el inversionista Receptor y el Estado receptor”, *Carga de Casos del CIADI –Estadísticas Edición 2017-1*, Ibidem, p. 12 Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(Spanish\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(Spanish)%20final.pdf)

Gráfico 3: Controversias Registradas a la Jurisdicción de ICSID por Tratado Internacional, por contrato de Inversión entre el inversionista Receptor y el Estado receptor Ley de Inversión



Fuente: ICSID

Lo anterior, evidencia que la mayor cantidad de casos presentados ante el ICSID, son en un 78% por violación al tratado de inversión¹³⁷, así como también en el análisis de campo de la investigación, encontramos que, los principales tratados en controversia son: Tratado de Libre Comercio con Norteamérica y en segundo lugar el tratado de la Carta de Energía entre otros. En el caso de México

¹³⁷ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) Monitor N.1 (2008) International Investment Agreements (UNCTAD/WEB/ DIAE/ IA/2009/6, Latest Developments in Investors State .Disponibe en: https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20096_en.pdf y Banco Mundial, Carga de Casos del CIADI, Estadísticas 2018. Disponibe en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(Spanish\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(Spanish)%20final.pdf) p.8

el artículo 1120.1 del NAFTA capítulo 11 ¹³⁸apunta que cualquier caso que dé lugar a una demanda derivada de un conflicto de Inversión, se presentara arbitraje CIADI: “a) cuando un inversor sea parte de la Convención”.

Por otro lado, otro medio de externar el consentimiento es a través de los Convenios de Promoción y Protección recíproca de Inversiones que se suscriben en cada uno de los Estados, las inversiones realizadas en su territorio por inversores del otro estado parte, delimitando el ámbito de aplicación de sus disposiciones. El estado puede modificar imprevisiblemente su legislación afectando al inversionista, nacionalizar empresas o expropiar bienes.

b) *Ratione personae*. una de las partes debe ser de nacionalidad contratante del ICSID¹³⁹y el inversionista no puede tener la nacionalidad del Estado con el que tiene la controversia, otorga derecho de acción a un ente privado para enderezar demanda directa en contra de un Estado. La parte demandante no necesita la intervención de su gobierno, ya que el estado ha aceptado previamente estas condiciones al aceptar el Instrumento Internacional del ICSID y el Estado con el cual comparte Nacionalidad el inversionista no puede otorgar protección diplomática o reclamación Internacional por este asunto, a menos que el Estado Anfitrión incumpla el Laudo.

En otras palabras, en lo que concierne al requisito de nacionalidad del ente privado/inversionista, ello se traduce en un requisito positivo y uno negativo al mismo tiempo. El requisito positivo es que el inversionista debe contar con la nacionalidad de un Estado que sea parte del Convenio ICSID. El requisito negativo consiste en que el inversionista no puede tener la nacionalidad del Estado con el que tiene una controversia.

Los inversores no requieren de agotar procedimientos previos ante las cortes nacionales para su admisión en las cortes internacionales. La sanción por

¹³⁸Fuente: Organización de Estados Americanos, Sistema de Información de Comercio Exterior, Disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/cap11_1.asp

¹³⁹ Artículo 25 (1) (2), Convenio Sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados o ICSID Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

incumplimiento de obligaciones internacionales, viene de la mano con la responsabilidad de los Estados en el Marco del Contexto Internacional, como por ejemplo medidas económicas de retorsión.

Este requisito otorga derecho de acción a un ente privado para enderezar una reclamación directa en contra de un Estado en un foro internacional y la característica principal de este sistema de arbitraje es la independencia y autonomía de la legislación nacional, en comparación con los demás sistemas de arbitraje como WTO.

3. *Ratione materiae*, encontramos engloba dos tipos de controversias, clasificándose en legales y técnicas relacionadas directamente de una inversión.

a.) *La controversia o diferencia debe ser de "naturaleza jurídica"*

Durante las labores de redacción del Convenio, se hizo hincapié en el hecho de que el único tipo de controversias que podían ventilarse eran aquéllas de tipo jurídicas, por tanto, al hablar de una controversia legal se excluye conflictos de intereses de carácter político, económico, financiero o comercial, estas diferencias involucran riesgos no comerciales derivado de una cuestión legislativa o de anulación de la norma que pone en riesgo la inversión.

En este mismo contexto, se observa que la controversia tiene otro requisito adicional, además de que sea de naturaleza jurídica y es que sea relativa a una inversión y que surja directamente de ella acorde al artículo 25 (1) de la convención ICSID.

b). *Controversia derivada directamente de una Inversión.* Los *travaux préparatoires* uno se topa con que este punto ha sido enfatizado, pero nunca se definió dicho concepto. La razón de ello obedece, no a un descuido por parte de los redactores de dicho instrumento, sino que al analizar el punto se encontraron con que la literatura económica variaba en lo que concierne a dicho concepto como también lo hacían las definiciones que acerca de ello brindaban diversas legislaciones en materia de inversión extranjera. Por consiguiente, se estimó más conveniente el dejar el término sin definir con el fin de que así lo analizaran los árbitros teniendo todas las circunstancias del caso a su disposición. A su vez, se

consideró que el llegar a una definición aceptable del término "inversión" estaba en un segundo plano frente al requisito esencial de consentimiento de las partes.

1.3. Interacción entre elementos de naturaleza jurídica e inversión.

Al referirnos al concepto de controversia de naturaleza jurídica en términos del artículo 25(1) del Convenio del ICSID, utilizamos como referencia el argumento otorgado por el Tribunal en el caso SAUR vs Argentina, y en su interpretación, hace alusión a la existencia de una diferencia, sosteniendo que el término jurídico debe contraponerse al concepto político, y que acorde a los informes de los directores Ejecutivos del Banco Mundial, clarifica el contenido como se expone:

“the dispute must concern the existence or scope of legal right or obligation, or nature or extent of reparation to be made for breach of legal obligation”¹⁴⁰

En dicha resolución se sostiene que el concepto tiene dos elementos: primero, que se ponga en duda la existencia o ámbito de un derecho u obligación creado por un instrumento normativo y segundo, que el actor pretenda la reparación del daño causado por el incumplimiento de dicho derecho o la condena a su incumplimiento.

Caso Astaldi vs Algeria, Algeria objeto del tribunal su jurisdicción para oír demanda que fue bajo solicitud de un contrato de construcción, por el cual la “Agence Nationale des Barrages” fue la contraparte y no el Gobierno Nacional de Algeria, el tribunal describió el derecho en los siguientes términos:

“En substance, cette Requete concluait a l allocation de dommages- interets lies aux difficultes rencontrees sur le chantier du

¹⁴⁰ Caso CIADI N. ARB/04/4) SAUR International vs República Argentina, *Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre excepciones a la jurisdicción*; miembros del tribunal Juan Fernandez Armesto, Bernard Hanotiau, Christian Tomuschat, 27 de febrero de 2006 pag. 21 y 22

barrage, a la resiliation du Marche et au retard mis a l'indemnisation"¹⁴¹

En opinión de Zacary Douglas, la puerta de entrada del tribunal para escuchar los méritos de esta demanda, como un reclamo de tratado de inversión, fue que no podía ser excluida, porque por un lado contradice los principios del arbitraje dicha demanda podía emerger por el nivel de incumplimiento o laguna de los BIT italianos – Algerianos y expone lo siguiente del Tribunal:

“Il lui suffit de constater q l'on ne peut exclure, a ce stade dumoins, que les retards qui ont affecte le chantier, la nature (ou l'absence pretendue) des mesures qui auraient ete necessaires pour assurer la protection du chanter et des personnes ocupees a la realisation d l'ouvrage,les conditions de la resiliation du contract et les difficultes rencontrees por les demanderessess.

Dans l'obtention d'une indemnisation pourraient remplir les conditions de une expropriation ou d'une atteinte au principe du traitement equitable.

Ce sont la des elements qui justifient que le tribunal arbitral admette sea competence, sur le fondement d une analyse prima facie, a fin de etre en mesure de les examiner au fond sur la base d l'instrucción qui sera menee."¹⁴²

De igual modo vemos que en suma, el criterio que un gran número de tribunales ha adoptado para determinar su jurisdicción por cuanto a la materia, es el estándar de *prima facie*¹⁴³, se hace un test en base a esto y si los hechos

¹⁴¹ Douglas, Zacary, *Investment Claims*, Reino Unido, Cambridge University Press. 2015, pp. 272,273.

¹⁴² Douglas, Zacary, *Investment Claims* Cambridge University Press. Pag 269,272,273,275. *Societe Generale vs Dominica* (preliminary objections)

¹⁴³ Algunos ejemplo de la ponderación de este estándar lo podemos encontrar en los casos ventilados ante ICSID: *UPS vs Canada* (Preliminary Objections) Rep. 288; *SGS vs Philippines* (preliminary Objections); *Impregilo vs Pakistan*(Preliminary Objections) Rep. 245; *Bayindir vs Pakistan* Rep 197; *Jan de Nul vs Egyp* para 69; *Amco vs Indonesia* 389; *Saipem vs Bangadesh* para 91 ; *Joy Mining vs Egypt* para 29. Para evaluar la prima facie, se considera como primer elemento que el tribunal presume que los hechos declarados son correctos, aunque tampoco es inflexible, segundo, que estos hechos son contra una obligación legal en particular y una vez que se encuentran es competente para conceder la prima facie.

alegados por el demandado tienen soporte en este método de valoración, entonces se sostiene la competencia del tribunal y la responsabilidad entre las partes y el Estado Anfitrión.

Sin embargo, dado que las resoluciones dictadas por el tribunal no constituyen precedentes forzosos para este organismo del ICSID, ha sometido su competencia también bajo este otro criterio que incluso diverge del anterior, la justificación es que cada caso es diferente. Para ilustrar esto con más claridad, cito el caso de SAUR International vs República de Argentina al tenor de lo siguiente:¹⁴⁴

Saur argumenta que Argentina no respetó las obligaciones que asumió en los tratados Bilaterales de Inversión y concreta la violación en dos ámbitos diferentes: actos y omisiones de las autoridades argentinas en la fase de cumplimiento del Contrato de Concesión y medidas de urgencia, por tanto, reclama se le indemnicen de los perjuicios que los actos de la demandada han causado a su inversión.

Por su parte, la demandada planteó que las medidas tomadas de carácter general que adoptan los Estados, quedan fuera de la Jurisdicción del CIADI, pues en caso contrario los Tribunales Arbitrales, Juzgaran una política pública y no un conflicto legal; este es el caso de medidas de urgencia adoptadas ante el colapso del régimen cambiario Argentino.

Consecuentemente el Tribunal esgrime:

Que la República de Argentina tiene la potestad plena, en ejercicio de su soberanía, para promulgar cuantas normas de carácter general estime convenientes y para adaptar las políticas económicas que más contribuyan a promover el interés de la Nación. Tales facultades y los instrumentos normativos en que aquellas se plasman se hallan fuera de la competencia del ICSID y el Tratado Bilateral. Ahora bien, si las leyes de

¹⁴⁴ SAUR International vs República Argentina, ICSID N. ARB/04/4, *Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre excepciones a la jurisdicción*; miembros del tribunal Juan Fernandez Armesto, Bernard Hanotiau, Christian Tomuschat, 27 de febrero de 2006.

carácter general y su aplicación real por las autoridades Argentinas provocaran una violación de los derechos concedidos a un inversor extranjero por el Tratado Bilateral, en tal caso efectivamente surgiría una diferencia de naturaleza jurídica entre inversor y estado anfitrión.

En el caso de estudio, Argentina acepto que la aplicación de medidas legislativas de carácter general quedó sometidas a los principios de protección de la inversión extranjera convenidos en el Tratado Bilateral, por tanto, estima que las desavenencias objeto de este asunto constituye una controversia jurídica, ya que está constituida por la aplicación de medidas de carácter general con efectos lesivos.

En mérito de lo expuesto, el tribunal arbitral declara su competencia, agregando, que su pretensión está relacionada directamente con su inversión, y en consecuencia se cumplen los requisitos de legitimación, arbitralidad de la controversia y competencia del tribunal arbitral exigidos en los artículos 1 y 8 del Tratado Bilateral, así como el artículo 25 del Convenio del ICSID, de esta forma, el tribunal mediante *prima facie* asume provisionalmente como ciertos los hechos alegados por la demandante, claro sin prejuzgar sobre la decisión final.

1.4. Clasificación del Arbitraje de Inversión:

a) Inversión Extranjera Directa

Está caracterizada por transacciones comerciales directas entre dos entidades, con todas sus transacciones capitales entre ellas y sus afiliados incorporados o desincorporados; es una herramienta para transferir tecnología verde de un país a otro e impulsar el desarrollo del cuidado del medio ambiente.

Las metas para el desarrollo sostenible del 2030 derivado del acuerdo de Paros COP 21 en la convención para el cambio climático de las Naciones Unidas, 195 miembros acordaron medidas adicionales para reducir los gases de efecto invernadero con el objetivo de reducir la temperatura dos grados celsius, esto genera aparentemente transformaciones en energía transporte y otras industrias.

Las tendencias mundiales acorde al reporte de Inversión Mundial ¹⁴⁵ se observa que los primeros cinco países con flujo de inversión extranjera directa están: Estados Unidos de Norteamérica, China, Hong Kong, Reino Unido, Canadá y Singapur.

El mayor flujo de inversión por regiones, proviene de: Asia, Norteamérica, Europa, Otros Países en desarrollo, países con economías en transición, Región de Latinoamérica y África. No obstante, tratándose de inversión extranjera directa verde, los flujos de inversión son para África, Asia, Oceanía, y países de Latinoamérica como lo refiere el Overview of FDI in LDCs: Trends and Key Issues de la división de Inversión y Empresas de la UNCTAD¹⁴⁶

En mi opinión, UNCTAD, ha estado trabajando en una nueva agenda para la inversión extranjera directa verde, dentro de la cual encontramos las siguientes actividades. Como ejemplo del impulso de estas inversiones directas, nos ofrece los siguientes ejemplos: en Sudáfrica, facilita la generación de energías renovables, USA ha atraído inversión extranjera directa mediante venture capital para la expansión de clusters de energías limpias, otro es República de Corea, el cual ha coordinado una red simbiótica de compañías para reducir los desperdicios del medio ambiente.

En este contexto, encontramos el BioTrade, impulsado por UNCTAD, destacando como partes de sus objetivos promover el desarrollo sostenible a través del comercio y la biodiversidad en la inversión [...] teniendo como prioritario, restaurar el uso de ecosistemas terrestres para el 2020.¹⁴⁷

Hasta ahora la UNCTAD refiere que la inversión extranjera directa se ha enfocado en tres tipos de inversión verde:

¹⁴⁵ United Nations Conference trade and Development, UNCTAD, "Reforming International Investment Governance", *World Investment Report*, 2015. p. 22. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

¹⁴⁶ United Nations Conference trade and Development, UNCTAD, "Investment and new Industrial Policies" *World Investment Report*, Año 2018, pp. 3,14,15,38-50. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf.

¹⁴⁷ United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, *Connecting people, the planet and markets*, 2017. pp. 7,8. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcted2016d4_en.pdf.

- “1). Energía renovable (generación y equipo manufacturado);
- 2). Gestión de desperdicios (reducción, tratamiento y conversión para energía);
- 3). Eficiencia energética (biocombustibles e industrias tradicionales verdes”¹⁴⁸

b) Inversión de Portafolio. - Es definida como Inversiones por individuos, firmas, gobiernos públicos locales, nacionales en instrumentos financieros, bonos de gobierno o acciones extranjeras, implica transacciones internacionales con variedad de divisas extranjeras dentro de un mercado financiero internacional, derechos financieros de transmisión de energía; certificados de carbono, Bolsa Mexicana de Valores, Certificado de reducción de emisiones originados en proyectos, permisos de emisión, De acuerdo al índice *FTS Green Revenues Ratio Construction*¹⁴⁹, los principales sectores de la economía verde en escala global son: generación de energía nuclear, equipo para energía nuclear, minería con uranio, minería y metales.

En México encontramos inversión extranjera de portafolio en los llamados bonos verdes. De hecho, existe un documento, llamado “*climate bonds initiative*” propuesto por la Bolsa Mexicana de Valores, donde el gobierno mexicano alienta de esta manera, la inversión extranjera en el mercado de deuda internacional.

Así las cosas, se advierte, que en el contexto internacional los países que más están impulsando estos bonos verdes, aunque sin etiquetar como tal, en el siguiente orden son:

China, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Reino Unido, Canadá, Federación Rusa, de igual modo, encontramos los países que los promueven debidamente etiquetados: Estados Unidos de América, China,

¹⁴⁸ United Nations Environment Programme, UNCTAD, “Promoting Green FDI: Practices and Lessons from the Field”, *The IPA Observer N.5*, Año 2016. p. 3.

Disponibe en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d6_en.pdf.

¹⁴⁹ Ftserussell, “FTS Green Revenues”, index Series, V1.5 february 2018, p. 1 . Disponibe en: https://www.ftse.com/products/downloads/FTSE_Green_Revenues_Index_Series.pdf?42.

Francia, Alemania, Países Bajos, Suecia, España, Canadá, Australia, India, Brasil, según reporte de Iniciativa Climate Bonds.¹⁵⁰

1.5. Bien Jurídico tutelado para la protección de la Inversión del medio ambiente en el marco global

1.5.1. Naturaleza Jurídica del Arbitraje de Inversión bajo el teorema neo liberalista: la crematística de la lex mercatoria (los recursos naturales como valor económico)

El derecho de arbitraje de inversión, surge después de la segunda guerra mundial partiendo de la base de tratados bilaterales, lo cuales con el tiempo se desarrollaron en multilateralismo en distintas áreas del derecho económico internacional. La presunción de la conducta de un Estado, puede cambiar las estrategias de los Estados y sus negociadores, por tanto, es dable examinar como permea la corriente neoliberalista en el comportamiento económico del Estado e inversor.

En la era neoliberal que inicia en los 80as y continua en los 90as, muchos países entraron en acuerdos nacionales de inversión debido a las políticas del Fondo Monetario Internacional, hay que recordar que estamos en un contexto donde el último eslabón o contracorriente del neoliberalismo se dio por excluida con la caída del muro de Berlín, consecuentemente, algunos países en desarrollo fueron forzados a celebrar tratados de inversión liberalizando el derecho y el comercio. El liberalismo, se caracteriza por régimen de propiedad privada, los contratos dentro de un marco liberalizado de derecho, mercado libre, financierización de los recursos naturales, reconocimiento de propiedad privada de los recursos naturales, sobre minas, petróleo, competencia energética en el campo privado.

El Funcionamiento de la lex mercatoria y la transnacionalidad de la norma dentro del modo de producción liberalista, conlleva, descentralización de procesos,

¹⁵⁰ Initiative Climate Bonds, Mexico C02, HSBC, "Bonos y cambio Climatico: El Estado del Mercado", 2017, p . 9 y 16. Disponible en: [https://. www.climatebonds.net](https://www.climatebonds.net)

desregulación, aplicación de soft law discrecional, que insertos dentro del fenómeno de la globalización crean conexiones de interdependencias, desregulación y autorregulación.

En este sentido, en el caso de investigación que nos ocupa, el bien jurídico, está configurado por los siguientes elementos: *protección de libertad de mercado; sociedad de consumo, trans-nacionalidad de la norma jurídica internacional, integración de comercio de recursos naturales, hegemonía difusa del derecho y pérdida de poder del Estado como órgano neutral - equilibrador de masas.*

No obstante, en esta nueva realidad, en la era del cambio climático esta ideología del consenso de Washington, abanderada por instituciones internacionales como es el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Mundial de Comercio, entre otros, que tenían como parte de sus propósitos, reconstruir las económicas de países en desarrollo, encontramos evidencia sostenida por diversos autores doctrinales que muestran los verdaderos efectos negativos de tales políticas que se transfiguraron en estandarte ejemplificado por la tinta de Stiglitz como: “un gobierno Global sin Estado Global”¹⁵¹.

Que en opinión de la suscrita coincidente con Stiglitz, lleva, la insignia sacralizadora de apertura al libre comercio internacional, cincelada a través de desencuentros y resultados en la intervención de estos organismos Internacionales como Banco Mundial o Fondo Monetario Internacional en el desarrollo o crecimiento de países, que como parte de política global, desdeña efectos locales que produce sus estrategias, como flexibilidad laboral, aumento de tarifas para consumidores por falta de competencia y encubrimiento de monopolios, lo cual potencia el impulso de una riqueza patrimonial; una pobreza o desigualdades que se transmite a lo largo de generaciones.

Al respecto, Tomas Piketty en su Obra “*El capital en el siglo XXI*” refiere: “que el problema del capital, son las riquezas heredadas donde el capital produce

¹⁵¹ Stiglitz, Joseph, *El Malestar de la Globalización*, 2013 . Ibidem, p. 27.

una tasa de retorno del 4% o 5% mientras que el crecimiento de la economía es más bajo”.¹⁵²

Dentro de la globalización, el impacto de efectos integradores de políticas económicas y comerciales entre naciones, puede ocasionar en contraste una desintegración económica internacional que derive en recesión global, con medidas que exacerban disparidades en la riqueza o injusticia distributiva, de esta forma, la antinomia modernizadora del poder económico, conduce integración económica de comunidades locales con entorno globalizado defectuoso, donde la universalización de los derechos humanos del hombre puede no tener eco en una selva manufacturada de amansamiento y yugo.

En consecuencia, existe un debate democrático global por proteger el medio ambiente, los más recientes tuvieron lugar en el 2012 en la declaración de Rio+20 y de 2015 Sustainable Development Goals. Donde se establecieron metas de desarrollo sostenible. Sin embargo, el Sistema de comercio internacional reclama del gobierno de los Estados Nacionales, su intervención para impulsar un dumping ecológico, forzándolo a utilizar como bandera el cuidado del medio ambiente, pero basado en una competitividad económica medio ambiental con la proliferación de Fuentes de energía que no son renovables, con instrumentos económicos aplicables a los impuestos ambientales o energéticos que no contribuyen a evitar la conducta contaminante o peor aún exigen la inexistencia de los mismo basados en el libre mercado, en un estudio reciente de la OCDE sostiene que: “los impuestos energéticos no están funcionando”¹⁵³.

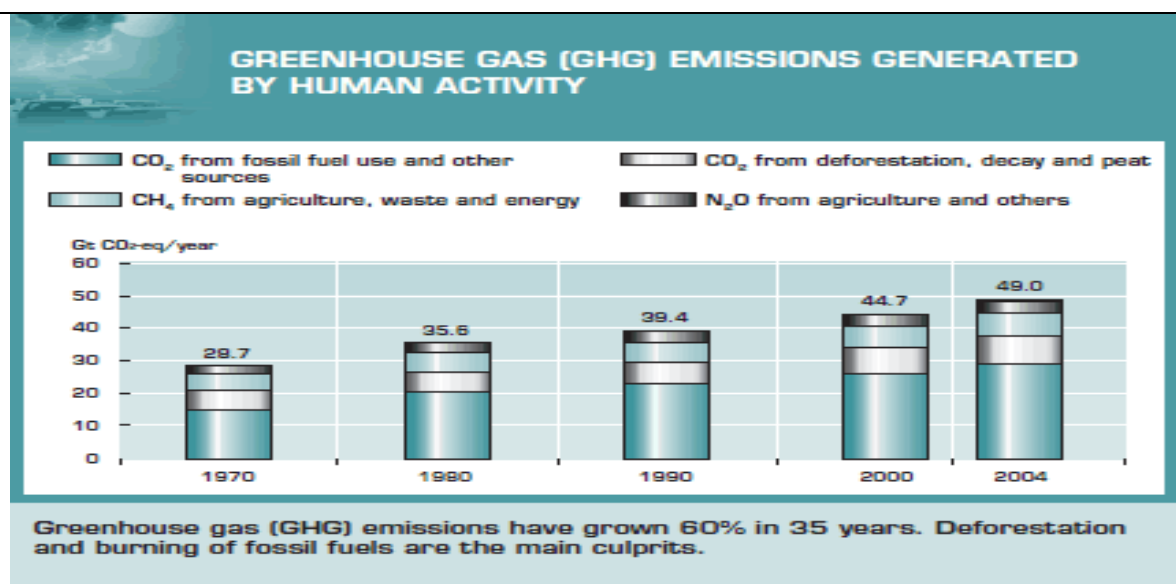
De igual modo, en relación a esa reflexión, resulta pertinente destacar que en el estudio del Instituto para el Desarrollo Internacional del Desarrollo Sostenible en coordinación con las Naciones Unidas apuntaron que como resultado de la ineficacia de este proceso de impuestos ambientales, se transforma en una externalidad negativa que subsidia la sobre-explotación de los

¹⁵² Piketty, Tomas, *El capital en el siglo XXI*, Ibidem, p. 12.

¹⁵³ Jean-Yves Huwart and Loic Verdier, OECD, “What is the impact of globalisation on the environment”, *Economic Globalisation, Origins and Consequences*, April, 2013. p. 16. Disponible en: <http://www.oecd.org/insights/economic-globalisation-what-is-the-impact-of-globalisation-on-the-environment.htm>.

recursos naturales ocasionando alteración al ecosistema en la localidad, que afectara en la producción de alimentos de generaciones futuras y que se proyecta también a escala mundial, se advierte que la demanda de alimentos se duplique y para el 2050, el 40 por ciento de la población vivirá en países afectados por escases¹⁵⁴, el cual, es en mi opinión impulsado además, por los distintos patrones de consumo de la actividad humana como son: la deforestación y erosión, derivado del esquema económico predominante en la globalización, como vemos en el próximo Gráfico ¹⁵⁵

Gráfico 4 Actividad Humana que provoca gases efecto Invernadero.



Fuente: OECD

La liberalización dentro de la globalización ha expropiado el estado. El derecho se secuestra así mismo, cuando se convierte en herramienta que se

¹⁵⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, PNUMA –IISD, *Manual de Comercio y Economía Verde*, tercera edición, 2016 p. 13,

Disponibe en: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/14873/trade_GE_handbook_SP.pdf?sequence=5&isAllowed=y.

¹⁵⁵ OECD, "What is the impact of globalisation on the environment", *Economic Globalisation*, April. 2013, p. 16. Disponibe en: <http://www.oecd.org/insights/economic-globalisation-what-is-the-impact-of-globalisation-on-the-environment.htm>

aplica para hacer una diferenciación de fronteras.... pero vivimos en una época postmoderna atisbada por la globalización en donde no existen fronteras y la movilidad es la oración del día. Al respecto Zygun Bauman acota su visión y destaca que: “La movilidad adquirida por las personas que invierten, implica que el poder se desconecta de las obligaciones, se libera del deber de contribuir a la vida cotidiana y la perpetuación de la comunidad”, por tanto se liberan de las consecuencias”¹⁵⁶

El alcance de la eficacia de una norma no solamente es mediante la coacción o castigo, las normas liberalitas del mercado económico global, esgrimen control social sobre sujetos a través compensaciones y de promover su conducta consumista con lo cual coincido con Tokio Piparinen.¹⁵⁷

En consecuencia, hablamos que con la corriente neoliberalista ha dado lugar en la globalización a un dumping ecológico, al dejar en la localidad los costos sociales de los problemas ambientales. Los objetivos son siempre en términos de comercio y de estrategias de políticas públicas de comercio desligándose en lo esencial de la sustentabilidad del medio ambiente.

Mediante el uso de la *lex mercatoria* se concede en la corriente liberalista que fluye dentro del proceso de globalización cierto poder a las empresas para pasar incluso encima de los derechos humanos y sociales, Los intereses del Estado se subordinan ante los de las empresas, quienes han creado toda una estructura internacional ,mediante la no regulación para su protección, en donde los monopolios globalizados tienen gran poder de influencia sobre los derechos humanos políticos, medioambientales y sociales, ejerciendo coacción mediante la expansión de una fuerza económica.

En este sentido Luigi Ferrajoli atisba que:

¹⁵⁶ Zygun Bauman, *Daños Colaterales*, Traducción Mirta Rosemberg, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2004,p. 67.

¹⁵⁷ Klabbbers Jan and Piiparinen Touko, *Normative Pluralism and International Law, Exploring Global Governance*, Traducción Propia, Inglaterra, Cambridge University Press. 2013. p. 39.

En la globalización, el futuro del país depende menos de la política interna y más de las decisiones adoptadas por poderes económicos globales, que la guerra es la regulación del uso de la fuerza, y a mi decir, expando el concepto, para afirmar que esta se desarrolla mediante el uso predominante de la fuerza, reflejada en las estrategias que se implementan para beneficiar ciertas elites o países económicamente más posicionados¹⁵⁸

Lo cual nos conduce a cavilar que, la economía forma a el derecho, así... el derecho se transforma en valores de libre mercado: de oferta y demanda, de ahí que el constitucional pluralismo moderno bajo esta visión liberal, es visto como un estado de bienestar del Estado, desde el punto de vista de la racionalidad, se ignora, la naturaleza o razón de existencia de la creación del estado, cuyo propósito es primordialmente para balacear poder y con ello proporcionar seguridad o estabilidad a sus gobernados. Estado social vs estado liberal. Estamos ante la negación del derecho, como bien dice Ferrajoli al acotar que:

“La violación de la tierra es uno de los aspectos esenciales de la contra revolución. La guerra, genocida contra el pueblo, es también terricida en la medida en que atenta contra la fuente y los recursos de la vida misma[...]La explotación reduce y desgasta progresivamente los recursos. Cuanto más aumenta la producción, más destructora se torna”¹⁵⁹

1.5.2. Naturaleza Jurídica del Arbitraje de Inversión ambiental bajo apotegma “pluri-ius universal”

Como antecedente de mi teoría, parto de la nueva corriente de pensamiento llamada pluralismo jurídico, misma que se origina a mediados del siglo XX, cabe decir, que en esta línea de argumentación encontramos autores como Nico Krish, quien apunta que el pluralismo, es concebido bajo dos perspectivas: “La primera

¹⁵⁸Ferrajoli Luigi, *Razones Jurídicas del Pacifismo*, Madrid.Trotta, 2004. p. 137

¹⁵⁹Arrieta Molina Jeannette, Hayling Fonseca Annie; Citando a Marcuse en “*El pensamiento de Heidegger y Marcuse en relación con la ecología*” Revista Filosofía Universidad Costa Rica XXVIII(67/68) 141-147.1990. p. 1.

es vista desde la pluralidad Institucional, la cual admite la existencia de un mecanismo institucional de articulación entre regímenes, mientras la segunda visión, es concebida bajo un escepticismo respecto a la pretensión de orden, que se asemeje a trasplante al ámbito de regulación global de modelos de organización provenientes del Estado.”¹⁶⁰

Pero como gestionamos el pluralismo, que se da por sistemas legales en múltiples conflictos, Schiff Berman Paul sugiere: “implementar esquemas subsidiarios como otro mecanismo, para gestionar las interacciones entre diferentes autoridades o cuasi legal –autoridades[...] para gestionar gobernanza nacional o supranacional”¹⁶¹

Es de destacar, que hay una tendencia en la mayoría de la literatura jurídica de América Latina, cuando hablamos de pluralismo jurídico y su modo de producción jurídica, a hacer referencia a la existencia o convergencia de múltiples autoridades legales y la complejidad para resolver estas controversias, que emana por la pérdida de las funciones del Estado, ya que la creación de la norma proviene desde distintas entidades internacionales.

En contraste, desde mi acepción este *neo-pluri-ius universal*, también tiene lugar, no solamente por la pérdida de facultades del Estado, sino también, por la difusa *reducción de la aplicación de la norma* en una sola disciplina legal, ya que al segmentar su aplicación por materia, resulta en un criterio reduccionista, que puede causar la atrofia legal de ciertas normas por su inaplicabilidad e inoperancia de la misma, en virtud, de que el Estado-Nación, en la sociedad moderna ya no detenta el monopolio de la creación de la norma.

En otras palabras, un obstáculo para el desarrollo de una nueva pluralidad jurídica en el contexto internacional, no solamente está en la multiplicidad de actores, sino también en los sesgos reduccionistas del conocimiento al aplicar la norma jurídica observando el problema como solo mercantil o solo ambiental,

¹⁶⁰ Krish, Nico, “The case for pluralism in postnational law”, *Magazine Law, Society and Economy, Inglaterra*, Editorial Londonn School of Economics and Political Science Número.12, 2009, p. 17, 18.

¹⁶¹ Schiff Berman, Paul, *Global Legal Pluralism, A jurisprudence of Law Beyond Borders*, Inglaterra, Cambridge University Press,2012, p. 168.

cuando en realidad se mezclan creando una sola sustancia, materia y esencia; sin embargo, poco se habla de la convergencia de múltiples disciplinas jurídicas que se conectan por una dimensión fractal temporal, al romper este paradigma que aun subyace dentro de la globalización, significa entonces, modernizar la teoría jurídica, ya que implica que no hay entidades separadas entre disciplinas jurídicas, debido a que los distintos sistemas interactúan, por ello le nombro como pluri-ius universal que proviene de la universalización fractal de la norma dentro de la pluralidad de la globalización.

En consecuencia, de un estudio de lo anterior, se arriba a la conclusión que los elementos de la naturaleza jurídica de arbitraje de inversión ambiental a la luz del apotegma creado por la suscrita denominado pluri-ius universal, están: a). Interacción orgánica en la interdependencia (mediante redes de sistemas): legal, b). complementariedad en un sistema abierto del derecho, c). reciprocidad, d). neo jurisdicción, que parte de la des- territorialización.

Lo expuesto parte del análisis que hago de la obra Gunther Teubner, en lo tocante a que antes se disciplinaba el poder político a través de la vinculación jurídica, pero hoy se trata de disciplinar dinámicas sociales que surgen en redes¹⁶² y que en mi opinión trasforman la pluralidad legal internacional en un nuevo modelo de Estado Global.

Por tanto, como método para lograr desarrollar esta corriente *ius-pluri universal*, propongo la reintegración fragmental, de las disciplinas del derecho mediante valoración de jerarquía y contingencia, así como también de complejidad orgánica, utilizando como característica de este proceso: una auto reparación del sistema legal internacional mercantil ambiental, con el objeto de garantizar realmente una efectiva protección del medio ambiente, salud para los habitantes de las comunidades.

La suscrita propone un sistema abierto de derecho desde lo internacional hasta la localidad, con intervención del Estado. De ahí un nuevo neopluralismo

¹⁶² Gunther, Teubner, *Globalización y constitucionalismo social, alternativas a las teorías constitucionales centradas en el Estado*. Traducción Manuel Cansio, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid. 2003, p . 200.

(ius pluri-ius-universal) que se auto-organiza así mismo en el seno internacional -nacional; es decir; de lo nacional se transforma lo internacional como se explicara a profundidad en el capítulo tercero, así como el cuarto, lo cual implica el uso de un metalenguaje en el sistema social, jurídico y judicial internacional.

Estamos hablando de Mecanismo regulatorio emergente en el neo- pluri-ius universal que se diferencia del trans -constitucionalismo, porque este último, pretende la coordinación entre los regímenes del derecho, que no es lo mismo que armonizar la norma de los distintos regímenes a través del neopluralismo pues además de la interdependencia, se persigue la auto reproducción de la norma de *lex mercatoria- ambiental* internacional, que abarca examen de asimetrías legales.

Hablar de pluralidad implica imperativamente hablar de la teoría de sistemas, que emerge mediante el lenguaje para conducirnos a un específico dialogo de comunicación -por acción u omisión- y que se codifica en lo que conocemos como el derecho, por tanto para mi propuesta de aplicación fragmental de la norma mercantil medioambiental en cuestión de inversiones al amparo del ICSID, es decir, como puede haber la fusión entre normas de derecho público y privado, para analizar ello retomo parte de la propuesta del siguiente letrado, con el objetivo de adquirir la unidad en el sistema legal de arbitraje de inversión mercantil medioambiental.

El sociólogo alemán Gunther Teubner apunta, además:

Hay un sistema autopoietico del derecho, como el que sostiene la suscrita que existe en el ámbito aplicable a la normatividad de mecanismo de solución pacifica de diferencias relativas a la inversión, este destaca que el derecho visto desde este ángulo, implica que el sistema se produce y reproduce sus propios elementos a través de la interacción de los mismos, de igual modo apunta que las normas, no son normas en conflicto, sino multiplicidad de procesos comunicativos¹⁶³

Por su parte, Edgar Morín:

¹⁶³ Gunther, Teubner, *Autopoietic Law: A new approach to law and Society*, Editorial Walter de Gruyter. Berlin- New York, 1988. Traducción Propia p. 2.

“Advierte que tenemos una patología de conocimiento e inteligencia ciega. que estamos dominados por principios de disyuntivas, reducciones y abstracciones; juntos constituyen lo que llamamos el *paradigma de la simplificación* (este paradigma ha permanecido desde el siglo XVII), la inteligencia ciega, destruye unidades y totalidades, aísla todo los objetos de su medio ambiente, así realidades clave son desintegradas, ellas se escapan a través de las grietas entre disciplinas...las disciplinas de la ciencias humanas ya no necesitan el concepto -humano-”¹⁶⁴

Lo que nos ocupa en este apartado es señalar la coincidencia en el pensamiento de la suscrita con los jurisconsultos de nombre Kerstin Blome, Andreas Fischer Lescano, Hanna Franzky, Nora Markard, Stefan Oeter, en el sentido de que cada sistema evoluciona como resultado de una diferenciación funcional entre las sociedades modernas, y los regímenes internacionales fragmentados de la siguiente forma:

“Each functional sub-system develops its own set of legal rules mirroring the functional logic of the relevant sub-system. With growing global interdependence and the phenomena usually called ‘globalization’ these functional sub- systems come under pressure to develop their own modes of international and / or transnational coordination”¹⁶⁵

En mi opinión, cabe agregar, que esta des-diferenciación funcional es determinada por mecanismos de reparación de la norma, que implica desarrollo de sistemas autónomos, donde los mecanismos informales de inclusión y exclusión perpetúan el sistema manteniendo cierta des-diferenciación y validez jurídica en la ausencia de la norma.

¹⁶⁴ Morin, Edgar, *On Complexity*, Traducción Robin Postel, Editorial Hampton Press, New Jersey, 2008. Traducción Propia pp. 3-5.

¹⁶⁵ Kerstin Blome, Andreas Fischer Lescano, et.al, *Contested Regimen Collisions, Norm Fragmentation in World Society*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2016. p. 34. cada sistema funcional desarrolla sus propias reglas, replicando así la lógica funcional relevante de un sistema con global interdependencia y el fenómeno usualmente llamado “globalización” estos subsistemas funcionales se constituyen bajo presión para desarrollar sus propios modos de coordinación internacional o transnacional.”

Esta diferenciación funcional que propone la suscrita tiene el nivel orgánico, en cuanto a la forma de organización del mecanismo de solución de diferencias respecto de cuestiones mercantiles ambientales, con la definición de la nueva identidad del sistema que se prospecta con un marco internacional fundamental garante de la protección de los derechos humanos ambientales y de las comunidades, para los actos de inversión extranjera en el marco de la globalización.

De hecho, algunos autores como Marcelo Neves, consideran: "This is the paradox the world society: the functional differentiation of law and autonomy of systems radiated out from the center as a functional requirement"¹⁶⁶

Dicho en otras palabras y como apoyo a mi planteamiento esta Aldo Mascareno, al acertar que la correlación de los procesos informales de inclusión y exclusión, tiene lugar con el surgimiento de episodios de des diferenciación.¹⁶⁷

Al hablar de multiplicidad de regímenes legales que interactúan en el orden internacional, encontramos juristas como Jeffrey L DunOff que han apuntalado como características de la interacción de los regímenes lo siguiente:

"Rationalization. that multiple international bodies exercise authority over the same set of individual or activities or address the same issues. *Expansion:* some regime interactions result in an expansion of the scope of agency operations, even if on topics already within an agency's ambit. *Conflictual.* regime collisions suggests- regime interactions are sometimes conflictual.... regulatory interactions can likewise trigger and/or reproduce regime conflicts."¹⁶⁸

De igual modo, destaca el citado abogado del párrafo que precede, que:

¹⁶⁶ Nora Markard, Stefan Oeter, et al, "Contested Regimen Collisions, Norm Fragmentation in World Society", en Marcelo Neves, *Dis- solving Constitutional Problems, Transconstitutionalism beyond Collisions*, Reino Unido, Cambridge University Press 2016. p. 180. la paradoja de la sociedad mundial, es la diferenciación funcional del derecho y la autonomía de sistemas, irradiada desde el centro como un requerimiento funcional.

¹⁶⁷ Mascareno, Aldo, *Diferenciación y Contingencia en América Latina*, Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010. p. 104.

¹⁶⁸ Blomen, Kerstin, "Contested Regime Collisions", en Jeffrey L Dun Off. *How to avoid regime Collisions*. Cambridge University, 2016. nota 167, Op. cit, p. 74

Algunas interacciones de los regímenes internacionales les permite expandir su huella y que incluso esta interacción similar tiene el potencial de fortalecer el régimen, usualmente estas interacciones conceptuales se conducen por regímenes en áreas que tradicionalmente no son de su ámbito.¹⁶⁹

Por tanto, se coligue que en el orden internacional el debate está sobre la metodología para enfrentar esta reproducción de diferentes tipos de interacciones legales, en México no hay literatura legal que aborde este tipo de fenómeno legal internacional, y en América Latina la escasa literatura que hay sugiere que la pluralidad del orden jurídico internacional tiene lugar solamente por la diversidad de autoridades que pueden crear o ejecutar una norma jurídica internacional.

En contraste, una vez estudiado la teoría del jurista citado en el párrafo que antecede, la suscrita sostiene que en mi perspectiva, la corriente *pluri-ius universal*¹⁷⁰ tiene lugar, no solamente por la participación de distintas autoridades o foros de competencia de litigio, sino también por disciplinas del derecho, las cuales crean cierta reproducción de patrones legales que replican ventajas y desventajas para algunos países, lo cual vemos en el mecanismo de solución de diferencias de inversionista-Estado.

Al respecto, el jurista Lars Viellechner converge al igual que la suscrita con la teoría de sociólogo Alemán Niklas Luhmann¹⁷¹ en el sentido de que los sistemas sociales como religión, política y derecho han asumido un rol del pasado, a diferencia de los sistemas sociales que se abren al apoyo de las relaciones sociales mundiales como la economía ciencia y tecnología que claramente tiene un estilo cognitivo normativo el cual tiene la capacidad de aprender y adaptarse, lo cual es un cambio de evolución primaria de mecanismos normativos a cognitivos. Farith Simón, "la regulación comercial transnacional, incluye mucho del

¹⁶⁹ Dun Off Jeffrey L." *How to avoid regime Collitions*" en Blomen, Kerstin *Contested Regime Collitions*, Reino Unido, Cambridge University, 2016. p.74.

¹⁷⁰ Neopluralidad o o el derecho *pluri ius universal*., término que ha acuñado la suscrita.

¹⁷¹ Lars Viellechner, *Responsive Legal Pluralism, the emergence of trnasnational conflicts*" en Blomen, Kerstin, *Contested Regime Collitions* ,.Reino Unido, Cambridge University Press 2016,p.109.

derecho no estatal, en donde los derechos humanos son cuestionados o inaplicados porque se desconocen las diferencias y particularidades que existen entre los seres humanos. De ahí la importancia de armonizar el derecho, en la transnacionalización del Estado-Nación.¹⁷²

2- Sujetos que intervienen en el arbitraje de Inversión

2.1. Concepto de Inversionista extranjero

Inversionista: puede ser persona física o moral, se extiende a todo aquel individuo o entidad legal que tiene nacionalidad de otro de los contratantes de acuerdo a las provisiones de la Convención, plasmadas en el artículo 25, el demandante debe haber tenido una nacionalidad correspondiente al tiempo de la violación alegada en la base de su demanda para cuando es comenzada esta.

El Inversionista en palabras de Zaccary Douglas, debe haber tenido control sobre la inversión con el Estado Anfitrión, aclarando, que no hay requerimiento de control continuo, no necesita conexiones sustanciales con el Estado parte, como tampoco hay un requerimiento de capital de inversión y esta nacionalidad puede extenderse, en el caso que ostente dos nacionalidades, salvo provisión en contrario en el tratado de inversión¹⁷³

El derecho de un inversionista para invocar la protección del BIT, depende de su nacionalidad, bajo esta mirada, un individuo puede ser considerado nacional de más de un Estado, lo cual causa conflicto, por tanto, a decir de Francisco González de Cossío, para resolver eso se ha utilizado el siguiente criterio:

La Corte Internacional de Justicia ha definido la Nacionalidad como: “vinculo jurídico que tiene como base un hecho social, de vinculación, una conexión genuina de existencia, interés y sentimientos junto con la existencia de derechos y obligaciones recíprocas.”¹⁷⁴

¹⁷² Farith, Simon, *Globalización, pluralismo jurídico y derechos humanos*, Juris Dictio, Revista Indexada de Derecho, Volumen 7 Numero 10, Madrid.2007. Disponible en: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/655/949>

¹⁷³ Douglas, Zaccary, *Investment Claims*, Ibidem p. 285.

¹⁷⁴ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Ibidem p. 98.

Para ejemplificar lo anterior, tenemos el modelo Germano de BIT cuya cobertura del concepto de inversionista comprende: “cualquier persona física, también como comercial de alguna compañía o asociación, sin o con legal personalidad, teniendo su asiento en el territorio de la república federal de Alemania, independientemente de si sus actividades son o no en lucro”¹⁷⁵

En el caso de México, el artículo 1105 (1) del TLCAN, establece el mínimo trato para extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario y los derechos mínimos para los inversionistas y sus inversiones.

Un inversionista es, también una persona moral, y se valorara su legitimación en razón del lugar de constitución, incorporación o establecimiento, la sede central o lugar de administración, así como la nacionalidad de los accionistas, aunque hay sus excepciones como en el caso de *Barcelona Transaction*¹⁷⁶ en donde la corte internacional de Justicia, sostuvo que era procedente para demandar, el considerar la ubicación de la compañía, declarando inoperante que la demandada entablara demanda contra el Estado en función de la nacionalidad que compartían los accionistas de la empresa.

Al respecto de la nacionalidad, hay que destacar que en virtud de la nacionalidad a que se acogen los inversionistas estos pueden intentar varias demandas por un mismo hecho contra Estados de países diferentes.

Por ello, a decir de algunos de los criterios que se han fijado para determinar la nacionalidad de los inversionistas son: “Lugar de Incorporación, Lugar de asiento administrativo y estatutario de la compañía, lugar de constitución de acuerdo a la ley en vigor del país, país de control accionario, nacionalidad de sus accionistas mayoritarios”¹⁷⁷

¹⁷⁵ Sase Jan, Peter, *An economic analysis of Bilateral Investment Treaties*, Hamburgo, Editorial Springer & Universitat Hamburgo, 2011, p.49.

¹⁷⁶ Barcelona Traction, Light and Power Company, International Court of Justice. Belgica vs España, resolución 24 de Julio de 1964. Disponibe en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19640724-JUD-01-00-EN.pdf>.

¹⁷⁷ Eujung, Lee, *Treaty Shopping in International Investment Arbitration*, Department of International Development, Editorial London School of Economics and Political Science, working paper series 2015. p. 7 Disponibe en: <http://www.lse.ac.uk/internationalDevelopment/pdf/Dissertations/WP167.pdf>.

En este mismo sentido, en el caso de CMS VS Argentina¹⁷⁸ los Tribunales Arbitrales han depurado su técnica y considerado como criterio el hecho de considerar reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad además sin tomar en cuenta si son accionistas minoritarios o controladores e independientemente de la corporación afectada, especificando que la minoría y participantes no controladores, tienen que estar incluidos en la protección concedida y ser admitidos en la demanda por propio derecho.

En este contexto, Ole Voss Jan comenta:

“the purpose of its creation was to detach the dispute resolution process from political and diplomatic means and thereby to despoliticize it. The underlying aim of investment arbitration is the promotion on foreign investment. Essentially, Investment- treaty based Arbitration is directed against the abuse of governmental power ”¹⁷⁹

Lo anterior, nos conduce a reflexionar que, en el mecanismo del arbitraje de inversión, como herramienta para promover la inversión extranjera directa, dentro del proceso de la globalización, ha quedado desfazado e incluso resulta inoperante, vulnerando los derechos humanos ambientales de incluso grupos vulnerables, de ahí la importancia de hacer adiciones a esta Convención.

2.2. El estado como ente regulador del derecho económico internacional ambiental: alcances y limitaciones.

Los tratados deben de interpretarse acorde a la buena fe y al significado ordinario. Los acuerdos bilaterales en materia de inversión, puede hacerse entre inversionistas y el Estado anfitrión o bien entre Estados, los primeros se celebran

¹⁷⁸CMS Gas Transmission Company VS Republic of Argentina, ICSID Case, N. ARB/01/8.2003. p. 796. otros casos: AAPL vs Sri Lanka; AMT vs Zaire; Antoine Goetz et consorts vs Republique du Burundi, Maffezini vs Spain; Lanco vs Argentina; Genin vs Estonia; the Aguas or Vivendi award and Annulment and CME vs Czech Republic.

¹⁷⁹ Cfr, Ole Voss Jan, *The impact of investment treaties on Contracts between Host State and Foreign Investors, Investment Treaty Standards*, USA, Edit Martinus Nijhoff, 2011. p.176.” El proposito de la creación, fue separar los procesos de solución de controversias de medios diplomáticos y políticos, por tanto, para despolitizar estos, el objetivo subyacente del arbitraje de inversión, es la promoción de inversión extranjera, El arbitraje basado en tratado de Inversión, es directamente contra un abuso de poder del gobierno.”

mediante contratos y los segundos en tratados Internacionales al amparo de lo postulado en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

Algunos autores como Jan Ole Voss sostienen que el propósito principal de la creación del arbitraje de inversión fue para separar los procesos de disputas políticas o diplomáticas entre los Estados y el segundo propósito subyacente para atraer la inversión extranjera directa, pero sintetizan que, el arbitraje de Inversión está directamente relacionado con abuso de poder gubernamental.¹⁸⁰

No obstante, aparece una paradoja sobre ¿ a cuál brindar más protección?, a simple vista, parecería una respuesta lógica, que debería ser el medio ambiente, sin embargo, en la disputa de litigios arbitrales de inversión hasta ahorita, no ha habido falta de claridad y esto se refleja a consecuencia del diseño institucional de la convención así como de los instrumentos internacionales relativos a la inversión; lo cual se corrobora, en las repetitivas sentencias en las que el interés favorecido ha sido enfocado, hacia el camino de protección absoluto de inversionistas, sea cual fuere el argumento, como ejemplificaremos más adelante en este capítulo, por tanto, esto representa la necesidad de un cambio de paradigma como el que estoy planteando en mi tesis doctoral.

En el ámbito internacional se ha debatido sobre este derecho, a quien debe Protege el derecho: el medio ambiente o al inversionista, y hasta donde el Estado dentro del mercado global tiene realmente alcances para palear las amenazas que se perfilan contra él o sancionar extraterritorialmente por las conductas lesivas que se cometen contra el medio ambiente en su territorio y reparar el mismo daño, además de supervisar el adecuado cumplimiento de mecanismo de reparación.

Algunos juristas que se han percatado de este fenómeno como Gabriel Bottini y Martin Scheltema sugieren que:

¹⁸⁰ Ole Voss Jan, *The impact of investment treaties on Contracts between Host Stage and Foreign Investors, Investment Treaty Standars*, USA, Edit Martinus Nijtloff, 2011. Idem p.176.

Los Estados no pueden ignorar esta interconexión del medio ambiente con los tratados de inversión, pues la sostenibilidad incluye cuestiones medioambientales por encima de negocios de largo termino, para esto sugiere poner excepciones, y clarificaciones en las cláusulas de la convención.¹⁸¹

Por lo anterior, es preciso entender como los contratos interactúan con los tratados, como interactúa el derecho privado con el derecho internacional público en este proceso fragmental y autopoiético que emana de la lex mercatoria dentro de la globalización; donde el Estado depende de las normas relevantes que se invoquen y la institución que administra el caso de controversias de orden público con impacto en políticas públicas, donde la mayoría se sigue bajo la convención del CIADI, seguida por normas como las del CENUDMI o UNCITRAL con sus siglas en ingles.

No obstante, la laguna entre la violación a un contrato y a un tratado son dos cosas completamente diferentes, mientras que un tratado es prescrito por un estado adquiriendo obligaciones internacionales, los contratos pueden hasta cierto punto simplemente traer una responsabilidad doméstica, aunque hay sus excepciones como en el caso COMISA, que describiremos más adelante, en caso de violación a un tratado internacional se aplican las reglas del derecho internacional, violaciones al contrato no entraña la responsabilidad internacional del Estado.

UNCTAD,¹⁸² señala:

“que el mecanismo más común de ingreso de inversión extranjera directa es mediante la celebración de un contrato con un Estado y este tipo de contratos juega un rol importante en el proceso de la inversión extranjera sobre todo en países en vías de desarrollo que muchas veces dependen de la explotación de los recursos naturales para el bienestar de sus economías”

¹⁸¹ Levashova, Yulia y Lamboy, Tineke; et al., *Bridging the gap between international investment law and environment*; Paise Bajos, Editorial Eleven International Publishing.the hague Netherlands, 2016 p. 56.

¹⁸² UNCTAD: *International Investment Agreements: Key Issues Volume II*.United Nations. New York 2004. (B) p. 1, *Disponibe en: https://unctad.org/en/Docs/iteiit200410v2_en.pdf*

Cabe hacer la distinción entre *Actos juri gestionis* y *Actos jure imperii*, pues en función de eso se determinará la inmunidad soberana del estado, el cual, no aplica tratándose de actos o arbitrajes comerciales privados. Para distinguir estos actos la Corte Constitucional de Alemania, estima:

*“que es necesario remitirse a la naturaleza de la transacción resultante y no al motivo o propósito de la actividad estatal, citando el caso, que un contrato para reparación de calefacción no es considerada una función soberana del estado extranjero iraní”.*¹⁸³

Ian A Laird considera actos imperi:

Aquellos actos de poder soberano, aunque ha sido muy discutido en la academia por especialistas su alcance por cuanto a distinguir, cuando actúa con capacidad soberana o cuando en el contexto de un contrato de inversión con inversionista extranjero y en consecuencia distinguir la infracción, ello se observa en el caso BIVAC vs Paraguay, donde el tribunal concluye que se debe considerar ambas en la naturaleza de la violación para determinar si el acto fue soberano o injusto o inequitativo.¹⁸⁴

Actos Juri gestionis consiste:

En la calidad de celebrar contratos administrativos, contratos de estado internacional, puede decirse también que un contrato es internacional cuando las partes interesadas están ubicadas en diferentes estados o países. *Los contratos de estado abarcan una cantidad de temas, adquisición, suministro o servicios, proyectos de infraestructura .*¹⁸⁵

¹⁸³ Claims against the Empire of Iran Case, 1963, 45 International Law Reports 57, Federal Constitutional Court of Germany pp. 80 y 81.

¹⁸⁴ A Laird Ian y Borzu Sabahi, et al., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Volume 7. Edit Juris, New York USA. 2014. Traducción Propia. p. 160.

¹⁸⁵ A Laird Ian, Borzu Sabahi, et al, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Op. cit, p. 160.161.

2.2.1. Contratación del Estado como ente Público mediante Tratados Bilaterales de Inversión.

La política mundial neoliberal aplicable en materia económica que replican estados nacionales en calidad de actores mediante los TBI's, invita a reflexionar: ¿Cómo esta teoría capitalista, puede mejorar monetaria y socialmente a países en desarrollo dentro de un mundo globalizado? ¿Cuál es el impacto de decisiones en políticas económicas y comerciales entre naciones? ¿Qué se espera de una alianza pecuniaria: integración, desarrollo o comercio? ¿Es posible alcanzar acuerdos de cooperación entre países de cuarta generación?

Actualmente, ningún país puede aislarse del comercio, que es motor de la globalización económica y ante diversidad de necesidades comunes entre países, surge la prioridad del Desarrollo Comercial, entendida como la manera de articular acciones que potencialicen productos y servicios en un mercado determinado, otorgando ventajas competitivas a cadenas comerciales para lograr una diferenciación, dándole valor agregado a la obra o fruto.

En mérito de lo anterior, la integración económica resulta ser una oportunidad para alcanzar el desarrollo, que en este momento constituye una forma de organización que adoptan las naciones para consolidar el comercio internacional, mediante acuerdos, implementando políticas para reducir o eliminar barreras comerciales entre países.

Esta integración puede tener como aristas:

a). social, sus beneficios inciden en la población; b). económica, busca ser generadora de ingresos, empleo, bienes, servicios; c). comercial. persigue intercambio de bienes y servicios. Los distintos niveles de integración económica muestran el grado de interrelación, dependiendo de consensos internacionales simétricos o asimétricos, ya que cada país tiene barreras para comerciar con naciones que no forman parte del bloque económico; clasificándose en: a) zonas libres de comercio, donde elimina restricciones cuantitativas y aranceles b) unión aduanera, levanta barreras arancelarias frente a terceros c) mercado común, libera factores de producción y d) unión económica o monetaria, unifica políticas económicas de Estados.

Desde tiempos del medioevo se han instaurado instrumentos que habiliten el intercambio de bienes y servicios que datan desde el trueque, la *Lex Mercatoria* (ley del comerciante) o el patrón oro, que permitían apreciar el valor de un bien, la distribución de ingresos y riquezas. Actualmente, la Carta de las Naciones Unidas en el artículo 3, estipula que están obligados a cooperar mutuamente los países para lograr el desarrollo — un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población — y eliminar obstáculos que ello implica.

El mercado, no es el único instrumento regulador de procesos económicos toda ciencia se paraliza o desarrolla en función de procesos sociales y políticos, por ende, la integración mediante instrumentos internacionales y Tratados Regionales o Bilaterales puede resultar eficaz para regular el mercado, si cambiamos hacia acuerdos e instrumentos jurídicos-económicos ambientales internacionales sostenibles de cuarta generación.

Es de relevancia mencionar que en la globalización se han impulsado no solamente los tratados bilaterales, sino también multilaterales, Stephan Schill los diferencia apuntando:

Que la mayor diferencia entre ambas, más que el número de partes (que es 3 países o más), es la naturaleza de las reglas gobernadas por la conducta inter- Estado además, de tener una distinción de forma y contenido, ya que una de las características de las reglas del multilateralismo, es su generalidad en la aplicación de la no discriminación para todos los actores participantes, más que la creación de reglas en dos partes, en otras palabras bajo este principio todos los participantes gozan del mismo standard¹⁸⁶

En esta tesitura, nos lleva a reflexionar que es mejor para nuestro país Tratados bilaterales o tratados multilaterales, actualmente, México ha suscrito 31 tratados bilaterales internacionales de inversión¹⁸⁷, el más importante de ellos es

¹⁸⁶ W.Schill, Stephan *The multilateralization of international investment law*, Reino Unido, Cambridge University Press,2009. p.8-11

¹⁸⁷ Fuente: Organización de los Estados Americanos, Sistema de Información sobre Comercio Exterior; Tratados Bilaterales de Inversión de Mexico. NAFTA disponible en: <https://www.cice.oas.org>.

el NAFTA, en donde se vislumbran diferentes tipos de concesiones comerciales para México con respecto a Canadá, los cuales en forma cuenta parámetros sobre su elaboración e interpretación en la convención de Viena sobre el derecho de los Tratados en su artículo 31(3) (c) que es el eje.

Sin embargo, pese a este soporte legal, no pasa desapercibido que dicha convención, no regula o prevé esquemas para el caso de tratados asimétricos entre partes, por tanto, una manera de amortiguar o equilibrar este tipo de tratados bilaterales puede ser a través de la evolución de cláusulas de cuarta generación en los tratados, o mediante las cláusulas que analizaremos enseguida:

Cláusula paraguas o de estabilización, es de particular aplicación, pues hablamos de un contrato que hace el Estado con un extranjero inversor y que genera cierta responsabilidad en términos del tratado Internacional, en suma, podría decirse que es una técnica de integración entre tratados y contratos.

Mediante esta cláusula el estado asume la obligación a no aplicarle una nueva legislación que emerge luego de su administración, en caso de que el supuesto se actualice, entonces habrá de dar una indemnización al inversionista. En caso de fluctuaciones de paridad cambiaria del Estado, no se constituye un supuesto de expropiación directa o indirecta.

El caso de *Noble Ventures vs Rumania*, podemos observar como algunos tribunales han hecho difusa la distinción entre los derechos derivados de un tratado y derechos derivados de un Contrato, Noble Venture demandó que Rumania violó el standard de trato justo y equitativo, ya que adoptó medidas discriminatorias y fallo en proporcionarle completa protección y seguridad.

Por un lado, el Tribunal esgrimió por cuanto al alcance de esta cláusula, que la *umbrella clause*, cuando se incluye en el tratado bilateral de inversión, introduce una excepción para la separación general de las obligaciones de los Estados bajo el derecho municipal y el derecho internacional. En consecuencia, la identificación de esta provisión “*umbrella clause*” puede proceder solamente de

forma estricta y de conformidad con las bien conocidas reglas del derecho consuetudinario que se tipifica en el artículo 31 de la Convención de Viena, como fue indicada por la corte internacional de justicia en el caso de ESLI.

Finalmente, el tribunal concluyo dentro de sus argumentos que la clause contenida en el artículo ----“II (2) (c) BIT cada parte observara cualquier obligación que pueda haberse inscrito con respecto a la inversión”---, transformaba la obligación contractual, en obligación de derecho internacional y consecuentemente hace una violación del contrato que entraña una violación de Tratado por los demandados...consecuentemente, ratifico el sentido convencional de la cláusula, estableciendo en este caso que la violación del contrato de inversión, entraña al mismo tiempo la violación del TIB.¹⁸⁸

*Cláusula de performance requirements*¹⁸⁹. prevista en algunos Tratados impide que se especifique que ciertos servicios, productos se adquieran localmente o se imponga requisitos similares o cualquier otra medida proteccionista estatal, en suma, habla que los requisitos de desempeño para los inversionistas están prohibidos aun y cuando el Estado ofrezca una ventaja como el tratado que tiene Estados Unidos con Argentina, cabe destacar que bajo esta propuesta de esta organización Internacional, un inversionista se irroga con los mismos derechos, status y jerarquía que un Estado.

No obstante, recientemente en un documento emitido por una organización no gubernamental IISD¹⁹⁰ expone que bajo el derecho internacional cada Estado tiene el derecho de configurar las condiciones bajo las cuales admite inversión en su territorio y que en realidad no hay prohibición alguna, más la que hacen las partes, aunque la mayoría de los tratados no hacen referencia a esto.

¹⁸⁸ Noble Ventures Inc vs Romania, ICSID Case N.ARB/01/11 *Disponibe en:* <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>

¹⁸⁹ OCDE, Multilateral Agreement on Investment 22 abril de 1998, pp. 18-20 *Disponibe en:* <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>

¹⁹⁰ Institute for Sustainable Development IISD, “Best Practices” *Series: Performance Requirementments in International Investment Treaties*, Canada, December 2014, p.7 *Disponibe en:* <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-en.pdf>

Un ejemplo donde un BIT incluye esto es en el tratado de Inversión entre India y Kuwait:

*“Once established, investment shall not be subjected in the host Contracting State to additional performance requirements which may hinder or restrict their expansion or maintenance or adversely affect or be considered as detrimental to their viability, unless such requirements are deemed vital for reasons of public order, public health or environmental concerns and are enforced by law of general application”*¹⁹¹

Cláusulas de escape es definida por Barbara Koremenos como:

Provisiones que permite a un Estado miembro estar temporalmente exento de un requerimiento de un acuerdo internacional o bien para cambiar sus obligaciones evitando responsabilidad por incumplimiento bajo ciertas condiciones, algunas veces proporciona derechos de voto, otros de emerger nuevos acuerdos o suspenderlos y esta cláusula difiere de una de retirada, ¿pues esta última es permanente. ¹⁹²

A mayor abundamiento y a decir de Koremeros, esta clause se diferencia de una renegociación o enmienda, pues no permite ajustar el acuerdo, más bien estas permiten a los Estados temporalmente escapar de su cooperación y entonces regresar al acuerdo previamente hecho, incluso si el “shock” tuvo su fuente por alguna implicación doméstica política.

Por ejemplo, el international Coffee Agreement de 1960, contenía cláusula de escape:

“The International Coffee Council may relieve a member of an obligation wich, on account of exceptional or emergy circumstances, forcé majeure,

¹⁹¹ International Institute for Sustainable Development, IISD, *Best Practices Series: Performance Requirements in Investment Treaties*, Canada, December 2014.pp. 7, 8.

¹⁹² Koremenos, Barbara, *The Continent of International law; Flexibility provisions in the design of international Law*; Inglaterra, Cambridge University Press, 2016, p. 125.

constitutional obligations, or international obligations under United Nations Charter, for territories administered under the trusteeship system..”¹⁹³

En cuanto la Cláusula de ultractividad Federico Lavopa, apunta que estas aplican para terminación de contrato, no para enmienda, (esta última, tiene su procedimiento en la convención de Viena dentro de sus artículos 37,39-41) y en que realidad el diseño de la mayoría de los TIBS tienen un periodo de renovación fijos, pues hablan de tacita reconducción y mecanismo de continuidad ante la terminación de tratado.¹⁹⁴

2.2.2. Contratación del Estado como ente Privado mediante Contrato

Los contratos de arbitraje en opinión de Víctor Manuel Castrillón Luna están definidos como:

“El contrato de arbitraje, es medio por el cual, las partes en conflicto someten sus diferendos a la decisión de un órgano o persona que realiza la función arbitral, dando curso a un procedimiento equivalente al realizado por el órgano jurisdiccional (pero carente de imperio) para lo cual se encuentra habilitado mediante clausula compromisoria .que suscriben las partes en conflicto” .¹⁹⁵

Por otro lado, Los contratos de Estado, acorde a la UNCTAD es:

“como un contrato hecho entre un Estado o una Entidad del Estado, el cual puede ser definida como cualquier organización creada por estatuto dentro de un Estado con determinado control sobre su actividad económica y un extranjero o entidad extranjera, Uno de los principios más importantes es en base a la Bona fide, destacando que el alcance de los contratos de Estado, va

¹⁹³ International Coffee Agreement de 1960 *Disponibe en:*
<http://www.ico.org/documents/cy2012-13/history-ico-50-years-e.pdf>

¹⁹⁴ Lavopa, Federico, *Universidad de Barcelona, Problemas y Desafíos de denunciar o renegociar Tratados Bilaterales de Inversión*. Conferencia Anual de la SIEL, Singapur, Julio 2012. Disponibe en: <https://www.investmentpolicyhub.unctad.org>, p. 20..

¹⁹⁵ Castrillón Luna, Víctor Manuel, *Derecho Mercantil Internacional*, Idem,p. 447.

en relación con los tratados de inversión; Verbigracia, en el NAFTA artículo 1139 (h)se excluye de celebrar ciertos tipos de contratos.”¹⁹⁶

Hablamos que en la globalización lo que se da son la internacionalización de los contratos de estado y para una efectiva Internacionalización de los contratos privados, algunos eruditos estiman necesario fortalecer la observancia de los contratos de estado, desde el rol del derecho internacional, directa o indirectamente, estiman asimilar este tipo de contratos a tratados, aunque, algunos otros juristas de la Academia de la Haya de derecho Internacional en 1969 declararon:

“l’ internationalisation ne signifie ni que le contract deviene léquivalent d’un traite international ni que les regles du droit international interetatique soient transposables purement et simplement au domaine des contrats.Le contrat international nést pas assimilable a un traité.il est simplement un acte international d’un type nouveau.Le droit international qui lui est applicable ne será pas exactement le meme que celui qui regit les rapports entre Etats, et notamment les traites internationaux”.¹⁹⁷

Una violación a un contrato, no representa por si mimo una violación a un tratado internacional, este criterio lo vemos en el caso Salini VS Jordan que y los tribunales Arbitrales adoptaron el siguiente criterio en la temática que nos ciñe:

“Only the State, in the excercise of its sovereign authority, and not as a contracting party. has assumed obligations under bilateral agreements....In other Words, an Investment proteaction treaties can not be used to compensate an investor deceived by the financial results of the operation undertaken, unless he proves that his deception was a consequence of the

¹⁹⁶United Nations Conference trade and Development, UNCTAD,” State Contracts”, *Series on issues in International Investment Agreements*, Geneva 2004, p. 13. *Disponibe en: https://unctad.org/en/Docs/iteiit200411_en.pdf*.

¹⁹⁷ Orrego Vicuña, Francisco, “Of Contracts and Treaties in the Global Market”, Editorial Max Plank, Número UNYB 8, 2004, pp. 342, 347. *Disponibe en: http://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_orrego_8.pdf*.

behavior of the receiving state acting in breach of the obligations which It had assumed under the treaty”¹⁹⁸

Conviene hacer la aclaración, que este criterio fue rebasado por *Lanco International* y que la mayoría de los contratos de Estado, tienen como base para su fundamentación el derecho doméstico, por tanto, se resuelven en el derecho domestico con un sistema de derecho diferente y ganancias diferentes para los inversionistas en comparación con el arbitraje de inversión.

En Conflicto entre contrato y tratado, deben decirse que en el caso de *Lanco International vs Argentine Republic* ¹⁹⁹ en este caso, el inversionista eligió ventilar el asunto en términos del ICSID, al amparo del Tratado de Inversión Bilateral, a pesar que había estipulado que el contrato de concesión con Argentina en caso de disputas se presentaría en las cortes locales, al respecto el tribunal resolvió que era procedente la demanda contra el Estado, pues sostuvo que el consentimiento para el arbitraje prevalece el del tratado de inversión, sobre cualquier otra provisión en contrario y este consentimiento no puede ser menoscabado mediante la presentación de la controversia en una corte doméstica.

Por otro lado, otra diferencia *entre los contratos de Estado como ente privado es que las disputas se resuelven ante otras instancias como la Corte Internacional de Arbitraje de Londres; la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional de Paris CCI, el Tribunal de Apelaciones de Paris, el cual ha anulado laudos del CCI derivado de un Contrato Estado como el Caso COMISA vs PEMEX(PEP).*²⁰⁰ Aquí, aclaramos la diferencia entre el contrato –Estado (juri gestiones) derivado de una operación comercial, y contrato-Estado (juri imperi) .

¹⁹⁸ Salini Costruttori S. p. A vs Italstrade S, p. A the Hashemite Kingdom of Jordan N. ARB/02/13.

¹⁹⁹ *Lanco International Inc. Vs Argentina Republic*, Preliminary Decision on Jurisdiction of December 1988 ILM 40 (2001) .

²⁰⁰ *Boletín Informativo de la Cámara Internacional de Comercio A.C.Mexico. Medios Alternativos de Solución de Controversias* Disponible en: <https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/40823d7c38df29b509bced6a43f0d17bf22a308d.pdf>. Número 75 Agosto 2015. p. 5.

En este caso, las partes, (Comisa y PEMEX), observamos como el Inversionista inicia demanda paralelamente ante CCI y juzgados domésticos, PEMEX demanda, rescisión de contrato administrativamente junto con otras sanciones por falta de entrega, derivado de un contrato de construcción de plataforma petrolera, COMISA, pierde el amparo porque se requiere un acto de autoridad un *juri imperi*; es decir en la demanda de amparo tuvo que decir que era un *juri imperi*, en lugar de un *juri gestionis*.

3. Instituciones Internacionales que regulan o administran el Arbitraje de Inversión

3.1. Cortes Internacionales para solución de controversias entre inversionista-Estado:

ICSID; CNUDMI; Corte Internacional de Justicia; Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya; Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos.

ICSID, es un órgano administrador de diferencias entre Inversionistas extranjeros y Estados, aunque cabe decir que “el ICSID, administra los procedimientos de conformidad con otras reglas también, incluido el reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o directrices publicadas por la International Bar Association (IBA)”²⁰¹

El Convenio del ICSID vincula a 162 Estados, ha sido liderada su creación por acuerdo del Banco mundial, convirtiéndolo en uno de los más exitosos a escala global y a este son sometidos bajo el amparo de la “Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID)”²⁰², misma que fue creada en 1965, entrando en vigor en 1966, esta Institución tiene su sede en Washington D.C. anteriormente México estaba adherido a esta convención, solo a través del mecanismo complementario, el cual

²⁰¹ CIADI, contiene los siguientes: Reglamento sobre Transparencia (2014), Reglamento de Arbitraje (2010), Reglamento de Arbitraje de 1976), por su parte; International Bar Association (IBA) cuenta con los siguientes documentos: Directrices sobre Representación de parte en el arbitraje internacional (2013) Reglas de Mediación Inversor-Estado (2012), Reglas sobre práctica de la prueba en el arbitraje Internacional (2010), Directrices sobre conflicto de Intereses en Arbitraje Internacional (2004) .

²⁰² Convención para Solucionar diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados CIADI o ICSID”

solamente obligaba en el caso que el tratado internacional así lo estableciera en caso de controversia y se vinculara con un contrato entre las partes.

Sin embargo, el 11 de Enero de 2018, México se convirtió en el país 162 que firma la convención y ahora ya no solamente estamos adheridos mediante mecanismo complementario, actualmente se encuentra para firma del Senado la propuesta de adherirse completamente a la Convención ICSID.

De igual modo, otra institución que influye en el proceso judicial de arbitraje es la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI), la cual en julio de 2013, adopto reglas destinadas para garantizar la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y Estados (arbitraje Ad hoc) en el denominado “Reglamento sobre la transparencia”, el nuevo reglamento que entro en vigencia el 1 de abril de 2014, brinda apertura a los procedimientos arbitrales y en Diciembre de 2014 se crea la Convención de las Naciones Unidas sobre transparencia en tratados basados en Arbitraje Inversionista-Estado, no obstante, hasta ahora solo 17 Estados han firmado la Convención.

Una diferencia entre estos dos procedimientos, lo podemos ver en los tiempos que se establecen para el planteamiento de la demanda, ya que el reglamento de la UNCITRAL el artículo 11 indica un plazo de 15 días y en el CIADI, no hay plazo. Las reglas de arbitraje de la UNCITRAL conceden un rol único a la secretaria general para resolver cuestiones críticas que surjan del arbitraje.

Acorde Admad Ali Ghouri²⁰³, el arbitraje *Ad hoc o arbitraje no institucional* es:

“cuando la discusión no es administrada por alguna institución como ICSID, algunos BITs contienen cláusulas de arbitraje, que proveen al respecto que la resolución de disputas puede ventilarse vía ad hoc organizadas bajo las reglas de la UNCITRAL, en este los beneficios pueden ser reducción de

²⁰³ Ali Ghouri, Admad, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, USA, Edit. Walters Kluwer. 2015, p. 36.

costos de arbitraje por honorarios o gastos de las instituciones que los administran”

Aunado a lo anterior, es oportuno aclarar que cuando el arbitraje es administrado bajo las reglas de UNCITRAL, el resultado del laudo será ejecutable bajo las leyes del lugar de arbitraje en contraste el ICSID proporciona sus propias reglas para el cumplimiento o ejecución de los laudos. La ley del lugar de arbitraje no tienen importancia en el arbitraje ad-hoc administrado por ICSID, pero en cualquier caso los laudos deben ser ejecutables por la Convención de Nueva York.

En caso de incumplimiento del laudo bajo las reglas de UNCITRAL, el inversionista puede acudir a su Estado de origen para solicitar protección diplomática, en contraste bajo las reglas del ICSID, el inversor no depende de la voluntad de su estado de origen para solicitar la protección diplomática. De igual modo, en términos del artículo 27 en relación con el artículo 64 de la Convención ICSID que a la letra dice:

*“Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la Interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden otro modo de arreglo”*²⁰⁴

Arribamos a la conclusión, que además de resolver diferencia sobre la interpretación o aplicación de la Convención ICSID, también se puede ocurrir ante la Corte Internacional de Justicia²⁰⁵, para resolver las diferencias de los Estados como consecuencia de dicha resolución, pues el incumplimiento del acatamiento del fallo, entraña responsabilidad Internacional del Estado.

²⁰⁴ Convención de CIADI sobre arreglo pacífico de diferencias entre inversores y Estados. Artículo 64 p. 31

²⁰⁵ Corte Internacional de Justicia, es el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas y está encargada de decidir controversias jurídicas entre Estados, también emite opiniones consultivas e instituciones especializadas de la ONU.

En este orden de ideas, encontramos también que la Corte de Distrito de la Haya o Corte Permanente de Arbitraje de la Haya²⁰⁶, ha anulado laudos bajo las reglas de UNCITRAL como se observa en el caso de Telekom Malaysia Bhd vs Republic of Ghana²⁰⁷.

En contraste, vemos que esta Corte Permanente, también se ha declarado con jurisdicción incompetente, como en el caso de la compañía petrolera Yukos vs Rusia²⁰⁸. El 28 de julio de 2014 el Tribunal Permanente de la Haya, fallo en un primer momento contra Rusia y declaró que violó sus obligaciones internacionales bajo el Tratado de la Carta de la Energía y posteriormente la sentencia fue anulada por cuestión de jurisdicción pues Rusia no estaba vinculado al artículo 26 de la carta de energía, que faculta para actuar en el caso a la Corte. (es decir, solo se encontraba vinculado por una medida provisional) y lo remitió al ICSID.

Para ejecutar los laudos derivado del arbitraje de inversión estipulado en el artículo 54, Nicole Duclos y Erin Thomas nos refiere: que ICSID no proporciona base para las cortes nacionales en cuanto su aplicación y ejecución del laudo, a diferencia de otros tratados internacionales, ya que sus sentencias, tienen un sistema autónomo, el cual solo se puede desafiar con un mecanismo de anulación de la Convención.²⁰⁹ No obstante, no está claro, ni siquiera en las cortes de USA como apreciamos en el caso *Viorel Micula vs The Government of Rumania*²¹⁰

²⁰⁶ Corte de Permanente de Arbitraje de la Haya, es un organismo internacional que aplica el reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el derecho mercantil internacional (CNUDMI.)

²⁰⁷ Telekom Malaysia Bhd vs Republic of Ghana, Case N.HA/RK2004,788. Fecha de decisión 5 Noviembre de 2004.

²⁰⁸ Caso Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs The Russian Federation 18 de Julio de 2014 (Corte Permanente de Arbitraje caso N. AA227 párrafo 113) ICSID N.ARB (AF)/09/1.

²⁰⁹ Duclos, Nicole y, Erin, Thomas, *Enforcement of ICSID Awards in the United States; Bahrain Chamber for Dispute Resolution*, International Arbitration Review. Volume 2 December 2015 Number 2, p. 373.

²¹⁰ Viorel Micula vs The Government of Rumania Civil N.1:14 – cv- 00600 (APM) United States District Court for the District of Columbia.

4. Fuentes del Derecho Internacional aplicable al Arbitraje de Inversión

4.1. Principios de derecho mercantil Internacional aplicables al arbitraje de Inversión

En términos generales encontramos que tiene aplicabilidad los principios UNIDROIT, estos, son principios que más prevalecen en todos los sistemas legales del mundo sin embargo estos principios tienen un rol limitado, para el arbitraje de inversión, pues este arbitraje tiene sus propios principios, como los siguientes:

Principio de No discriminación y trato nacional, es una provisión que prohíbe distinción o diferencia de trato de inversionistas extranjeros, es decir; da una categoría o preferencia de trato a todos los inversionistas extranjeros por encima de los inversionistas del país anfitrión, no obstante que se abandere e intente equiparar el estandarte de “igualdad de trato nacional”, pues en la realidad el diseño institucional de la Convención del ICSID y el marco legal constitucional internacional de inversión, no está diseñado la estructura jurídica para que un inversionista del país anfitrión, también goce de las mismas prerrogativas o garantías que usualmente el estado ofertante, otorga a los inversionistas extranjeros sobre todo en países en desarrollo o emergentes,, lo que contribuye a dejarlos en una desventaja competitiva frente a otros inversionistas en el contexto económico que se desenvuelve dentro de la globalización, ya que en su circunstancia económica les obliga hacer un tipo de tratados asimétricos, que reproducen a su vez una espiral o círculo de los mismos vicios, sin que esto permita una evolución del derecho internacional, ya que este no está garantizando el acceso a justicia de estos grupos, sino solamente de una elite económica. De igual modo, el alcance no está perfectamente definido, sin embargo la mayoría de los casos de esta prohibición, se extiende a evitar la discriminación en medidas de gestión, operación, mantenimiento, adquisición o disposición de la inversión, esta generalmente la relacionan con la de NMF.

Típicamente, esta cláusula se lee en los TIBS así Acorde a Schiil:

*“Each Party shall accord investments in its territory, and associated activities in connection with these investment or nationals or companies of the other party. Treatment no less favorable than that accorded in like situations to investments of its own nationals and companies of any third country. Whichever is most favorable”*²¹¹

*Principio de la nación más favorecida.*²¹² Esta puede dar lugar a la multilateralización de acuerdos internacionales, y esto tiene que ver con límites de montos de transferencias pecuniarias, repatriación de capitales, daños, nacionalización entre otros., o bien proporcionar trato no menos favorable que a un extranjero de otro estado.

Tony Cole, sostiene que:

Hay tres características importantes de este principio desde el punto de vista del derecho de inversión internacional, primera, debe ser entendida como una condición de acceso para proporcionar trato más favorable, después del acuerdo que es negociado y no por un tratamiento pre-existente; la segunda característica es que la favorabilidad de algún tipo de tratamiento en particular, debe ser evaluada no respecto del inversionista, sino de la clase de inversión cubierta y finalmente no simplemente proporciona para el beneficiario, algún tratamiento más favorable que una tercera parte, sino también simultáneamente le excluye del acceso de los beneficios del tratamiento originalmente prometido. Sin embargo, estas características se combinan entre ellas.²¹³

Principio de trato justo y equitativo, protección y seguridad. Mientras en el trato de la nación más favorecida depende de un trato igual dentro de un grupo de referencia, el tratado de inversión, además impone un standard de tratamiento entre países anfitriones, como el de trato justo, equitativo, completa protección y

²¹¹ W.Schill,Stephan, *The multilateralization of international investment law*, United Kingdom, Cambridge University Press., 2009. p. 76.

²¹² Henckels, Caroline, *Proportionality and Deference in Investor State Arbitration, Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, United Kingdom. Cambridge University Press., 2015 p. 23,70

²¹³ Cole, Tony, *The Structure of Investment Arbitration*, Reino Unido, Editor Routledge, 2013,p. 97.

seguridad; Aunque en el Caso Metalclad²¹⁴ se desprenda que es un trato justo y equitativo acorde al derecho internacional, esto es que independientemente del trato del país anfitrión los inversionistas extranjeros, gozan de protección.

Stephan W.Schill hace notar que: “este principio es interpretado para incluir los requerimientos de estabilidad y predictibilidad del marco legal, consistentemente con el *principio de legalidad del país anfitrión*, la protección de confidencialidad o legitimación y debido proceso, prohibición de denegación de justicia, protección contra discriminación y arbitrariedades así como el requerimiento de transparencia y el concepto de razonabilidad y proporcionalidad e impredecibilidad de conflictos entre leyes domesticas”²¹⁵

Principio de protección contra expropiación. para identificar cuando es violación de un contrato y cuando estamos ante la expropiación del estado Jan Ole Voss, sugiere que:

la expropiación basado en el derecho consuetudinario internacional, de los contratos de Estado, hablamos de una “teoría de internacionalización indirecta” de los mismos, en donde los contratos son removidos completamente del sistema del derecho domésticos del Estado y esta teoría, está basada en el principio de la autonomía de las partes, que es la piedra angular de los contratos mediante el cual se internacionalizan, pues se dice que implícita o explícitamente las partes escogen el sistema de derecho diferente al estado anfitrión, el cual en ausencia de elección, aplicara el sistema de derecho más cercanamente vinculado al contrato, no obstante, la determinación del derecho sustantivo aplicable tendrá que ser acorde al derecho internacional privado de la *lex fori* de donde tiene lugar el arbitraje.²¹⁶

²¹⁴ Metalclad Corporation vs United Mexican States, ARB (AF)/97/1.

²¹⁵ W.Schill, Stephan, *The multilateralization of international investment law*, Traducción propia, Reino Unido, Cambridge University Press. 2009. Ibidem. p. 80

²¹⁶ Ole Voss Jan, *the impact on investment treaties on Contracts between Host States and foreign Investors*, Traducción propia, Edit Martinus Publishers, Leiden Boston, volumen 4, 2011 p. 34-37.

En suma, esta cobertura de los contratos de Estado es contingente, depende del cumplimiento de dos condiciones: el alcance debe extenderse a la relación contractual entre inversor extranjero y Estado anfitrión, la definición de “inversión” está en el contrato de Estado y en segundo término, el tratado en particular debe contener una clara y específica provisión y dentro de las responsabilidades o funciones del Estado Soberano, es decir; en el caso de expropiación, debe haber una justificación razonada para expropiar o no hacerlo, como es el caso del NAFTA en el artículo 1110, mismo que especifica tres tipos de expropiación.

4.2. El Soft Law y la Costumbre Internacional en arbitraje de inversión.

El soft law. Es entendido para Arif Ahmed and Md Jahid Mustofa como:

Conjunto de regulaciones que son consideradas como no obligatoria, básicamente declarativas de carácter internacional y con carácter no vinculantes pero que tiene relevancia legal, ubicada entre el derecho y la política.²¹⁷

De igual modo, la costumbre en derecho internacional constituye parte del soft law y este encuentra su sustento en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya que este refiere que las fuentes domésticas constituyen elementos de formación e identificación el derecho internacional.

Algunos juristas internacionales como Lamí Alkan Olsso, sostiene que:

El soft law emerge de la post-guerra y puede crearse de muchas maneras ya que un tratado aunque tiene forma legal, no necesariamente indica la existencia de un Hard Law, si se acepta convenciones e instrumentos internacionales, no es solo por su forma legal, sino también por su coercibilidad o capacidad de ejecución...ya que muchas provisiones en los

²¹⁷ Arif, Ahmed y Md Jahid Mustofa, *Role of Soft Law in Environmental Protection: An Overview*, Editorial Global Journal of 'Politics and Law Research. European Centre for Research Training and Development, UK Vol.4 N.2 March 2016, pp. 1-18. [https://.www.eajournal.org](https://www.eajournal.org).

tratados contienen las palabras - ver, buscar, hacer esfuerzos, evitar- así solamente resultan en recomendaciones para las partes contratantes”²¹⁸

En esta tesitura, en opinión de la suscrita el soft law esta incluso dentro de los trabajos preparatorios de los contratos o tratados internacionales, así como también lo vemos en el caso específico de los actos relacionados con el arbitraje de inversión, está integrado por resoluciones o comunicaciones de la Organización de las Naciones Unidas y sus organismos como UNCTAD, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, OCDE, UNIDROIT, que influyen en el comportamiento de los agentes económicos e incluso forman un poder económico más fuerte por encima de los Estados, ya que forma parte de una desregulación jurídica.

De esta forma robustezco mi hipótesis en cuanto que el sistema internacional, mediante la discrecionalidad legislativa o ausencia de normas crea condiciones que se convierten en soft law y se regula no regulando o estableciendo ausencia de jurisdicciones.

En lugar de fortalecer la cooperación internacional institucional y el sistema internacional de derechos humanos medioambientales, se impulsa la protección del inversionista dándole garantía contra riesgos.

En palabras de Peterkova Mitkidis Katerina

El derecho no siempre está bien definido ya que el Hard law puede tener contenido de soft law y el soft law puede inducir obligaciones de Hard law. Está ligado a una regulación transnacional del derecho.²¹⁹

4.3. Doctrinas: Calvo y Drago

Doctrina Calvo, fue creada por un jurista mexicano llamado Carlos Calvo propone el agotamiento previo de los recursos legales en el lugar doméstico de la mano de

²¹⁸ Lami Alkan, Olsso, “Four competing approaches to international soft law” en Wahlgreen, Peter, *soft law*, Traducción Propia, Stocolmo, Editorial Institute for Scandinavian Law, 2013, pp. 180, 181, 182 .

²¹⁹Peterkova Mitkidis, Katerina, *Sustainability Clauses in International Business Contracts*, Viena, Editorial International Publishing, The Hague Netherlands, 2015. p. 11.

los principios de igualdad soberana, no intervención y trato igualitario entre extranjeros y nacionales, consecuentemente los extranjeros deben agotar recursos de jurisdicción doméstica sin pedir protección y/o intervención diplomática del Estado de su nacionalidad.

Plantea que los extranjeros no tendrán más derechos que los ciudadanos del país anfitrión y algunos otros países ampliaron este concepto argumentando que no gozarían de protección diplomática de su país, mientras tanto otros países luchaban por un estándar mínimo de protección para inversiones extranjeras ante riesgo de su inversión.

Al respecto, el artículo 26 CIADI establece:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales como condición a su consentimiento al arbitraje conforma a este convenio” ²²⁰

No obstante, lo destacable en este punto es que la jurisdicción de CIADI implica abandono de la doctrina Calvo, en este contexto encontramos que México en la mayoría de sus BITS, no se exige el agotamiento de tales recursos en cuestión de arbitraje de inversión-Estado, esto es, que aun y cuando México no haya firmado la Convención del ICSID, el país anfitrión se adhiere a este procedimiento bajo el mecanismo complementario contemplado en la convención citada mediante los tratados de inversión, (en el caso de México a través del artículo 1121 del TLCAN o NAFTA,) vinculada a la cláusula compromisoria.

En este orden de ideas, el Doctor Víctor Manuel Castrillón Luna “apunta respecto de la cláusula compromisoria, que en el arbitraje el presupuesto esencial es que las partes por propia voluntad decidan someter sus diferencias a la decisión de aquel, y es un acto que se realiza de manera libre, y deben suscribir e

²²⁰ CIADI, Convención de arreglo de diferencias Inversionista Estado. *Disponibe en:* <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

compromiso arbitral, lo que puede verse en el contrato por el que quedan jurídicamente vinculados, así incorporan esta cláusula que es llamada compromisoria.”²²¹

Doctrina Drago. Luis María Drago ministro de Relaciones exteriores de Argentina retomo la doctrina Calvo y la extendió puntualizando: “la deuda Publica no justifica la intervención armada”

Esta doctrina ha impactado porque además de contener premisas políticas, tiene un sustento esencialmente jurídico, debido a esto, es reconocida mundialmente, dentro de las relaciones diplomáticas y tomada como referente en los procedimientos jurídicos internacionales.

Esta doctrina tuvo su origen producto de la intervención armada que realizo el gobierno de Reino Unido Alemania e Italia contra Venezuela por falta de pago de una deuda externa que el presidente se negaba a pagar.

Por otro lado, es de gran relevancia mencionar que el fundamento legal para aplicar las doctrinas dentro del derecho internacional se encuentra en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia que dice:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas deberán aplicar:

a). Las Convenciones Internacionales, sean generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados Litigantes;

b). La costumbre Internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada por el derecho.

c). Las decisiones Judiciales y las doctrinas de los Publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59...”

²²¹ Castrillón Luna, Víctor Manuel, *Derecho Mercantil Internacional*. Ibidem p. 454.

Capítulo III

Derecho Comparado Internacional

1-Los Conflictos internacionales por los recursos naturales y su solución pacífica.1.1- Mapa de Conflictos vinculados al medio ambiente derivado de la inversión extranjera en ICSID.1.2. Solución Pacífica de Controversias sobre medio ambiente en escala mundial.2.-Sistema Legal ICSID como método de solución de controversias ambientales de inversión.2.1. Sistema judicial institucional-internacional de protección internacional al ambiente y al de la protección de inversión: promoviendo garantía de derechos. 2.2. Análisis de algunos Instrumentos Internacionales actuales de protección al medioambiente e inversión.2.2.1. Instrumentos internacionales vinculantes en materia ambiental mercantil-ambiental.2.2.2-Instrumentos no vinculantes en materia de inversión ambiental.3 Mecanismos de auto reproducción de la norma internacional: Características y Límites. 3.1. Conflicto entre tratados de Inversión y Convenciones medioambientales. 3.2. Interacción entre sistemas (Multilateral Environmental Agreements /TIBS de inversión).

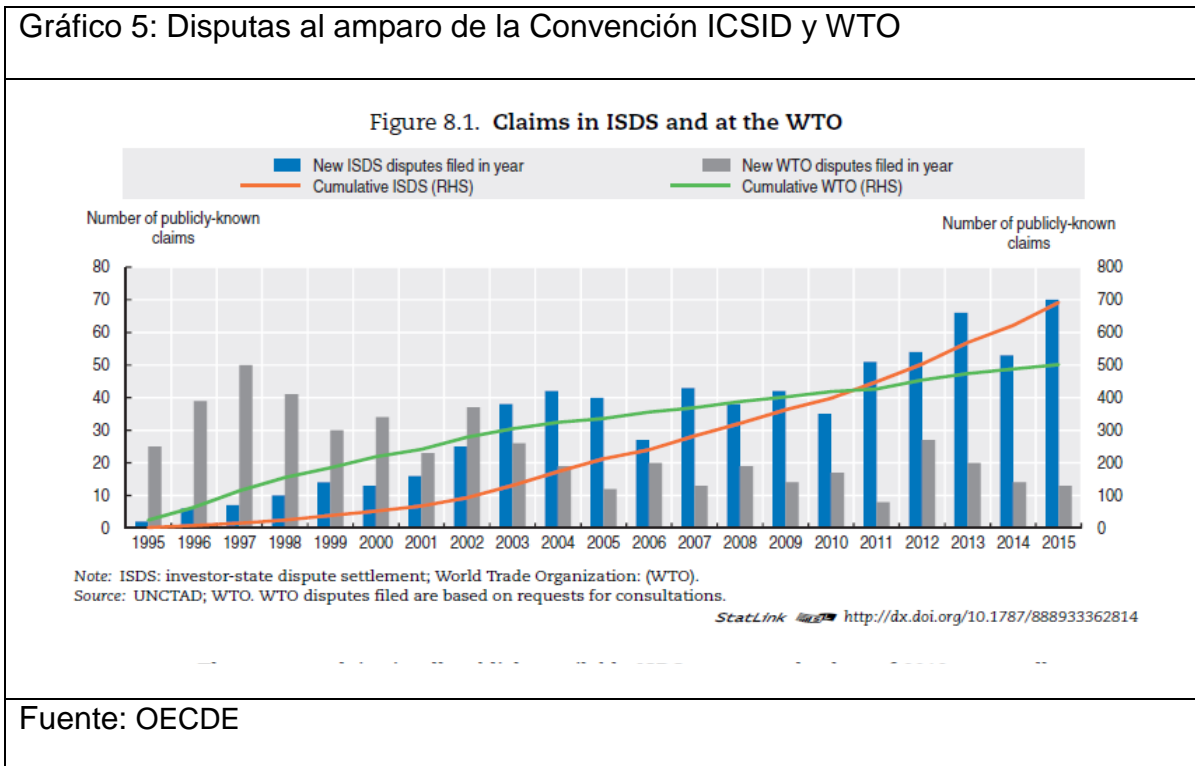
|

1. Los Conflictos internacionales por los recursos naturales y su solución pacífica

1.1. Mapa de Conflictos vinculados al medio ambiente derivado de la inversión extranjera en ICSID.

La cantidad de demandas entre ICSID y WTO en los últimos años, ha resultado mayor en el primer organismo como vemos en la siguiente grafica observamos de este estudio realizado por la OECD: “que las disputas al amparo de la Convención ICSID sobrepasan aquellas presentadas en la WTO”²²² como se evidencia con las siguientes gráficas.

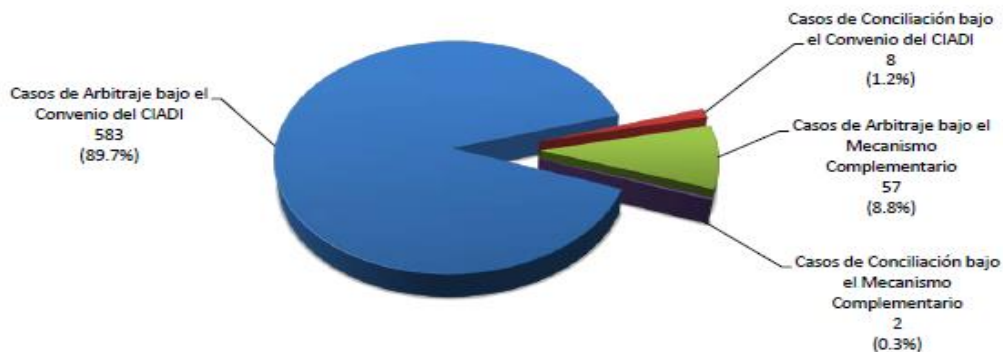
Gráfico 5: Disputas al amparo de la Convención ICSID y WTO



Fuente: OCDE

²²² Fuente Grafico 5: Organisation for Economic Cooperation and Development, OCDE “The impact of Investment treaties on companies, shareholders and creditors.” *Business and Finance Outlook 2016*. p. 228. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/BFO-2016-Ch8-Investment-Treaties.pdf>.

Grafico 6: Casos Registrados bajo ICSID y el mecanismo complementario²²³



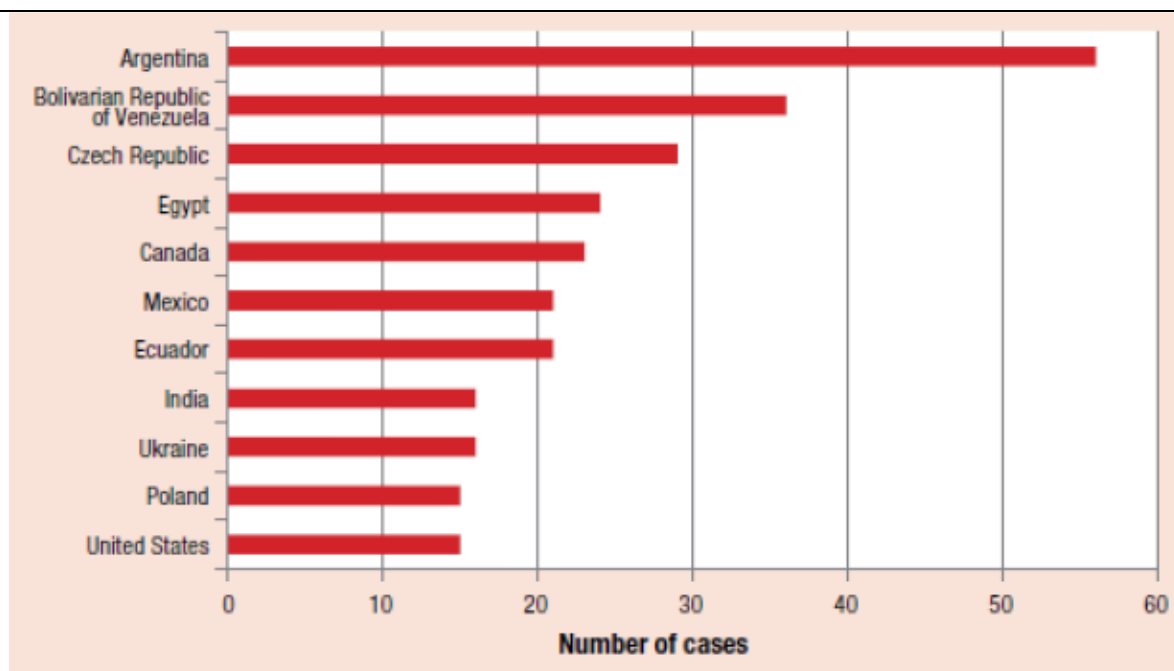
Fuente: ICSID, Estadísticas 2018-1.

De lo anterior, se desprende que la Convención del ICSID como se encuentra ahora, genera obstáculos que permiten la desaparición de responsabilidades tanto de inversores como de Estados ante el problema del daño ambiental y consecuentemente, afecta el incremento del cambio climático, incluso pareciera este instrumento, solamente un mecanismo de dominio para países subdesarrollados “del 100 % de las demandas presentadas bajo las reglas de este convenio 60% de las demandas instauradas son contra países en desarrollo, ejemplos de tendencias. Así mismo, observamos que los países más demandados en la región de América es Argentina y las tendencias que van como sigue en el esquemas 7.²²⁴.

²²³ Grafico 6, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID, Estadísticas 2018-1 p. 12 .Disponibe en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(Spanish).pdf).

²²⁴*Gráfico 7, United Nations Conference trade and Development, UNCTAD,” Recent Trend in IIAS and ICSID”,2015. p. .5 Disponibe en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

Gráfico 7: Tendencias en Arbitraje de Inversión a nivel mundial



Fuente:UNCTAD,ISDS

Es claro, que las catástrofes producidas por los problemas medio ambientales impactan de diferente forma según los estratos sociales, pues esto trae como consecuencia deficiencias de seguridad alimentaria, uso y manejo de recursos tóxicos que impactan la salud en determinadas comunidades y formas por actividades económicas, diferente rendimiento de utilidades por explotación de los mismos, modificación de hábitat natural, pérdida de usos, costumbres y derechos humanos de los pueblos indígenas.

Desplazamiento de población forzada incluso, por implementación de centrales de producción y extracción de petróleo, minería o hidroeléctricas, en algunos casos aumento de violencia debido a la explotación o extracción de los recursos naturales para el comercio.

Por ejemplo, la explotación de piedras preciosas desregulada o regulada laxamente promueve actividades en las que la violación a los derechos humanos es el pan nuestro de cada día, provocando confiscaciones de tierras o amenazas para aquellas personas que defienden la naturaleza como patrimonio de la humanidad o parte de su esencia en relación con su entorno y también se implica una situación de conflicto geopolítico que conlleva uso de poder económico.

A manera de ejemplo, podemos citar el caso de Rusia contra Ucrania, pues Rusia es quien abastece a la Unión Europea de Gas, sin embargo, estos gases pasan por gasoductos en Ucrania, el conflicto emergió por un incremento de las tarifas del gas a Ucrania, no obstante, el principal afectado o presionado económicamente y políticamente es la Unión Europea.

Principio de debida diligencia en los recursos naturales alcance, para que las empresas no alimenten la violencia ni sean cómplices de violaciones a los recursos naturales.

Al respecto OCDE sostiene:

“Globalisation indirectly promotes CO2 emissions linked to industrial activity and consumption. While the industrial revolution was a vector of globalisation, the growth in cross- border trade and investment in turn fostered industrial activity. This is often a major source of GHG emission, as the case of electricity generation, which still largely involves burning coal, oil and derivatives. The intensification of globalisation, then accentuated the greenhouse effect and global warming... globalisation implies multiplication of distributions channels, creating new needs and new demand for products that are used around the world”²²⁵

²²⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD. “what is the impact of globalization on the environment?”, *Economic Globalisation: Origins and Consequences*, Ibidem p.8.

En mérito de lo expuesto, el objetivo de hacer evidente el desequilibrio que permea en las resoluciones del ICSID, derivado de la permeabilidad de la corriente neoliberal en la lex mercatoria, expongo los siguientes casos:

Caso Pilippe Morris contra Uruguay²²⁶ por el asunto de la Ley antitabaco.

El tribunal arbitral internacional, declaro que dos medidas de control de tabaco realizadas por el gobierno de Uruguay y Suiza y violaba lo estipulado en el tratado de Inversiones, la reclamación de los Estados consistía en Advertencias sanitarias en el paquete de los cigarrillos, posteriormente después de 6 años de disputas legales. Niega la demanda a Philip Morris, ordenándole a este, soportar el costo completo del arbitraje y pagar a Uruguay 7 millones de reembolso por gastos legales, el cual es un caso único, sin precedentes, en este caso se argumentaba un caso de expropiación derivado de la Convención de Paris sobre Protección de la Propiedad Intelectual y el Protocolo de armonización de normas de propiedad Intelectual en el MERCOSUR en el campo de los Tratados.

El tribunal resolvió en este caso con criterios eminentemente comerciales, declaro que la limitación que le hacia el Estado no le restringía las modalidades del uso de la marca y por tanto no tenía efecto sustancial en los negocios del demandante, olvidando la importancia de consolidar directrices jurídicas desde las consecuencias que tiene para el medio ambiente y la salud de las personas el impacto o consecuencias de determinadas normas medioambientales tomadas por los Estados.

Caso Vattenfall vs Alemania²²⁷ iniciado al amparo del Tratado de Energía, en virtud, den la decisión del gobierno alemán de parar la construcción de una estación de poder atómica, y reviste significativa importancia porque se trata de una multinacional sueca de energía que entablo demanda al gobierno Alemán, derivado de un permiso de agua que exigía el departamento de desarrollo urbano

²²⁶Pilippe Morris contra Uruguay Caso N. ARB/10/7. *Disponibe en:* <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7595.pdf>

²²⁷ Caso Vattenfall vs Alemania Caso N.ARB/12/12 *Disponibe en:* https://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out.pdf Y *Disponibe en:* <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>

en el cual introducía nuevos requisitos para el uso del agua por seguridad de los ciudadanos y protección ambiental, la empresa alegó que las normas de protección ambiental hacían inviable su inversión y exigió una indemnización de 1,400 millones de Euros. Se resolvió con un acuerdo “amistoso” después de que el departamento de Desarrollo Urbano accediera a flexibilizar los requisitos ambientales.

Se argumentaba *que violaba los principios de trato justo y equitativo*, que esos permisos tenían una motivación política. De este caso se desprende como las transnacionales al amparo del sistema legal de arbitraje de inversión, obtienen beneficios y deciden e influyen sobre políticas públicas de los Estados.

Piero Foresti vs Sudafrica²²⁸ en este caso un grupo de demandantes italianos fundamentaba su demanda sosteniendo que sus acciones en una empresa de explotación minera habían sido expropiadas por la ley minera de Sudáfrica y exigía el 26 % de propiedad de los sudafricanos, otro caso que fue conciliado.

El caso de *Funnekotter*,²²⁹ los demandantes eran holandeses y arremetieron contra Zimbague porque fueron privados de sus tierras, el estado argumentó que era debido a una reforma agraria de interés público además de necesidad y en términos de las debidas garantías procesales, y que aun en ese supuesto, el descuento de la expropiación debería hacerse al valor del mercado de los activos; consecuentemente el tribunal rechazó los argumentos y les otorgó indemnización a los inversionistas, declarando incluso que el valor del activo debe calcularse independientemente del número y objetivo de las expropiaciones hechas.

²²⁸ Piero Foresti vs Sudáfrica ARB (AF) 07/1 ICSID, *Disponibe en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>*

²²⁹ Bernardus Henricus *Funnekotter vs Republic of Zimbabwe* (ICSID Case N.ARB/05/6) *Disponibe en: <https://www.italaw.com/documents/ZimbabweAward.pdf>*.

Caso Metalclad vs México²³⁰ los fundamentos para la demanda partieron del principio de Trato Justo y equitativo, así como también del principio de expropiación dispuesto en el artículo artículo 1105 y 1110 del TLCAN respectivamente.

Metalclad adquirió COTERIN con el único propósito de desarrollar y operar un cofinanciamiento de residuos peligrosos en Guadalupe, municipio de San Luis Potosí y antes de que Metalclad comprara COTERIN, México ya le había otorgado permisos federales de construcción y operación para el confinamiento, de igual modo el Gobierno de San Luis potosí, dio los permisos de operación para el proyecto. Sin embargo, además de los otros permisos se necesitaba el del municipio.

Después de que Metalclad adquirió COTERIN, el gobierno federal incluso prorrogó el permiso para la construcción por 18 meses más, como expuso el perito de Metalclad en la legislación mexicana sosteniendo que las facultades de los municipios comprendían los permisos de construcción. creación y administración de zonas de reservas ecológicas, lo cual era refutado por el inversionista. Basándose en los permisos federales Metalclad inicio la construcción, pero tuvo una orden de clausura el 26 de octubre de 1994, precisamente por no contar con el permiso municipal de construcción, el cual le fue negado más tarde.

El tribunal de arbitraje resolvió condenar a México, indicando que no se necesita motivos o intenciones para adoptar un decreto ecológico, que el determinar una expropiación basada en un decreto ecológico, no es esencial para que considere que ha violado el TLCAN, sin embargo, la implementación del decreto ecológico podría por sí mismo, constituir un acto equivalente a expropiación, por tanto concluyen que México expropio indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar indemnización por expropiación.

²³⁰ Metalclad vs México ARB (AF) 97/1. ICSID. Bajo el mecanismo complementario Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio. Confirmado laudo by The United Mexican States vs Metalclad Corporation, Decision of Supreme Court of British Columbia on the Challenge by petitioner. The United Mexican States of the Arbitration Award issued on August 30, 2000 2001 BCSC 664 (Mayo 2, 2001).

Caso Eiser Infrastructure limited y Energía Solar Luxembourg vs Reino de España²³¹ adolece de violación al tratado de la Energía, al amparo de los principios de Trato Justo y equitativo, en cuanto a la aplicación de unos impuestos sobre producción de energía como lo exige el artículo 21 (5) b del tratado, sin embargo ese impuesto es expropiatorio.

El tribunal ICSID, resolvió, que si bien es cierto que el Estado tiene derecho a regular y cambiar la legislación, también es cierto que el trato justo y equitativo si protege a los inversores frente a un cambio fundamental del régimen regulatorio de una forma que no tome en cuenta, las circunstancias de las inversiones existentes realizadas sobre la base del régimen anterior, y se desprende de pruebas que realizo un cambio de sistema injusto e inequitativo despojando a los demandantes del valor de su inversión, pues elimino tarifas reguladoras e hizo caer su inversión.

Repsol vs Argentina²³², Repsol, una compañía de Gas de España, argumenta expropiación ilícita por causa de utilidad pública, demando a argentina por 10 billones, este asunto termino con un acuerdo conciliatorio de avenimiento de expropiación, donde argentina da en pago “títulos de deuda pública de Argentina en dólares” como compensación y pago.

1.2. Solución Pacífica de Controversias sobre medio ambiente en escala mundial.

Los conflictos empiezan cuando dos o más grupos piensan que sus intereses son incompatibles. Acorde a un estudio de la Organización de las Naciones Unidas apunta:

²³¹ Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg vs España ARB/13/36
Disponibe en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf.

²³² Repsol S.A and Repsol Butano S.A vs Argentina Republique. Case N. ARB/12/38.
Disponibe en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3166.pdf>.

Los conflictos no violentos pueden ser un componente esencial del cambio social y desarrollo, y un componente de las interacciones humanas, el conflicto en sí, no es un fenómeno negativo.²³³

El arreglo pacífico de conflictos, es posible entre personas cuando se tiene confianza en estructuras de gobierno e instituciones que son capaces de manejar intereses incompatibles.

Por su parte Miguel Ángel Rodríguez Mackay²³⁴

“las normas de ius cogens son normas estructurales de derecho internacional, con características universales e imperativas que solamente puede ser derogada por otra norma de ius cogens y esto coadyuva a forjar el derecho internacional garantista [...]. ante cualquier vulnerabilidad que ponga en riesgo la paz”

Gandhi sostenía, “*la violencia es el miedo a los ideales de los demás*” propuso una serie de principios para la resolución pacífica de controversias auspiciándose en la siguiente premisa:

Ahimsa. que es el amor a todas las criaturas vivientes, amigas o enemigas; *satyagraha*, definido como la fuerza del alma, como fuerza de la verdad, energía que despoja de toda violencia más poderosa que cualquier arma, esto es devoción por la verdad en cualquier atisbo de hostilidad, de estos conceptos partió la resistencia pasiva.²³⁵

²³³ Organización de las Naciones Unidas, ONU y Union Europea, “*Gestion de conflictos de tierras y recursos naturales*”, Land and Conflict, p.24-35. *Disponibe en: http://www.un.org/es/land-natural-resources-conflict/pdfs/GN_Land%20and%20Conflict.pdf*

²³⁴ Rodríguez Mackay Miguel Angel, *El principio de solución Pacífica de controversias como norma de ius cogens del derecho internacional y los medios de resolución de controversias Internacionales*, Facultad de drecho y Ciencia Politca de la Universidad Tecnologica de Peru.2014. publicado por la Organización de Estados Americanos.p.23.

Disponibe en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Miguel_Angel_Rodriguez_Mackay.pdf

²³⁵ López Martínez Mario, “*Metodos y Praxis de la no violencia*”, Beatriz Molina Rueda y Muñoz Muñoz Francisco (Coord) *Manual de Paz y Conflictos*, Universidad de Granada, 2004.España p. 334. *Disponibe en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=6645>*.

En este contexto, vemos que un ejemplo de esta problemática en la pelea por los recursos naturales es el problema de la tasa sobre la venta de sal en la india que Gandhi lidero argumentando que afectaba a los más pobres, así que se realizó una gran marcha en respuesta a la ley británica, derivada de esto, el pueblo se levantó de manera pacífica.

Por su parte Henry Thoreau con visión sobre desobediencia civil que lo pone en práctica cuando se opuso a pagar un impuesto que el gobierno destinaba a financiar una guerra entre México y Texas, el gobierno no debe tener más poder que el de sus ciudadanos estén dispuestos a concederle, aduciendo entre otras cosas que: *“la paz y la seguridad del mundo no están en las intenciones, sino en el corazón de los hombres, en el alma de los hombres. Toda su vida testimonia un hecho obvio continuamente ignorado por los hombres: que para sustentar la vida necesitamos primero el menos que el más, que para proteger la vida necesitamos coraje e integridad, no armas ni coaliciones”*²³⁶

Por tanto, como mecanismo, para la consolidación de la paz, se requieren estrategias, que promuevan una cultura de responsabilidad, inclusividad, capacidad de comunicación efectiva.

La construcción de la paz emerge en un contexto socio cultural, psicológico y espiritual de un determinado país o región y que se desenvuelve por un imaginario sentido de separación respecto de los intereses de los demás.

Dalai Lama visualiza en el camino a la paz,

La conciencia que todos nuestros actos tienen una dimensión universal y al negar esto, ignoramos interdependiente de la misma realidad, pues todos estamos en completa interdependencia, por tanto, el mundo moderno es tal que los intereses de una comunidad en particular ya no pueden tenerse por algo reducido a los confines de sus propias fronteras.²³⁷

²³⁶ Thoreau Henry David, *Desobediencia civil. Traducción Adolfo Rivero, Editorial Alvaro Lobo, Medellin Colombia Edición 2008 version original 1980.pag.29.*

²³⁷ Dalai Lama, *El arte de vivir en el nuevo milenio*, Traducción Martinez Lague Miguel, Editorial Grijalbo Mondadori, 2012, p. 56.

Para lograr, esto se requiere de procesos internacionales de solución pacífica de controversias más democráticos, al respecto, Johan Galtung apunta:

Que la democracia es vista como una manera de hacer la paz sostenible, busca la negación de la violencia mediante la transformación del conflicto mediante diversas disciplinas científicas, para alcanzar este objetivo este no se da en forma automática mediante la comprensión de los derechos humanos, ya que la paz, significa el despliegue de la vida.²³⁸

De lo anterior, nos conduce a reflexionar que la solución pacífica de las controversias debe encontrar con fin y principio la reciprocidad, aceptación, tolerancia, valores compartidos, construcción y reconstrucción de identidades en un constante cambio y de armonía con el conflicto mediante prácticas universales.

Es por ello que, en la negociación de los recursos naturales, se debe considerar y cuantificar no solamente la parte económica, sino los posibles daños que conlleva construcción de civilización de vida sostenida.

En la Carta de la Tierra²³⁹, asumida por la UNESCO se define como la plenitud ocasionada de una relación correcta consigo mismo, con otras personas, con otras culturas, con otras vidas con la tierra y con la totalidad de la que formamos parte. Los enfrentamientos por recursos naturales son de distintos tipos por ejemplo aun cuando el agua no es comerciable, el comercio puede tener efectos indirectos en el suministro del agua, que es la guerra del oro azul. Así pues, debemos considerar que la batalla en los recursos naturales está en obtener el suministro de energía y agua.

²³⁸ Galtung Johan, Dietrich Fisher, *Pioneer of Piece Research*; Noruega, Editorial Springer Volumen 5, 2013. Traducción Propia, pag.14

²³⁹Carta de la Tierra, instrumento de soft law que contiene declaración de principios, derechos humanos y valores éticos respecto del cuidado de la naturaleza, mediante resolución de UNESCO en 2003, Referencia 32C/17, "reconocer la Carta de la Tierra como un importante marco ético para el desarrollo sostenible", afirma la intención de los estados miembros de "utilizar la Carta de la Tierra como un instrumento educativo principios de la carta de la tierra, respeto y cuidado de la comunidad y de la vida, integridad ecológica, justicia social y económica, democracia, no violencia y paz. Este documento empezó a iniciativa de la ONU y se dio a conocer el 29 de junio en el Palacio de la Paz en la Haya, Holanda. Disponible en :<http://cartadelatierra.org/descubra/que-es-la-carta-de-la-tierra/>

Otro ejemplo es África, Angola, Sierra Leona y república del Congo, donde existe comercio ilícito de diamantes y que a su vez financian otro tipo de problemas sociales como guerrillas, en estos países se promueve la corrupción y debilidad del Estado para favorecer la parte negativa del conflicto, pobreza y el comercio ilícito, lo cual es posible debido a la falta de reglas claras en la comercialización y protección de los recursos naturales. Hay dos tipos de conflictos por extracción de recursos y residuos, los conflictos van más allá de la escasez de los recursos.

La geopolítica desempeña un papel crucial en el desarrollo de conflictos ambientales, y los que se pueden vislumbrar se avecinan son los relacionados por los recursos energéticos entre potencias económicas como estados unidos y china, así México representa un gran abastecedor para estados unidos y esto derivado de la regionalización del planeta producido por la globalización. Estados Unidos, China y Rusia pelean por los recursos energéticos, sin embargo, esta última, no lo busca para satisfacer necesidades nacionales, sino para asegurar y expandir su mercado y transporte del mismo.

Hay que recordar que los principales problemas sobre recursos naturales a nivel mundial, son los minerales e hidrocarburos, Isabel Feichtner sostiene que:

La distribución de conflictos sobre los recursos naturales en el derecho internacional, esta favorecida por el orden económico internacional, a través de sus órganos políticos de las instituciones internacionales dentro de sus procedimientos e instituciones legales, [...] junto con el derecho internacional juegan un rol crucial, en la promoción de la explotación de los recursos naturales y protección de la inversión extranjera directa y del comercio²⁴⁰

²⁴⁰ Feichtner Isabel, *International Investment Law and distribution Conflicts over Natural Resources*, Frankfurt, Editorial Edward Elgar Universitat Frankfurt Arbeitspapier, 2014,p.14.

2-Sistema Legal ICSID como método de solución de controversias ambientales de inversión.

2.1. Sistema judicial institucional- internacional de protección internacional al ambiente y al de la protección de inversión: promoviendo garantía de derechos.

Las normas provocan que los seres humanos tengan cierta tendencia a actuar en determinada manera, y esta puede estar condicionada por acuerdos comerciales o disposiciones legales que los constriñen a actuar bajo un determinado marco de referencia, es decir, no solo el comportamiento de consumo del hombre impacta en el cambio climático, sino también la eficacia de la regulación ambiental pues ante su desuso puede provocar una atrofia o antropofagia legal. ¿Ya que las normas dan la pauta de lo que debe o no de hacerse en una sociedad civilizada, por tanto, el impacto de las medidas económicas en las normas como puede medirse?

No solo por la cantidad de ingresos que se obtienen por la celebración de un determinado tratado comercial, sino también en la nueva era debe medirse por niveles cuantitativos de bienestar y su contribución a la humanidad que proyecten una sustentabilidad en el orden planetario.

En mérito de lo anterior, resulta de trascendencia analizar mediante derecho comparado este sistema del ICSID, en torno a la forma en que ha resultado recepcionado por la comunidad internacional en los distintos países, como resultado de la sustentabilidad de sus procedimientos legales.

En este sentido, es de advertirse que este sistema ha resultado incongruente con la sustentabilidad y desarrollo de los países anfitriones sobre todo de aquellos denominados e vías de desarrollo e incluso se ha declarado cierto repudio en cuanto a la Convención por los privilegios que obtienen los extranjeros, países como Ecuador, Bolivia y Venezuela incluso en términos del artículo 54 en relación con el 62 de la Convención de Viena²⁴¹ han expresado tácitamente la retirada de la convención o la terminación de tratados.

²⁴¹ E.Trackman, Leon y Musayelyan, David, *The repudiation of investor –state, Arbitration and subsequent Treaty Practice, the resurgence of qualified investors-State Arbitration*. ICSID Review, Vol. 31 N.1, 2016 pp194-228.

Otros países, aunque no han manifestado su retirada han estado rechazando la convención y creando nuevas condiciones en sus tratados internacionales, cerrando más la libertad discrecional de los inversionistas en lo referente a lo que se conoce con el término de inversión.

En esta tesitura, encontramos muchos estados han declarado la negativa en el actual enfoque de los tratados a proporcionar cobertura o protección al inversionista al amparo de sistema arbitraje inversor-estado del ICSID e incluso se ha discutido sobre la eliminación de este sistema de arbitraje, por tanto, en los nuevos modelos de tratado han excluido determinados sectores económicos.

Bolivia, se distingue por ser el primer país que se retiró de la Convención y Cuba, Ecuador, Nicaragua y Venezuela están en ese procedimiento el cual no es tan sencillo, pues aun cuando se retiren tiene ciertas condiciones que hacen que sea complicado salirse de este sistema.

Al respecto Federico Lavopa revela:

Que los TIBS son un “sistema inmune” en base a las cláusulas de renovación tacita, de la Nación más favorecida y la cláusula de ultractividad o supervivencia de los TIBS a 10 años después de la retirada, ejemplifica mediante el caso de Argentina, mostrando como ha impactado su presupuesto público.²⁴²

En Colombia, por su parte, para la admisión de los inversionistas extranjeros este se otorga dentro de la esfera nacional, tiene una plataforma tecnológica donde permite procesar y admitir cualquier tipo de inversión. Sin embargo, para su análisis tiene un Consejo Nacional De Política Económica y social y los conflictos de minería son resueltos por la corte Constitucional Colombiana y ha concluido varios tratados de inversión con diferentes países particularmente, con Estados Unidos y la Unión Europea, están siendo negociados

²⁴² Lavopa Federico, “*Problemas y desafíos de denunciar o renegociar Tratados Bilaterales de Inversion*”, *Curso UNCTAD*, Diciembre de 2012, p.5. *Disponibe en:* <https://docplayer.es/57871265-Problemas-y-desafios-de-denunciar-o-renegociar-tratados-bilaterales-de-inversion.html>

para incluir otro mecanismo pacífico de solución de diferencias en lugar de ICSID o UNCITRAL.

El nuevo modelo de tratado con enfoque de empresa, define instrumentos de cobertura de empresas incorporadas con el Estado Anfitrión, por ejemplo: Sudáfrica, recientemente en su legislación de inversión define que la inversión a ser protegida como base empresarial, no cubre inversión de portafolio de corto plazo. Por su parte, la definición del nuevo modelo de tratado, excluye los portafolios de inversión, del capítulo de inversión y no permite al inversor tener un significativo grado de influencia en la gestión de la compañía.

En el caso del TB Argentina –USA el artículo XIV contiene la siguiente:

“1. El presente Tratado permanecerá en vigor por un periodo de diez años y continuará en vigor a menos que sea dado por terminado de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo.

2. Cada Parte podrá denunciar el presente tratado al concluir el periodo inicial de 10 años o en cualquier momento posterior, por medio de notificación por escrito a la otra parte con un año de antelación.

3. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas con anterioridad a la fecha de terminación del presente tratado las disposiciones de todos los demás artículos del tratado continuaran en vigor durante un periodo adicional de 10 años después de la fecha de terminación”²⁴³

Desde otra perspectiva, se evidencia también que mediante el sistema ICSID y su relación con el tratado internacional se obligan los Estados a adoptar sus leyes internas, domésticas y administrativas en función de pretensiones de los

²⁴³ TB Argentina –USA sancionado en 26 de Agosto de 1992. Sistema de Información sobre Comercio Exterior, Organización de Estados Americanos *Disponibe en: http://www.sice.oas.org/ctyindex/ARG/ARGBITs_s.asp*

inversionistas extranjeros, los cuales legitiman y obtienen una equiparación para ser tratados con el mismo rango y jerarquía que los Estados;

Lo anterior, sin considerar que la naturaleza de la creación de Estado obedece a un valor universal de mantener el Estado de bienestar; es decir la finalidad del Estado tiene una cualidad pública, para equilibrar las fuerzas económicas y con ello proporcionar un estado de modo de bienestar a sus ciudadanos que lo ejercen de manera transversal.

A diferencia de un inversionista, que aun y cuando con su inversión podría crear fuente de trabajo hasta la fecha, mucho se ha debatido a nivel internacional sobre la evaluación de la eficiencia de la inversión en el Estado anfitrión y en el test Salini, ya citado antes que proporciona un estándar para medir la contribución o el grado de desarrollo a el país anfitrión, por ello este protocolo adicional a la Convención es para balancear el interés público medioambientales sobre el interés privado, teniendo en cuenta ciertas defensas adicionales, y reconfiguración de sistemas del derecho de arbitraje de inversión mercantil ambiental, considerando el estado de necesidad o fuerza mayor

De igual modo, debe decirse que derivado de los Tratados Internacionales y de la Convención del ICSID, los inversores extranjeros siguen gozando de más derechos que los inversores nacionales en el país anfitrión, ya que no hay equivalencia o reciprocidad en primer lugar, para los inversionistas nacionales de ocurrir ante el ICSID y demandarle expropiación en términos del derecho internacional que es diferente a los términos empleados en el lenguaje doméstico, además de que contiene protecciones adicionales como cobertura en caso de riesgo político, y en segundo término, este sistema, no permite un procedimiento específico para recusarle a el inversionista dicha calidad,

Es decir; no hay mecanismo legal no solamente en el sistema ICSID, sino que tampoco lo hay en el sistema de cortes de derecho internacional, por el cual un Estado este facultado a llevar a juicio a inversores por incumplimiento de sus obligaciones internacionales respecto al cuidado y protección del medio ambiente

o reiteradas malas prácticas que causan daño además en otros valores como la vida además del medio ambiente.

Lo descrito, implica que el único medio que el Estado tiene para increpar a un inversionista extranjero desde su localidad con el objetivo de tratar de disminuir o evitar la conducta de daño a la salud contra la población o el medio ambiente, es que el Estado imponga impuestos ambientales, sin embargo, esto resultara ineficaz, ya que a nivel internacional no existe un debido proceso que garantice el derecho a ejercitar esta acción, sin que entrañe una expropiación de la inversión como se ha evidenciado en algunos casos del ICSID, por tanto no hay una figura o Sistema legal simétrico y autónomo de inversión ambiental a nivel internacional.

Esto, nos lleva a analizar a las Cortes internacionales y proyectar la contradicción de los procedimientos del Sistema de Justicia, en cuanto al fin común de proteger el medio ambiente, ya que mediante procesos judiciales internacionales se subsidia actos de inversión que impulsan los efectos adversos del cambio climático, consecuentemente, salta la pregunta, como integrar las normas ambientales en una coordinada y equilibrada manera global, para hacerlas efectivos todos los Instrumentos legales internacionales y que realmente tengan el verdadero carácter de Hard Law,

En virtud, de que aun y cuando son creadas con este diseño, en la realidad, debido a la supremacía económica y al ser en la realidad, inaplicable la norma por su ineficiencia o falta de coercibilidad, entonces estamos en una autarquía de la regulación ambiental, que se regula mediante la desregulación, al igual que la norma mercantil internacional, pero en sentido inverso y con efectos devastadores para la sobrevivencia humana.

La propuesta es pasar del desorden al orden, desde una perspectiva de Sistema jurídico integrador, pues con tantos tratados y convenciones internacionales del medio ambiente, en realidad no tiene garantizado el derecho del derecho, solo se produce el desgaste de la norma y la entropía del Sistema, pues este proceso de ausencia de coercibilidad de la ley ambiental por encima de

la mercantil, afecta el mercado “de regulación” y “producción” de la norma internacional y doméstica entre sistemas.

Al respecto Mascareño apunta:

“que es importante, no se obligue a la unidad de decisiones, pero si a la unidad de la función y generación de instituciones en homogeneidad”²⁴⁴

En mérito de lo expuesto, hacemos un breve escrutinio de las diferencias existentes que parten de deficiencias o lagunas jurídicas internacionales que hasta ahorita no han sido colmadas por una convención o protocolo de inversión mercantil –ambiental.

En el caso de disputas en procedimientos ambientales internacionales, la Corte Internacional de Justicia, presenta la laguna jurídica, de que una entidad no gubernamental carece de legitimación para arremeter denuncia contra un inversionista o empresa multinacional por daños al medio ambiente, o afectación a sus comunidades, costumbres y valores esenciales espirituales relacionados con la naturaleza y que están sustentados en documentos de soft law como la carta de la tierra o incluso sustentados esos derechos en el protocolo del Acuerdo de Paris, aquí es donde vemos que la globalización del derecho tiene ciertos defectos dentro de su proceso, en la dimensión horizontal o vertical relacionado a la producción jurídica de la norma dentro de la universalización del derecho.

Siguiendo, el orden de ideas, analizamos también que en el supuesto que una Organización no gubernamental decida ocurrir a la justicia internacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, argumentando daños a medio ambiente o derechos fundamentales a la salud, se encuentra en desventaja judicial internacional frente al inversionista.

Lo anterior, en virtud del recurso de exhaustividad, el cual es requerido para acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos, pues en contraste, este procedimiento previo, no es requerido en el caso de que un inversionista

²⁴⁴ Mascareño, Aldo, *regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial*, Universidad Alberto Hurtado, Revista de Política Criminal, N.4.2007 A3, pp.1-39.

decida acudir ante una instancia internacional para reclamar, por ejemplo: la imposición de impuestos por cuestiones ambientales o cual coloca en un estado diferenciado de desigualdad de derechos e inequidad en el acceso a justicia.

En otras palabras, hay una diferencia de trato en el agotamiento de recursos internos en el procedimiento de protección de derecho humanos ambientales y mercantiles, no obstante, que el áreas del derecho ambiental debería revestir más importancia, pues es parte del patrimonio y legado de la humanidad intergeneracional el cuidado de la naturaleza, de ahí proviene mi propuesta filosófica para coordinar y equilibrar los sistemas de acceso a justicia internacional e integrarlos también acorde al fin de la humanidad que es garantizar la vida en el planeta en el protocolo complementario ambiental del ICSID.

Por otro lado, cuando no hay un organismo evaluador de los tratados internacionales que sancione o equilibre las desigualdades que se pactan y se vislumbran reflejadas en tratados asimétricos entre países subdesarrollados, si bien es cierto, hay un mecanismo ante la corte internacional de justicia para denunciar conflicto entre tratados o lagunas, estas hacen referencia o estudio de cuestiones meramente dentro de la técnica jurídica y no a el escrutinio de un proceso evaluador económico de las desigualdades que se transfieren a la regla de derecho establecida en el tratado internacional.

En consecuencia, los países en desventaja económica se ven forzados a adoptar la supremacía y hegemonía de reglas asimétricas en sus legislaciones domésticas, que no hacen sino más que perpetuar las desigualdades económicas, ambientales o sociales existentes derivada de condiciones desiguales de impartición y acceso a justicia internacional.

Una muestra de evidencia de como los tratados coaccionan a los estados para adoptar determinadas medidas en sus legislaciones acordes al tratado internacional o Tratados de Inversión son tres sistemas que ha definido la doctrina y que vale analizar:

Acorde a Amrei Muller, las formas en que los estados adaptan sus legislaciones son:

“LEGISLATIVE AD HOC INCORPORATION. es cuando las reglas se convierten solamente aplicables dentro del sistema legal del Estado después de haber pasado la legislación específica por el parlamento.

STATUTORI AD HOC INCORPORATION. cuando es adoptada por el parlamento un acta que traslada varias provisiones del tratado dentro de su legislación nacional de forma detallada.

AUTOMATIC AD HOC INCORPORATION. Es la incorporación del tratado completo a través de una pieza corta en la legislación, las cortes y los Estados deben inferir como las provisiones de tratado son aplicadas e interpretadas dentro de derecho doméstico.”²⁴⁵

Cabe precisar que acorde a la opinión del jurista Amreim, el mecanismo por el cual las cortes internacionales pueden considerar la aplicación del derecho doméstico en algunos casos como mecanismo subsidiario de la determinación de las reglas de derecho internacional, tiene su pórtico n el artículo 38 (1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Por ello, es necesario adecuar la norma nacional de forma más abierta compatible con este sistema de controversias en el orden internacional, como una forma de limitar el poder económico por encima de los derechos fundamentales intergeneracionales relativos al medio ambiente, persiguiendo un nuevo equilibrio de poder con estos órganos internacionales dese la localidad, que es donde se pueden contrarrestar los efectos adverso que trae la corriente liberalista impulsada por el proceso de la globalización, trayendo en el caudal del sistema del ICSID que un país vea dirigida o re direccionada su política pública, por una resolución de un árbitro internacional, que aunque no tiene el carácter de autoridad judicial, al ser reconocida ese ,modo de amigable composición o conciliación, las partes se sujetan al sistema del ICSDI, originando de esta forma que el sistema nacional del

²⁴⁵ Muller Amrei, “Relationship between national and International Law.” *Public International Law*, Noruega, University of Oslo, 14 October 2013, pp.11-28. *Disponibe en:* http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5540/h13/undervisningsmateriale/nat-int-law_14oct2013.pdf Traducción propia.

estado anfitrión se vuelva inoperante frente a este mecanismo de solución de controversias.

Para examinar la forma en que se ha manejado la inversión extranjera directa en materia ambiental haremos un estudio comparativo de procesos legales, destacando el caso de Australia, Sudáfrica y Colombia para observar cómo es su régimen regulatorio para balancear el sistema del ICSID.

Australia, revisa la propuesta de inversión caso por caso, para asegurar que el interés de la propia Nación sea protegida, la inversión extranjera es regulada por una acta de regulación o adquisición extranjera, también como una política de inversión extranjera y adicionalmente el tesorero Australiano tiene una amplia discreción para permitir varios tipos de inversión extranjera, por tanto también el tesorero puede restringir o prohibir cierto tipo de transacciones conforme a la disposición 18 (2) y 21 A del FATA (Foreign Acquisition and Takeovers Act 1975), este tesorero a su vez es asesorado por tres miembros especialistas ejecutivos de tiempo completo en inversión extranjera.

Al respecto, debe decirse que la política de inversión de este país fue adaptada para cubrir todo tipo de inversionistas gubernamentales, los inversionistas son requeridos por el comité de ejecutivos expertos (FIRB, Foreign Investment Review Board) independientemente del valor de la inversión y este comité estudia cuestiones relacionadas incluyendo la cuestión política del país país extranjero, sus agencias o entidades relacionadas que son controladas por gobiernos extranjeros y que tengan más del 15% de interés o agencias que tengan relacionadas por otros medios.²⁴⁶

Para empresas privadas se requiere cierto umbral de inversión y son requeridos los inversionistas para notificarle al FIRB cuando adquieran un interés esencial con algún negocio australiano con valor de más de 248 millones de dólares. Además, aquellos sectores como telecomunicaciones, transporte o

²⁴⁶ Gobierno de Australia, "Foreign Investment Review Board", *Australia's Investment Policy 2018*. Disponible en: <https://cdn.tspace.gov.au/uploads/sites/79/2017/04/1516-FIRB-Annual-Report.pdf>

manufactura de defensa militar, debe tener reglas encriptadas de seguridad y comunicación.

De igual modo, los inversionistas tienen que ser aprobados mediante “*un test de interés nacional*”, donde evalúan el impacto de la inversión extranjera en competencia saludable en Australia y en escala global con el objetivo de controlar los precios del mercado, la producción de bienes y servicios, se evalúa si es únicamente un propósito comercial o hay objetivos políticos.

De igual modo y no obstante que Australia se encuentra vinculado también a la Convención del ICSID en Abril del 2011, anuncio que ya no incluiría en los tratados de inversión cláusulas que se refirieran a disputas entre inversionistas extranjeros y el gobierno de Australia y sosteniendo que los conflictos que emerjan serán ventilados en tribunales domésticos.²⁴⁷

2.2. Análisis de algunos Instrumentos Internacionales de protección al medioambiente e inversión.

2.2.1. Instrumentos internacionales vinculantes en materia ambiental- inversión.

Estos proporcionan certeza de legalidad y confiabilidad, deben desarrollarse mediante tratado o convenciones dentro de los procedimientos de derecho internacional para tal efecto y procurar evitar la creación de lagunas o antinomias legales, prescribe reglas detalladas, así como posibilidades de inspección,

Una diferencia es que en los instrumentos vinculantes las diferencias son resueltas entre los estados contratantes y a diferencia de los otros no vinculantes, ya que en estos últimos pueden tener participación expertos neutrales en el tema que dan orientación sobre un punto particular en específico.

Por tanto, el derecho de los tratados y convenciones de inversión internacional vinculados al arbitraje, ha resultado bastante discutido a nivel global, hay que recordar que el arbitraje de inversión es una figura legal que se invoca su utilidad mediante tratado.

²⁴⁷ Gobierno de Australia, “Facts and figures”, *Government of Australia National Policies*, 2011, p.4. Disponible en: <https://www.australia.gov.au/about-australia/facts-and-figures/statistics>.

Consecuentemente, el desarrollo de los tratados, deja al arbitrio de las fuerzas económicas o de supremacía legal el ejercicio de ciertos derechos humanos medioambientales que contribuyen a la dignidad del individuo con la naturaleza, ya que solamente se ven estipulados en instrumentos no vinculantes y con ciertas restricciones simplemente en la garantía de acceso a justicia medioambiental de inversión para minorías o indígenas.

De igual modo, cabe destacar que el artículo 8 de la Declaración Universal de los derechos humanos obliga como parte de un derecho humano contar con una protección legal con derechos y remedios efectivos para el caso de violación de sus derechos básicos y esto constituye obligaciones directas para los Estados partes.

De lo anterior, se colige que bajo el sistema ICSID, se le reconocen derechos autónomos a el inversionista, el inversionista es conferido con el derecho de incoar demanda por su propio derecho, y en contraste la comunidad o individuos afectados por inversionistas a nivel internacional, carecen de esta garantía a nivel internacional para ser oídos o vencido por cuestiones relacionadas con la inversión o presunta expropiación o trato inequitativo que se duele el inversionista ante instancias internacionales.

Al respeto, algunos autores como Petters Anne apuntan que el poder de los inversores para archivar demandas de arbitraje sirve para hacer cumplir el arbitraje de inversión de manera privada, de igual modo, el poder para instituir procedimientos de arbitraje constituye una clase de garantía de acceso al arbitraje, lo cual les configura un status de derechos sustantivos.²⁴⁸

En contraste, con los derechos humanos medioambientales de la naturaleza y del hombre, debe decirse que los modernos Tratados internacionales deben contener cláusulas de derechos humanos autónomos, como las que gozan los inversionistas.

²⁴⁸ Petters, Anne, *Beyond Human Rights*, "The legal Status of Individual in International Law: Right and Duties" en *Investment Protection Law*, Reino Unido, Traducido al inglés por Jonathan Huston, Cambridge University Press, 2016, Traducción propia español.p.292.

Los derechos humanos son un valor inherente a los individuos, y estos derechos sustanciales son inherentes a su personalidad, según este erudito del derecho dice que las corporaciones no tienen derechos humanos, ya que ellos no tienen integridad moral, autonomía o individualidad, ya que los seres humanos son medios y fines, en virtud de ello merecen protección²⁴⁹

Por otro lado, se observa como desventaja de los instrumentos vinculantes el hecho de la politización de la aportación de la ciencia que se da en dentro de la integración de las Convenciones, ya que puede ser visto como el precio que hay que pagar para que sean coercitivas, así lo sostiene Friedeich.²⁵⁰

Partiendo de un estudio de lo anterior, encontramos que las principales Convenciones en materia ambiental están: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático²⁵¹, el cual proviene del protocolo de Kioto y tiene por objeto reducir los gases de efecto invernadero; de igual modo, la Convención de Viena para la protección de la capa de Ozono; Convenio de Biodiversidad Biológica, Convención de Basilea sobre movimientos de desechos peligrosos, el Protocolo de Cartagena sobre la seguridad de la Biotecnología y la diversidad Biológica, Convenio de CITES, sobre el comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres.

Hasta ahora una de las más importantes instrumentos Internacionales, ha sido la *Convención Marco sobre el Cambio Climático*, sobre la cual sirve de

²⁴⁹ Scolnicov, Anat y Kahana, Tsvi, *Boundaries of State, Boundaries of Rights, Human Rights and Derivate Rights*, Reino Unido, Cambridge University Press. 2016. p.195. Traducción Propia.

²⁵⁰ Jurgen, Friedich, *International Environmental Soft Law: The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law*, Alemania, Editorial. Max Plank-Springer, 2013.p.170.

²⁵¹ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático suscrita el 9 de Mayo de 1992 y entro en vigor el 21 de marzo de 1994.

sustento para la creación del protocolo denominado “*El Acuerdo de París derivado del Proyecto CP2*”²⁵² (acordado con fuerza legal dentro de la *Convención Marco*).

“Mediante este protocolo se hace una evolución jurídica y se actualiza la *Convención Marco*, dando medidas específicas para considerar su cumplimiento de objetivos y mecanismos de supervisión concediendo plazos... estos es que en el 2030 se debe dar a conocer la contribución de cada país signatario y esta se evaluara cada 5 años; se propone la creación de un registro público provisional para la inscripción de las contribuciones a nivel nacional, modalidades y procedimientos, analizando su contribución en la elaboración de instrumentos jurídicos conexos para alcanzar tales objetivos.

De igual modo, también hacen referencia a mantener el *Mecanismo Internacional de Varsovia*²⁵³, estableciéndose un centro de coordinación de transferencia del riesgo que de información sobre los seguros y el riesgo para facilitar la gestión del riesgo.”

Se propone otorgamiento de recursos financieros con pagos basados en resultados, se propone un fondo verde para el clima y para el medio ambiente mundial, al igual que fuentes alternativas tanto bilaterales como multilaterales.”

Por su parte, México ha suscrito 31 Instrumentos vinculantes Internacionales las más destacadas, en conexión con derechos humanos son:

- Convención de Viena para la protección de la capa de ozono,
- Protocolo de Montreal, la Convención sobre biodiversidad biológica,

²⁵² Acuerdo de París, promovida por la Organización de las Naciones Unidas, celebrado del 30 de Noviembre al 11 de Diciembre de 2015 y se signa el mismo el mismo el 22 de abril de 2016, mediante resolución A/RES/70/1 Titulada: Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”

²⁵³ Mecanismo Internacional de Varsovia para las pérdidas y daños relacionados con las repercusiones del cambio climático, fue establecido por la COP 19 el 13 de Diciembre de 2013. En Polonia por la Organización de las naciones unidas.

- Convención para la protección de la flora, fauna y bellezas escénicas naturales de los países de América;
- Convención sobre el Comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre;
- Convención de las Naciones Unidas contra la desertificación de los países afectados por sequía,
- Convención Interamericana para la conservación y protección de Tortugas Marinas;
- Convención para la reglamentación de la caza de la Ballena,
- Convención Marco, Convención para la flora y la Fauna,
- Convención de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes,
- Convenio de Rotterdam para la aplicación de procedimiento de productos químicos peligrosos objeto de Comercio Internacional,
- Convenio Interamericano de lucha contra la Langosta,
- Protocolo sobre caso casos de accidentes por Hidrocarburos,
- Convenio de cooperación por contaminación de Hidrocarburos,
- Convenio sobre la Prevención de la contaminación del mar,
- Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología de la Diversidad Biológica

2.2.2. Instrumentos Internacionales no vinculantes en materia mercantil-ambiental: características, límites y evolución de los mismos

Los instrumentos no vinculantes tanto en materia mercantil como medioambiental, los encontramos como resoluciones, líneas de acción, directrices, o códigos de Conducta. dentro de los principales instrumentos no vinculantes sobre medioambiente, encontramos plan de acción medioambiental, junto con la Conferencia de Estocolmo adoptada en 1972 el cual no solamente establece recomendaciones para acciones concretas, sino también destaca un programa de medidas internacionales para la implementación de los principios de la declaración de Estocolmo y el plan de acción incluye medidas de evaluación medioambiental, los Programas internacionales, son llamados planes de acción, otro ejemplo es el plan de acción de Bali, adoptada en el 2013 por COP13, las recomendaciones de la OECD cuenta con una guía para empresas multinacionales, al igual que los Códigos de Conducta de la FAO.

Las declaraciones de las naciones unidas son declaraciones de principios que constituyen valores fundamentales y principios de gran importancia para los Estados. El derecho internacional consuetudinario está en la declaración de rio y responsabilidad de los estados basada en la carta delas naciones.

Otra de las declaraciones esta la Declaración de Rio de 1972²⁵⁴ es una de las principales propuesta de balance para desarrollo de los Estados y cuidado del medio ambiente, es uno de los principales documentos a nivel internacional, algunos documentos e algunos casos influyen en las decisiones de las Cortes como el caso de Gabcikovo Nagymaros Project, donde la Corte internacional de Justicia sostuvo la necesidad de reconciliar desarrollo económico y protección medioambiental como prescripción del concepto de desarrollo sostenible. Al respecto de la declaración de Rio²⁵⁵ es preciso profundizar en sus 27 principios se

²⁵⁴ Declaración del Conferencia de las Naciones Unidas en medio ambiente y desarrollo 16 de Junio de 1972. Doc A/ CONF/4814- Rev. 1. 1973.

²⁵⁵ Harold, Samuel, *The Rio Declaration on Environment*, editado por Jorge E.Viñuales, Cambridge University Press 2015.pp.45-65.

han convertido en ejes de los tratados de derecho internacional y de legislación doméstica,

La Declaración de Dubai, sobre gestión de químicos; otra de las más influyentes es la declaración de Johannesburgo, aquí se implementa el concepto de desarrollo sostenible en el nivel doméstico y el progreso de esta declaración es examinada por la ONU a través de la Comisión de Desarrollo Sostenible²⁵⁶ esta comisión monitorea el cumplimiento de los compromisos derivados de las declaraciones hechas en las Conferencias, esta comisión reviso el proceso de implementación de la agenda 21²⁵⁷ y la declaración de Rio. Así como también encontramos “la guía de principios en derechos humanos y negocios”²⁵⁸ o bien el *stakeholder Engagement Due Diligence in Extractive Industries*, emitida por OECD²⁵⁹ que contiene una guía elaborada de principios que originan determinadas prácticas para ser evaluadas.

No obstante lo anterior, que en el caso de estos instrumentos no vinculantes emitidos por la ONU, son supervisados en su cumplimiento por una comisión ya citada, aunque cabe decir, que no tiene coercibilidad en juicios internacionales, esto queda en una cuestión discrecional para estados como para operadores del derecho a nivel internacional y en un sistema abierto derecho como el Common law, general margen para evasión de responsabilidad si no hay una buena estructura institucional que genere pesos y contrapesos.

²⁵⁶ Sustainable development Commission creada en Diciembre de 1992. Mediante Resolución A/RES/47/191

²⁵⁷ Sustainable development Commission. A/RES/47/191 Agenda 21 “ es un plan integral de acción que llevado a acabo a nivel global, nacional y local por organizaciones del sistema de las naciones Unidad, Gobiernos y grupos relacionados con áreas en los cuales se da el impacto del hombre en el medio ambiente. Agenda 21, La declaración de Rio, y la declaración de principio de gestión sostenible fue adoptada por 178 gobiernos en la Conferencia de las Naciones Unidas que se sostuvo en Rio de Janeiro en Brazil del 3 al 14 de Junio de 1992. Traducción propia.

²⁵⁸ Organización de las Naciones Unidas ONU, *Human Rights Commission*, “Guiding Principles on Business and Human Rights and transnational corporations and other business enterprises”, A/HRC/17/31 (“Guiding Principles”)pp.3-28. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

²⁵⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development OECD, *Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the extractive sector*, Paris Francia. 2017 Disponible en: <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000285228.pdf>

Carta Mundial para la Naturaleza.²⁶⁰ Incorpora la necesidad de protección medio ambiental como parte esencial de procedimientos sustantivos que para evitar impactos perversos en el desarrollo social o económico, en esta se puntualiza que la conservación de la naturaleza y sus recursos naturales contribuyen al mantenimiento de la paz, esta propuesta fue apoyada mediante el informe de la comisión Brundtland de 1987 (Comisión Mundial de medio ambiente y desarrollo de las Naciones Unidas) y más tarde en el año 2000 se consolidaría en la adopción de la Carta de la Tierra.²⁶¹

La Carta de la tierra, en mi opinión es uno de las declaraciones Internacionales que son precedentes de la nueva resoluciones de la ONU(tomada el 10 de Mayo de 2018²⁶²), que reviste gran trascendencia, además de dar parámetros de concientización mundial, sobre la relación del hombre con su naturaleza, tiene gran relevancia entre otras cosas, por los puntos invaluable de naturaleza espiritual que se incluyen en el preámbulo como sigue para una sociedad global justa:

[...]Nuestros retos ambientales, económicos, políticos, sociales y espirituales están interrelacionados.

Afirmar la fe en la dignidad inherente a todos los seres humanos y en el potencial intelectual, artístico de la humanidad (principio 1) [...]

Reconocer y preservar la sabiduría espiritual en todas las culturas que contribuyen a la protección medioambiental y al desarrollo humano 8b [...]

²⁶⁰ The World Chapter for Nature esta fue un propuesta de países subdesarrollados como Bennis,Burundi, Cape Verde, the Central African Republic, Chad, Comoros, Costa Rica, Djibouti, Egypt, Equatorial,Guinea, Gabon,Gambi, Ginea Bissau, Haiti, the Ivory Coast, Kenya,Mali,Malta, Mauritania, Morocco, Mozambique,Niguer,Pakistan,Rwanda,Senegal, Singapore, Somalia, Swaziland, Thailand, Togo, The United Republic of Cameron,Upper Voltaa and Zaire. UN/Doc A/P. V 48.

²⁶¹ Carta de la Tierra, ,son unas declaración de interdependencia y responsabilidad universal elaborada mediante consultas mundiales que duro aproximadamente 6 años,

²⁶² Asamblea General de las Naciones Unidas,ONU, adoptó la resolución “Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente” (documento A / 72 / L.51, fecha 10 de mayo de 2018, Esta resolución es a propuesta de Francia, cuya intención pretende ser un instrumento vinculante sobre principios de derecho ambiental internacional, identificando su vacios y desafíos,algunos de sus antecedentes son Carta de la Tierra

Defender el derecho de todos, sin discriminación a un entorno natural y social que apoye la dignidad humana, la salud física y el bienestar espiritual 12[...]

Afirmar el derecho de los pueblos indígenas a su espiritualidad, conocimiento, tierra y recursos para su subsistencia sostenible. 12 b [...]

La vida y el bienestar de la humanidad depende de preservar el bienestar de la biosfera con todo su sistema ecológico...para realizar estas aspiraciones, nosotros decidimos vivir con un sentido de responsabilidad universal que se identifica con nosotros mismos y se conecta a la tierra al igual que con nuestras comunidades...somos ciudadanos de diferentes naciones, pero todos compartimos la responsabilidad para el presente y el bienestar futuro de la familia humana y la vida en el planeta [...]

[...]. el espíritu de solidaridad humana y el parentesco con todo lo vivo es fortalecido cuando la vida se reverencia en el misterio del ser, gratitud por el regalo de la vida y humildad con respecto al lugar que ocupa el ser humano en la naturaleza.

Tenemos una visión compartida de valores básicos y éticos, por tanto, juntos en esperanza afirmamos los siguientes principios interdependientes, principios para un camino sostenible de vida y un estándar común, por la cual, la conducta de todos los individuos, organizaciones, negocios, gobiernos, e instituciones transnacionales para ser guiadas y evaluadas

Dentro de sus principales principios en cuanto al respeto y cuidado por la vida de la comunidad [...]comprende el cuidado de esta comunidad con compasión, comprensión y amor [...].”

Esta carta converge con el pensamiento de la suscrita, en el sentido de dotar al medio ambiente, de su propia personería o corporeidad legal y darle objetivamente en la ley los derechos atribuibles a una persona humana, pues las consecuencias por su daño emergen una espiral de daño que arrasa con como bumerang de regreso contra la propia especie humana.

En este nuevo siglo donde se piensa en ciborgs, en inteligencia artificial, en revoluciones de revoluciones mediante I el internet de las cosas, no puede quedarse tras parámetros o respeto de un ente que nos provee de vida a los seres humanos, como el oxígeno, alimentos o agua sin los cuales la vida en la tierra sería inhóspita, hasta ahora no hemos comprobado que sin esto, existan condiciones favorables para la vida en otro planeta, por tanto, reviste un derecho significativo, el dotar de identidad este ente que percibimos en la ilusión de los abstracto y que lo llamamos naturaleza .

Por otro lado encontramos también como instrumentos no vinculantes dentro del arbitraje de inversión, aunque en materia mercantil es una de las pocas ramas del derecho que tienen una funcionalidad orgánica autopoietico, mediante distintos cuerpos o códigos de conducta como los principios de la UNIDROIT, que contiene principios de contratos comerciales internacionales o las guías de la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), bajo la cual se rigen algunas disputas entre Inversionistas y Estados o bien, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre inversiones extranjeras²⁶³. Junto con el Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.

De igual modo, hay que advertir que, así como hay instrumentos internacionales no vinculantes, también hay declaraciones o principios que no siempre son contenidos al momento donde litigar asuntos de inversión ambiental y por tanto quedan resguardados dentro del gaveta de soft law como los principios de prevención, el principio precautorio y de equidad intergeneracional que domina dentro del derecho ambiental.

a) Características, límites y evolución de los mismos

Acorde Jurgen Friedich, es que postulan objetivos de largo plazo y raramente estipulan resultados concretos, aunque hay algunas excepciones, sin embargo ya sea o no que haya prescripción de resultados u objetivos, el medio de

²⁶³ Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, también denominada “ Convención Mauricio sobre la transparencia” redactada en New York en 2014

lograr los objetivos concebidos salen de la dirección de los actores de los Estados y una de las principales limitantes es el mecanismo adecuado para verificar su cumplimiento.²⁶⁴

Este tipo de instrumentos en el sector medioambiental, típicamente incluye el concepto del principio precautorio, otra diferencia de los instrumentos vinculantes es que adolecen del requerimiento de ratificación y este es una limitante para tomar decisiones porque no tienen autoridad de normas obligatorias.

De igual modo, cabe destacar que otra característica de estos documentos no vinculantes es que puede reflejar simplemente una *opini3n juris* de los estados contratantes que contribuyen a la formaci3n de reglas de derecho consuetudinario.

Generalmente estos instrumentos no vinculantes son un primer paso para el tratado internacional, ya que los periodos de negociaci3n son cortos y tampoco hay obst3culos pol3ticos o de naturaleza legal dom3stica, aunado a que los gobiernos pueden posponer cuestiones sobre su capacidad de cumplimiento o consecuencias legales.

Por ejemplo; el Mecanismo Internacional de Varsovia²⁶⁵, el cual es un instrumento de soft law que se ha incorporado para ser aplicado dentro del protocolo del Acuerdo de Paris, que no obstante que impone como limitante una excepci3n en el art3culo 8 por cuanto a los da3os, ya que especifica que “no implica responsabilidad jur3dica o indemnizaci3n”, por otro lado, este mecanismo evolucionar el derecho para dar mejor protecci3n debido a que est3 inserto dentro dentro del protocolo de Paris.

Otra utilidad de los Instrumentos no vinculantes, es que dan la pauta para iniciar un estudio amplio sobre el t3pico con actores relevantes, pues estos permiten la integraci3n de distintos tipos de actores que no necesariamente son parte del Estado y as3 se puede legitimar ciertas conductas o deslegitimizar que puede derivar en una configuraci3n de reglas futuras. Cabe decir que estos

²⁶⁴ Jurgen Friedich, International Environmental Soft Law, Max Plank Ibidem.p.139.

²⁶⁵ Mecanismo Internacional de Varsovia para las p3rdidas y da3os relacionados con las repercusiones del cambio clim3tico, fue establecido por la COP 19 el 13 de Diciembre de 2013.

instrumentos, también funcionan como complementos a los instrumentos vinculantes o tratados, sirven como guía o estándares para los tratados internacionales.

Estos proporcionan definiciones o criterios para concretar, clarificar o delimitar términos vagos de la regla de derecho o de un tratado internacional, estos pueden contribuir a la concretización de normas de derecho internacional o de protección de inversión extranjera.

Estos instrumentos no vinculantes pueden evolucionar mediante sus guías prácticas o requerimientos de debida diligencia para la aplicación e implementación de normas de un tratado en particular. En este sentido es dable precisar que la debida diligencia o *due diligence*²⁶⁶ en los recursos naturales.

También el artículo 12 (d) de MIGA convention²⁶⁷, contiene condiciones para obtener una garantía de MIG para inversionistas: la solvencia económica de la inversión y su contribución para el desarrollo del país anfitrión, conformidad de la inversión con las leyes y regulaciones del país anfitrión, consistencia de la inversión, con la declaración de los objetivos de desarrollo del país anfitrión, incluyendo la disponibilidad de trato justo y equitativo de la inversión.

3. Mecanismos de auto reproducción de la norma internacional de des-protección al medio ambiente.

3.1. Conflicto entre tratados de Inversión y Convenciones medioambientales.

Actualmente autores debaten sobre el mecanismo de resolver el conflicto, algunos proponen que si la norma creada por el estado y la del derecho internacional se miran como estructuras jerárquicas, entonces, siempre habrá manera de eliminar conflictos entre normas vía la técnica *lex superior*, sin embargo en mi opinión, en el acontecer de los procesos de la globalización, esto va más allá de un dilema de

²⁶⁶Due diligencie. es una investigación del negocio de la compañía, para identificar riesgos relevantes y hacer mejor toma de decisiones se utiliza en el caso de fusiones o joint ventures,

²⁶⁷ MIGA Convention, esta Convención fue presentada por el consejo de Gobernadores del Banco Internacional para la reconstrucción y desarrollo en Octubre de 2011 de 1985 y surtió sus efectos el 12 de abril de 1988 y fue enmendada el 14 de Noviembre de 2010.

jerarquías, en las cuales el derecho o el primado del derecho debe evitar encasillarse para ir avanzando a la par que la sociedad mundial.

En este sentido, los Conflictos entre tratados o Convenciones mercantiles ambientales deben ser resueltos aprovechando las ventajas de los procesos de la globalización, primero que nada, hay que definir que los tratados, son normas de comando que permiten o prohíben acciones de los Estados o de sus entidades públicas, sin embargo, en ocasiones las normas de un tratado pueden conflictuar con otro tratado o Convención Internacional, en la cual el Estado estipula normas obligatorias en ambos.

Para resolver esta paradoja Admad Ali Ghouri, sugiere que hay que partir de que un conflicto normativo, es un conflicto de derechos paralelos y obligaciones con valores globales que son concebidos dentro de un orden normativo, también como un factor de organización social, y este emerge del choque entre los valores colectivos entre tratados, ampliando que una norma representa un valor y este a su vez, representa un interés en términos de beneficios y desventajas que un individuo o comunidad deriva en la norma.²⁶⁸

Otra forma posible de solucionar estos conflictos es mediante la técnica de *lex posterior* prevista en el artículo 59 de la Convención de Viena²⁶⁹ sobre el derecho de los Tratados Internacionales o entre organizaciones Internacionales que estipula:

Artículo 59. Terminación de un Tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior.

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en el celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia; y

²⁶⁸ Admad, Ali Ghouri, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, USA Edit. Walters Kluwer. 2015 pp.49.50, 67, 68 Traducción Propia

²⁶⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados UN.Doc A/CONF.39/27(1969), 1155 UNTS.331, entered into force January 27, 1980, Viena, 23 Mayo 1969.

a). Se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido la intención de las partes que la materia se rija por este tratado; o

b). Las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

Para citar un ejemplo, Admad Ali nos muestra el caso de la Cámara Nacional de Argentina, de donde se derivó que la Corte reglamento este principio de derecho que citamos arriba, en una acta legislativa, las partes *territorial segura vs Clara*, se manejaban al amparo de la Convención de Montevideo de 1879 y la Convención de Bruselas de 1910, Argentina tenía un conflicto de Reglas respecto del derecho marítimo en ambas convenciones, y la manera de solucionarlo fue bajo el principio de la *lex posterior*.

No obstante, Admad Ali, especifica también que la regla de la *lex posterior*, no puede resolver cierto tipo de conflictos entre tratados o convenciones, en los cuales la *lex prior rule* (ley previa), debe ser aplicada por ser más apropiada, esta tiene especial aplicación en contratos de derecho y la ley posterior en derecho público y declaraciones legislativas así que la relación entre las dos refleja una manera de ver la naturaleza del tratado, advirtiendo que esas analogías tienen sus problemas y que la manera más efectiva de resolver el conflicto entre tratados o convenciones en lugar de aplicar la *lex posterior* o *lex apriori*, sugiere aplicar la regla de la *lex specialis*, lo cual requiere que una norma especial debe prevalecer por encima de una general como un medio más apropiado para la resolución de conflicto del tratado.²⁷⁰

De lo anterior, podemos arribar a la conclusión y examinar que como regla general “*la ley especial que deroga a la ley general*”, es una técnica común de

²⁷⁰ Admad Ali Ghouri, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Edit. Walters Kluwer. 2015 , *Ibídem*,p.67. Traducción Propia

resolución de conflictos normativos que en algunos casos ha proporcionado solución a este tipo de problemática, ya que cuando las 2 provisiones legales aplicables proporcionan direcciones divergentes sobre el mismo hecho, esta técnica de *lex specialis* resulta útil su utilización cuando se hace una delimitación más precisa del alcance de su aplicación.

No obstante, lo anterior forma de hacer dicha delimitación, estamos haciendo la segmentación del conocimiento y dándoles alcances separados, cuando en realidad estos dos alcances pertenecen y están dentro de un mismo universo, consecuentemente, surge la importancia de conjuntar la ley especial mercantil con la ley especial ambiental, el mecanismo es unir estas entidades separadas entidades convergentes dentro de un mismo sistema, no dos (mercantil-ambiental).

En mérito de lo expuesto, observamos que esta técnica de derecho aplicable en derecho internacional dentro de la globalización requiera su renovación haciendo un alcance de la validez de la norma con mecanismos de fusión y des-diferenciación de la organización o estructura de la forma de la *lex specialis* que hace que la norma se quede arraigada en el derecho positivo impidiendo la autopoiesis o autonomía de la norma, como consecuencia nos conduce al derecho desde el punto de vista *ius pluri* universal.

De igual modo y como manera conexas a el sistema, examinamos a manera de gestionar estos conflictos en algunos países como: la Corte Europea de Derechos Humanos, ha sido mediante una declaración de que las obligaciones de Reino Unido, están bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual prevalecería sobre un tratado en conflicto como el de Extradición entre Reino Unido y Estados Unidos de Norteamérica.

Alemania, solucionaba dicho conflicto de normas hasta antes de 1986, señalando que en la garantía de derechos fundamentales prevalecerá la constitución, siempre y cuando los órganos competentes de la comunidad no hayan removido el conflicto de normas de acuerdo con los mecanismo del tratado, vale abundar que después ese año, en otro asunto similar la corte constitucional

cambio la posición previa, estipulando que mientras las comunidades europeas, proporcionen la protección de los derechos fundamentales contra acciones, ya no se requerirá revisión de la E.U legislación, pues es el compromiso de ambos derechos, custodiar la necesidad de la protección de derechos fundamentales.

Al respecto Carmen Parvel, apunta que conflictos legales representan conflictos morales en la estructura del universo moral y este hecho tiene una profunda consecuencia en la forma en que comprendemos la solución de controversias jurídicas, refiere que conflictos entre diferentes normas de derecho internacional no siempre cuenta como conflicto normativo y no todos los casos son conflictos de normas de derecho internacional, algunas veces la apariencia de conflicto es solo divergencia que puede ser eficiente por medio de la interpretación del tratado, y las diferencias en los tratados en derecho internacional, pueden especificar diferentes normas de debido proceso que pueden constituir conflicto.²⁷¹

A mayor abundamiento, en derecho internacional el comercio y derechos humanos, son normas que representan intereses por el cual, las partes requieren protección del Estado y ambas son igualmente importante para ser protegidas, pero cuando son conflicto irreconciliables, que jerarquía se requiere, que los principales valores que se promueven en derecho comercial es autonomía individual, libertad de contrato, incremento de estándares de vida, regulación de derecho diplomático y obligaciones de los Estados.

¿Pero que sucede cuando no hay un tratado de inversión o Convenciones ambientales, que regule la situación de los contratos ambientales?, al respecto, Jan Ole Voss nos sugiere como una pauta ante esta situación, que la naturaleza de los contratos de Estado, se supone que virtualmente el Estado delega al inversionista cierta responsabilidad para crear desarrollo en el lugar esto es mediante, escuelas, hospitales etc. Y este principio de autonomía es la piedra angular de la internacionalización de los contratos ambientales, el cual se aplicara

²⁷¹ Pavel Carmen, *Normative Conflict in international law*. HeinOnline 46 San Diego L Rev Vol.46, 2009. p. 883

Disponibe en:
<https://www.kcl.ac.uk/sspp/departments/politiceconomy/People/academic/San-Diego-Law.pdf>

en caso de controversias o ausencia de disposiciones en tratados internacionales.²⁷²

El principio de autonomía de las partes dice, que ellas elegirán el derecho aplicable acorde al derecho internacional y a sus expectativas específicas y este principio es parte de la libertad del contrato, eso implica que en un procedimiento arbitral las partes, este principio va estrechamente ligado a el de *pacta sun servanda*.

No obstante, Shalanda Baker apunta que:

A pesar de que la *pacta sun servanda* es considerada una norma de *ius cogens*, esta es limitada al principio de *Res sibus stannis bu [...] al respecto, debe aclararse que el artículo 62.1 de la convención de viena dice que no puede ser invocada como una causa de terminación para retirarse de los tratados, a menos que cuente con los siguientes elementos: a) existencia de aquellas circunstancias constitutivas del contrato, b) el efecto del cambio esta transformando radicalmente las obligaciones que deben ser desempeñadas aun bajo el tratado*²⁷³

No obstante, lo anterior, cabe decir que esta aplicación ilimitada del principio de autonomía de las partes que hacen los tribunales arbitrales de este principio, emerge dudas del contexto de os contratos de estado, el derecho de escoger la ley aplicable para contratar con el Estado, debe ser basado en el sistema de derecho privado internacional, lo cual es un problema al momento de integrar regímenes medioambiental y mercantil. No obstante, y aun en el caso de que no se hiciera esta fusión entre regímenes, cual ordenamiento de derecho internacional sería aplicable a los contratos de Estado, como entidad jurídica tienen una naturaleza diferente al inversionista.

²⁷² Ole Voss, Jan, *the impact on investment treaties on Contracts between Host States and foreign Investors*, Boston ,Edit Martinus Publishers, Leiden, volumen 4, 2011 p.15.

²⁷³ Baker, Shalanda, “*Climate Change and International Economic Law*” *Ecology Law*. Volumen 43, 2016 .pag. 58.

De igual modo, en el caso de arbitraje de inversión, otro principio que sirve para solucionar este dilema entre convenciones o tratados es *pacta tertiis*²⁷⁴ *hace alusión a que* los pactos, ni obligan ni benefician a terceros que resulta una herramienta útil contra la cláusula paraguas o la cláusula de estabilización, esta última cláusula resulta controvertida porque se contrapone con el principio *Res sibus stannis bu*, principio de trato justo y equitativo.

Un ejemplo de Estado de necesidad, es el caso *Asian Agricultural Products Limited vs Sri Lanka* donde el estado se vio forzado a mantener el orden y seguridad dentro de una fábrica de un inversionista extranjero, una definición del alcance de esta defensa es *Israel Security Wall case* debatido en la Corte Internacional de Justicia.

Esta cláusula desde mi punto de vista, queda fijada en la mayoría de los contratos internacionales, sin embargo, la propuesta estriba en establecer un término de tratado automático, de renegociación de tratado, enmienda, o renovación del mismo en forma expresa y automática o autónoma.

Al respecto, en opinión de la suscrita, esta sostenibilidad debe ir hasta la regla jurídica, (que se reproduce así misma) y en el proceso de creación corre transversal, horizontal y verticalmente, dentro de la dimensión global horizontal de la globalización²⁷⁵

En este sentido, los contratos dentro del alcance de los tratados de inversión emergen también en conflictividad por las cláusulas insertas en ellas como Trato justo y equitativo está ligada con el derecho internacional

²⁷⁴ Rosentreter, Daniel “ *Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention of the Law and treaties and the principles of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration* Faculty of Law, Economic and Finance Luxembourg Legal Studies”, Volume 4, Luxemburgo 2015 p.218.

²⁷⁵ Bornman, Elirea y Schoonraad, Norle, *The many faces of globalisation*, University of Sudafrica, p. 94. Dimensión horizontal de la globalización implica una comprensión progresiva de tiempo y espacio que culmina convirtiendo a el mundo en un lugar unificado, un solo sistema; y la dimensión vertical; implica procesos dobles, por un lado, hay una tendencia a homogenizar, sincronizar, integrar, unificar y universalizar. Y al mismo tiempo, por otro lado hay una tendencia a localizar diferencias, diversificar y particularizar. A pesar de que el conocimiento que se analiza, aparentemente su existencia tenga un proceso un poco contradictorio pero tiene una conexión uno con otro y es aceptado este proceso como esencial interacción de dos caras de la misma moneda. Traducción propia.

consuetudinario, referido a obligaciones para proteger al inversionista extranjero y el estándar puede no ser el mismo en todos los tratados, es aplicado como mínimo standard acorde al derecho internacional consuetudinario, pero muchos jueces lo consideran como figuras jurídicas autónomas.

Entre trato justo y equitativo y estándar mínimo, acorde derecho consuetudinario internacional. sin embargo en la mayoría de los casos se constituye como un estándar mínimo de tratamiento porque la fuente original del tratamiento proviene de derecho consuetudinario internacional, el cual contiene elementos, prohibición de denegación de justicia, prohibición de medidas discriminatorias, acorde al nivel de desarrollo, irrelevancia de una obligación con trato diferente, han emergido otros cinco conceptos de este concepto²⁷⁶

A manera de antecedente de este principio inserto en los tratados esta:

“la carta de la habana de 1948 se consideraba que un inversionista de un estado miembro que ingresa a otro se le debe asegurar un trato justo y equitativo en distintos niveles, empresarial, entrada y salida de capitales, tecnología y cualquier otro requerimiento que el inversionista de estos estados solicitare, por tanto los estados dan garantías a inversionistas.”²⁷⁷

Trato justo como estándar del derecho internacional o del derecho consuetudinario (opinio juris) o independiente acorde a los tratados celebrados, debe ir en relación a la naturaleza perentoria de las normas de derecho internacional que constituyen también el jus cogens y se encuentra consagrado en el artículo 28 de la corte internacional de justicia.

²⁷⁶ United Nations Conference trade and Development, UNTAD, “Fair and Equitable Treatment”, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York, Geneva, 2012, pp 16-32. Disponible en: https://unctad.org/en/Docs/unctad-dia-ia-2011-d5_en.pdf

A) prohibición de arbitrariedad manifiesta, en la capacidad de decisión la cual es llevada a cabo en un prejuicio o sesgo sin un propósito legítimo o explicación racional. 2) prohibición de denegación de justicia e ignorar o desestimar los principios fundamentales de debido proceso 3) prohibición de discriminación 4) prohibición de abusivo trato de investors, incluyendo coerción, coacción, acoso, 5) prohibición de expectativas legítimas 6) protección de expectativas legítimas de inversionistas provenientes de representaciones específicas de los gobiernos o medidas que inducen a la inversión a pesar de balancear su derecho a regular el interés público.

²⁷⁷ United Nations Conference on trade and employment Havana Charter for an International Trade Organization, March 1948 art 11 2 UN Sales N.48 II D4 E/CONF.2/78 (1948)

La construcción del derecho internacional es una técnica para articular demandas políticas, en términos de derechos y deberes, la protección del interés de la comunidad en derecho internacional se ve reflejado mediante la noción legal que llamamos *jus cogens o erga omnes*, la internacionalización de determinados valores es el desarrollo del *ius cogens*, costumbres internacionales o principios generales del derecho internacional, cada una de estas etapas representa una diferente etapa del proceso de internacionalización de la norma. A mayor abundamiento, debo decir que el *jus cogens* se refiere a normas reconocidas como valores fundamentales, son normas consensadas como valores internacionales.

En perspectiva de Admad Ali Ghouri :

los tratados son instrumentos contractuales caracterizados por tener valores normativos horizontales o autónomos de determinados derechos y obligaciones.²⁷⁸

En virtud de lo anterior, podemos arribar a la conclusión de que la evolución de los derechos humanos en la protección de los derechos humanos medioambientales, así como la ausencia de restricciones el torno a su protección supone una ausencia también de desconocimiento de los derechos de la naturaleza y su importancia para la vida como valor fundamental.

Algunos ejemplos de conflictos de normas incluso dentro del ámbito mercantil están aquellas disposiciones derivadas entre NAFTA Y GATT con sus respectivos casos derivados de este conflicto que se citan a continuación en la Tabla 1:

Lista de casos	Expediente	Reglas aplicable para la Solucion de Diferencias.
Adf group vs USA	N. ARB/ AF/ 001	ICSID

²⁷⁸ Ali Ghouri, Admad, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Edit. Walters Kluwer. 2015 pp.49.50, 67, 68 Traducción Propia

Cargill incorporated VS USA		ICSID
Chemtura corporation vs Canada	Agosto 12, 2010.	UNCITRAL
Concerning avena vs México		
Corn Products contra México		ICSID
Elly Lili vs Canadá		
Glamis Gold vs USA		UNCITRAL
Grand River enterprises six nations ltd vs USA	ARB 10/5/	ICSID
Loewen Group vs USA		ICSID
Marvin Feldman vs Mexico		ICSID
Merrill Ring Forestry vs Canada		UNCITRAL
Metalclad corporation vs México	N. ARB /97-1	ICSID
Methanex vs USA		UNCITRAL
Midland Company & Lile American Ingredients Americas, vs United Mexican States	N.ARB/(AF) 04 /05	ICSID
Modev Internacional vs USA		ICSID
Pope Talbot vs Canadá		UNCITRAL
Robert Azinia vs México	N. ARB/ AF/97-2	ICSID
Saint Mays vs Canadá Sd myer vs Canadá		UNCITRAL
Técnicas medioambientales Tedmed vs México		ICSID
Waste management VS México		ICSID

3.2. *Interacción entre sistemas (Multilateral Environmental Agreements /TIBS de inversión).*

Aquí vamos a responder y analizar la relación de interacción entre los distintos regímenes (mercantil –ambiental) sistemas internacionales (common Law y civil law) mediante la adopción de criterios entre sub-sistemas para la solución del conflicto entre sistemas, analizando las fuentes normativas autónomas y emergentes, con carácter flexible, proponiendo una nueva forma de organización legal para la solución de este tipo de dilema fragmental entre sistemas complejos que se verá reflejada en el Protocolo adicional de la Convención del ICSID en inversión-ambiental, para tal fin, analizaremos cuales son los mecanismos institucionales que utiliza el derecho para gestionar la coherencia de las paradojas y de esta forma observar cómo opera el sistema jurídico internacional, para resolver la problemática del derecho difuso internacional ante la solución pacífica de diferencias entre inversionistas y Estados.

Mi propuesta plur-ius universal apunta a una organización estructural sin una jerarquización normativa, la suscrita pugna por una organización red de la norma jurídica. En concepción sistémica universal del pluralismo, como forma de organización no estructurada, pero que se automatiza mediante mecanismo de des-diferenciación o diferenciación de las estructuras que tradicionalmente pertenecen al Estado Nación, para crear existencia de parámetros y formas de interacción entre los sistemas, sometiendo y analizando su eficacia bajo el proceso de colisión ente sistemas, los mecanismo de comunicación, tipos de coordinación o armonización y grado de flexibilidad en forma interdependiente.

En el contexto de la globalización existen diferentes tipos de regímenes de interacciones y que resultan aplicable a nuestra propuesta de investigación por analogía en lo relativo a cuestiones mercantiles ambientales.

Así, en perspectiva de Aldo Mascareño existen cuatro tipos de regímenes jurídicos: el Nacional, Internacional, Supranacional y el Neo-espontáneo, lo interesante a destacar de esta clasificación y en referencia del asunto que nos interesa está:

“En la diferenciación de los regímenes (supranacional y neo-espontaneo) sin anclaje estatal, que presionan a los Estados y a Instituciones regionales a adaptar sus estructuras internas a nuevas situaciones y a aceptar la autorregulación normativa de actores y organizaciones supranacionales. La Idea de Sociedad Mundial no es equivalente a la idea de Estado mundial...Sociedad Mundial presupone al Estado... el Estado Nacional está hoy obligado a acoplarse a las consecuencias de una diferenciación funcional tanto estructural como semántica de carácter universal”²⁷⁹

En este sentido, resulta importante puntualizar que *los tipos de interacciones reflejan una forma de cómo es la dinámica de poder que se reproduce en diferentes interacciones; dinámica, que es observada mediante los procesos de los sistemas de recepción, ejecución y evaluación de la norma que en su conjunto plasman la operatividad funcional de la norma, desplegando así una competencia entre normas.*

Por un lado, la dinámica de poder en un sistema judicial internacional defectuoso porque no garantiza una ejecución y supervisión o evaluación de la efectividad de la norma ambiental como derecho humano en los asuntos de comercio y particularmente de aquellos ventilados contra Estados por inversionistas extranjeros no permite que una convención internacional ambiental tenga el alcance y proyección de los valores o principios que emergen de su esencia; en otras palabras, puede haber una buena convención ambiental caracterizada x valores sustanciales emergentes y adyacentes, pero que al no estar vinculados con la efectividad del sistema, le resta coherencia en conjunto al sistema normativo global de la protección de los derechos humanos ambientales

²⁷⁹ Mascareño, Aldo, *Regímenes Jurídicos en la Constitución de la Sociedad Mundial*, Chile, .Universidad Alberto Hurtado Revista de Política Criminal N.4. 2007 A3,pp. 1-39 Régimen nacional: es el modelo propio del Estado Nacional, el internacional se constituye por la asociación entre estados soberanos; el supranacional, surge de la delegación de potestad de estos Estados a foros jurídicos especializados y el supranacional, emerge sin vinculación al Estado a partir de operaciones autónomas de distintos espacios funcionales .Ejemplos: *lex mercatoria, lex sportiva, llex digitalis*, entre otros.

relacionados con cuestiones de inversión económica extranjera, se replica mediante una autonomía operativa en el marco de un fenómeno, el cual Humberto Maturana lo llama en biología como autopoiesis y que la suscrita, lo encuentra aplicable por su similitud al fenómeno jurídico del contexto internacional de la *lex mercatoria* y ambiental.

Por otro lado, la recepción de la norma internacional ambiental contra la internacional mercantil opera diferente, aun en un mismo plano de la Convención del ICSID, esto en virtud, de que no se encuentra auto contenida la regla ambiental dentro de la norma mercantil, (lo que se desprende del análisis de estudio de casos ya descritos en este capítulo) no obstante, que opera bajo un sistema abierto de derecho la Convención, esto es bajo sistema de estándares como el sistema jurídico *common law*.

Así, en este tenor una vez entendida parte de la dinámica de poder principal, describimos ahora en primer orden, los tipos de interrelación o interacción, mismos que acorde a Mascareño son:

“ascendente y descendente; esto hace que se construya un único sistema jurídico dentro de las articulaciones de a) territorios nacionales y espacios locales (territorio) con b) organizaciones, instituciones y actores supranacionales (región) c) los espacios operacionales de la diferenciación funcional y sistemas simbólicos²⁸⁰

Sin embargo, en mi opinión, hay sistemas simbólicos adyacentes de interacciones mundiales que hacen metamorfosis de las fronteras, desencadenando y creando respuestas por acciones pasivas o activas que consolidan así, cierta lógica operativa en la estructura institucional. Estos sistemas adyacentes en el caso de estudio son: la política propia de un país determinado sobre inversión extranjera, los acuerdos multilaterales Internacionales o de pactos de bloques económicos con distintos países, los instrumentos no vinculantes y vinculantes en cuestión ambiental que carecen de funcionalidad incluso frente a la

²⁸⁰ Mascareño, Aldo, *Regímenes Jurídicos en la Constitución de la Sociedad Mundial*, Chile, Universidad Alberto Hurtado Revista de Política Criminal N.4. 2007 A3, pp. 1-39.

lógicas difusas de soft law mercantil, ya que operan de forma pasiva provocando una ineffectividad de la norma para ser garante del derecho humano al medio ambiente.

Ahora bien, *las características de estos mecanismos del diseño institucional que impide, por un lado, la interacción de los regímenes es:*

La primer característica propuesta por la suscrita es la jerarquización del dilema normativo, de los tratados internacionales con las constituciones o derecho doméstico, que varía en distintos países, que consecuentemente impide el fluir y evolución de la norma internacional de inversión ambiental contenida en la Convención ICSID, así como la consolidación o creación de jurisprudencia internacional, que en el caso de arbitraje de inversión está ausente, ya que no cuenta con un sistema de apelaciones, a diferencia de otros mecanismos pacíficos de solución de diferencias internacionales como los de la Organización Mundial del Comercio.

La segunda característica, es la ausencia de compatibilidad orgánica de integración de normas ambientales imbuidas en las mercantiles como la del artículo 64 de la Convención del ICSID, la cual faculta únicamente o legitima a Estados contratantes e inversionistas ocurrir ante la Corte Internacional de Justicia para el caso de la interpretación o aplicación de este Convenio, pero deja afuera la posibilidad d ocurrir ante la justicia internacional a Organizaciones no gubernamentales, dejando árida la norma mercantil de su parte ambiental.

Tercera característica, es la ausencia de naturaleza de la diferencia ius pluri universal; ello debido a la existencia o alcance del derecho o de la obligación de orden legal contemplada como requisito de procedibilidad para el ejercicio del derecho en términos del artículo 25 (1 de la) de la convención de ICSID.

Del otro lado de la acera, encontramos en contraste, las otras características que por otro facilitan la interacción de regímenes son: primera. la interconexión bajo una misma interpretación legal (entre comercio, liberalización e inversión, medio ambiente en cual se desenvuelven distintos regímenes

internacionales), segunda. la *auto reparación de la regulación* y tercera. la *adaptabilidad a normas externas*.

En virtud del párrafo que precede, se produce una norma eficaz o la atrofia de la misma para corroborar esto, doy evidencia de la atrofia de la norma la cual es en mi opinión es susceptible de medir, a través de indicadores de protección de derechos humanos ambientales, que refleja el verdadero orden de jerarquía del derecho internacional y de sus valores reconocidos en la comunidad internacional, pasando inadvertido al *ius cogens*.

Cuáles son las *ventajas y desventajas de la discrecionalidad* de la aplicación de determinados regímenes mercantiles o ambientales y como los actores reproducen determinado conocimiento social internacional que impacta la conservación del medio ambiente.

Algunas desventajas de la discrecionalidad en la Convención del ICSID es que genera un choque entre protección medioambiental y protección de la inversión, pues el conflicto en materia de inversión se da cuando rehúsan conceder permisos, o cancelan debido al deterioro provocado al daño ambiental por sus técnicas de producción comercial o condiciones operacionales del proyecto y en consecuencia se cancelan licencias y proyectos de inversionistas, esto puede ocasionar en algunos casos un dumping ecológico, que trae reducción de estándares ambientales para cumplir con proyectos de inversión.

De igual modo, otra desventaja atiende a la incompatibilidad de sistemas jurídicos de algunos países, en donde el derecho domestico basado en civil law se confronta con el sistema internacional empleado en la Convención, que es básicamente common law, y que trae desventajas a los actores participantes, porque cuando el sistema domestico está basado en el civil law sus reglas son cerrada, cualquier acto requiere y reviste cierta formalidad que al no cumplimentarse, por causa de una disposición legal domestica imperfecta, puede originar demandas por confusión de derechos legales a favor de inversionistas extranjeros y que operan contra los Estados, como ejemplo: se desprende de los casos que hemos analizado previamente en esta investigación.

A efecto, de conocer como el sistema otorga algunas ventajas cito al siguiente autor, con el cual comparto opinión ideológica en lo siguiente:

Oren Pérez asegura:

Que el derecho, por un lado es un árbitro justo, requiere consistencia ya que por un lado, el derecho adopta reglas precisas para resolver disputas y aplicar estas reglas de forma uniforme sin contradicción, así mientras esta estrategia asegura coherencia del derecho, este involucra un riesgo de alineación permanente con aquellas comunidades cuya visión del mundo es incompatible.²⁸¹

Otro autor es Edgar Morín quien argumenta:

Que los sistemas abiertos que tienen cierta vaguedad proporcionan estabilidad al sistema debido a que la noción de autonomía es compleja porque depende de condiciones sociales y culturales, y ello obedece a la necesidad de pensar en la complejidad de la realidad.²⁸²

Por tanto, para analizar la complejidad de la realidad efectuada mediante métodos de auto-reparación jurídica, en primer lugar describimos algunas de las paradojas e inconsistencias del derecho y un experto en esta temática.

En mérito de lo anterior y como ejemplo de lo expuesto observamos que, dentro del marco de un estado global, en algunos países ya contempla el régimen de auto reparación de la regulación y adaptabilidad a normas externas, Alemania, mantiene vínculos abiertos con el derecho europeo replicando sus normas dentro del contexto internacional, es decir se fusionan derecho europeo - internacional.

A decir de Blomen Kerstin,

²⁸¹ Pérez, Oren y Teubner Gunther, *Paradoxes and Inconsistencies in the law. Perez Oren, The institutionalisation of Inconsistency: from Fluid concepts to Random, USA, Traducción Iain Fraser, Walk. Hart Publishing, 2006. pp. 119-122.*

²⁸² Morín Edgar, *On Complexity. Ibídem, pp.11,44.*

la constitución federal, ya que contienen provisiones, bajo el status de tratado de inter- estado y del derecho consuetudinario internacional dentro del derecho doméstico y de integración Europea.²⁸³

El artículo 53 de la Convención Europea de derechos humanos, sostiene que la convención no es construida como limitante o derogante de alguno de los derechos humanos o libertades fundamentales, la cual puede ser asegurada bajo la ley de alguna parte contratante o bajo otro acuerdo el cual sea parte.²⁸⁴

Aunado a lo anterior, el artículo 4(2) del tratado de la Unión Europea prescribe respecto de la unión, la igualdad entre Estados miembros antes de los tratados, también como sus identidades nacionales, inherentes a su estructura fundamental, política o constitucional.

Algunos sostienen que la función de las cortes nacionales es solamente ser agente del derecho internacional, para esto es menester cambiar los método del sistema jurídico para evitar obstrucciones en la aplicación de la norma internacional, es desde arriba bajarlo a lo nacional ya sea mediante provisiones o modificando los procedimientos constitucionales para hacer adaptable este sistema y que proporcione similares beneficios a inversionistas nacionales como a extranjeros., pues no hacerlo los coloca a los inversionistas nacionales en una situación de desventaja.

En suma, las características del proceso de adaptación dela norma mercantil ambiental al sistema institucional o inter-institucional internacional, que parte de la integración de elementos del soft law o no derecho al sistema y hacerlo efectivo en donde se desprende que de la creación de un concepto de fusión entre sistemas produce otro meta-concepto que amplía el conocimiento y transforma el conocimiento social del derecho internacional, llegándolo incluso a democratizarlo

²⁸³ Blomen, Kerstin, “*Contested Regime Collitions* “, en Lars VIELLECHNER, *Responsive Legal Pluralism*, *Ibidem*. p.118.

²⁸⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, artículo 53, 213 UNTS 221,p. 249.

de forma horizontal y vertical. Pues hay interrelaciones entre normas jurídicas no emanan necesariamente del Estado.

Por otro lado, la producción legislativa del derecho no solo pertenece al Estado Nación, sino también a otras entidades que con sus provisiones o en ausencia de ellas y mediante la costumbre crean ciertas normas imperativas de aplicación con consecuencias de derecho e incluso económicas y sociales para determinados países que se encuentran en desequilibrio de fuerza en donde el derecho no acomete con su finalidad primordial de garantizar derechos humanos fundamentales y sustantivos que provoquen un estado de bienestar en la colectividad social.

La globalización hoy a ingresado otra corriente apuntalada por Pascal Lamy:

Afirmando que ha avanzado hasta para sí misma, hasta hace poco en el debate se hablaba que los tipos de globalización se encontraba es aspecto, cultural, ecológica, economía de la globalización, la comunicación y globalización política o social.²⁸⁵

Lo anterior, ya que la globalización también está vincula a competencia económica, pero también puede ser globalización ligada a asociación en reconocimiento y respeto del otro como merecedor de derecho humano y apoyo para su integración y desarrollo pleno que puede ir inserto en el principio de tratado justo y equitativo aplicaba a la Convención ICSID, bajo un nuevo paradigma de comercio, retomando el rumbo de comercio.

El origen de la finalidad del comercio, es satisfacer las necesidades de la comunidad y que contribuya a su desarrollo en la sociedad no en un contexto histórico particular, sino para que él sea un agente activo participe de su tiempo que se haga trascender el mismo a través del tiempo mediante la evolución de la pluralismo global, esto es; el derecho ius-pluniuniversal debe poseer y ser un ente con identidad propia protegiendo el medio ambiente, con capacidad de cambio, de

²⁸⁵ Rawi, Abdelal y Meunier, Sophie, *Managed Globalization: doctrine, practice and promise*, Journal of European Public Policy , 22 Marzo, 2010, pp.350-367.

reconfigurarse a sí mismo siempre con el propósito y principio de protección, pues de lo contrario, continuaremos en un sistema donde la estructura esta predeterminada y los datos están cargados.

En suma, las filosofías jurídicas entre medio ambiente y comercio, son diferentes, sin embargo, requieren estrategias de políticas públicas conjuntas y diferentes al de competencia económica-liberalización que es el que permea en la codificación del ICSID.

Para lograr lo anterior, es necesario armonizar la contradicción en el “sistema de derecho internacional” que se practica para solucionar diferencias entre inversores y Estados, partiendo de tomar como ángulo referente de esta contradicción, el *common law* que opera dentro del citado sistema, ya que este se utiliza en la gestión de los casos aplicables amparados mediante la convención del CIADI,(sin importar el lugar de origen del inversionista o Estado) se evidencia esta oposición en primer lugar, debido a que en el algunos países el sistema utilizado mediante el cual es acometida la violación del derecho contra el inversionista reside en la esfera del derecho domestico con vestiduras de *Civil Law*, mimo que es estrictamente positivista en su naturaleza y en contraste por otro lado, la convención de ICSID, incluso las reglas aplicables mediante UNCITRAL para el caso de arbitraje que nos ocupa, se sigue a través del sistema de *common law*, *por tanto, la pregunta que subyace es: Common law es más eficiente que el civil law como una herramienta que utiliza la Convención del ICSID para cuestiones de Arbitraje entre Inversionistas y Estados.?*

Cabe recordar para responder esta cuestión, atendemos a uno de los indicadores, *que evalúan el desempeño de los sistemas jurídicos en los países*, por parte del banco mundial (quien fija parámetros y criterios para administrar los juicios sometidos mediante ICSID), este considera como dicho indicador: *la responsabilidad de dirección y casos de accionistas que comprenden protección de inversionistas extranjeros. Puntualizando que este indicador es valorado por el*

el organismo, con el peor desempeño en aquellos países que tienen el sistema Civil Law.²⁸⁶

Considerando que la naturaleza jurídica de ambos sistemas (common law and civil law) tiene distintos centros de autoridad, es decir; en el common law, es más de jueces, aquí el derecho es establecido por precedentes y decisiones, contrario al civil law que proviene de una autoridad legislativa.

Así tenemos, por un lado, la certeza del civil law y por otro esta la flexibilidad del common law para dar decisiones equitativas.

Aquí resulta de gran pertinencia, destacar el criterio de Anderlini, Felli y Riboni quien apunta a lo siguiente:

Que la adaptabilidad de la norma bajo el sistema del civil law. El legislador escribe el código bajo un doble velo de ignorancia: sin saber el juicio mediante el cual se hará el cumplimiento de la ley en cada periodo y sin saber cuál es el impacto que ocurrirá en cada periodo.²⁸⁷

Lo anterior, sirve para evidenciar, un contrasentido en las directrices del Banco Mundial en lo referente a su contribución, integración y fortalecimiento del sistema de derecho internacional y por ende la paz internacional, pues mientras que promueve primariamente el common law dentro del sistema de ICSID, apuntando:

“que este sistema se diferencia del otro porque disfruta de un gran crecimiento per-capita de prosperidad económica en comparación con los países que cuentan con el sistema francés, derivado del Código Civil Europeo, particularmente derivado del Código Napoleón, y mencionan que estos factores afectan el

²⁸⁶ World Bank, “Appendix D: Common Law and Civil Law Analysis”, *Doing Business: an Independent Evaluation*.USA,2008, p.69.

http://siteresources.worldbank.org/EXTDOIBUS/Resources/db_evaluation.pdf.

²⁸⁷ Anderlini, Luca y Felli Leonardo, et al, *Legal Efficiency and Consistency*,USA, Faculty Georgetown, 2018, p.24. Disponibe en: <http://faculty.georgetown.edu/la2/Efficiency.pdf> traducción propia

desempeño de los países en sus indicadores, no obstante que el Common law se encuentre en 59 países, y el civil law en 135 países²⁸⁸

Por otro lado, la interconexión del Civil Law de los 135 países con el *common law*, como marco de gestión jurídica de referencia empleado en la convención ICSID, promueve también distorsiones de sistema en las intersecciones de inversión medioambiental que atrofian esta norma, cuando regula mediante la desregulación en el proceso de dejar el derecho como sistema abierto en el plano internacional, mientras que en el plano doméstico de muchos países (con civil law), mantiene el sistema cerrado, sin enlaces ni conexiones que tengan soporte en el sistema jurídico internacional para su debida protección y garantía del derecho humano fundamental al medio ambiente cuando se quiere ejecutar y custodiar la garantía del derecho.

Para lo cual, es importante tener presente, ya que uno de los objetivos del ICSID es proteger a los inversionistas de los riesgos contingentes que pudieran presentarse dentro de la “inter-temporalidad del derecho mismo”.²⁸⁹

En consecuencia, en este contexto, los Estados anfitriones al pretender dar garantías a los Inversionistas extranjeros contra riesgos (políticos o legislativos) dentro de lo inter-temporal del derecho (e incluso perennidad del tiempo por la imposibilidad para salir de tratados internacionales asimétricos que en su mayoría no contienen derechos humanos medio ambientales como resultados de las condiciones de los distintos regímenes o sistemas jurídicos de derecho que se interconectan en los procedimientos del ICSID,

²⁸⁸ World Bank, *Appendix D: Common law and civil law Analysis*.p.cit.p.69. Existen 5 sistemas legales: Common Law (59 países), Civil Law (135 países), German (20 países), Nordic (5 países), and Socialist (11).

Disponibe en: http://siteresources.worldbank.org/EXTDOIBUS/Resources/db_appD.pdf

²⁸⁹ Rosentreter, Daniel, *Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention of the law of treaties and the principle of systemic Integration in International Investment Law and Arbitration*, Luxemburgo, Editorial Faculty of Law .Economics and Finance of University of Louxembourg, Vol.4.p.114. Acorde al principio de contemporaneidad, establece que los tratados deben interpretarse a la luz del derecho existente a la luz del derecho existente al tiempo de la conclusión del tratado, y por otro lado sostiene el principio de derecho inter-temporal es cual hace referencia a los normas que están en vigor en el tiempo de que el tratado es interpretado. Traducción propia.

Capítulo IV
Justiciabilidad de los Derechos Humanos de la Inversión Ambiental en el paradigma pluri-ius universal.

Sumario

1. *Balanceando el interés público y privado en derecho de inversión ambiental.* 1.1. Concepto de Desarrollo sostenible y alcance, 1.2. Test de Contribución al Desarrollo económico sostenible y sustentable del país anfitrión. 1.3-*Estandares de proporcionalidad de protección de derechos humanos de inversión ambiental.* 2. *Responsabilidad Internacional del Estado.* 2.1-Reconfiguración del Concepto de Soberanía permanente sobre los recursos naturales. 2.2-*Clausulas de emergencia, Estado de necesidad y estabilización como medio de control del Estado.* 3. Inter-temporalidad del derecho de Inversión ambiental en la globalización. 3.1. Principio de prevención, precaución y subsidiaridad *versus* Riesgos de Inversión. 3.2-Garantías contra riesgo en la Inversión vs medidas de remediación ambiental. 4. Administración de Justicia Internacional de la inversión ambiental 4.1-Elementos de Acceso a Justicia y Jurisdicción 4.2- Responsabilidad universal en inversión ambiental 4.3- Procedimientos Paralelos o Treaty Shopping

1. *Balanceando el interés público y privado en derecho de inversión ambiental*

1.1. *Concepto de Desarrollo sostenible y alcance*

El informe Brutland²⁹⁰ define el desarrollo Sostenible como:

“Parte de nuestra humanidad con habilidad para hacer un desarrollo sostenible y asegurar que se satisfagan las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, lo cual implica límites impuestos al estado presente para la organización social y tecnológica en los recursos medioambientales gestionando y mejorando las formas de crecimiento económico y la habilidad de la biosfera para absorber los efectos de las actividades humanas.”

Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas señala elementos para el derecho al Desarrollo lo siguiente:

“Artículo 1:

1. Que el Derecho al Desarrollo, es un derecho humano inalienable por virtud del cual cada persona es o son facultadas a participar, contribuir y disfrutar del desarrollo económico, político, social y cultural, en el cual todos los derechos humanos y libertades fundamentales pueden ser plenamente realizadas.

2. El derecho humano al desarrollo además implica la plena realización de los derechos de las personas para la auto-determinación, la cual incluye sujetarse a las provisiones relevantes de la Convención Internacional de los Derechos Humanos como el ejercicio de su derecho

²⁹⁰Organización de las Naciones Unidas ONU, “Our Common Future”, Informe Brundtland 1987, p.6. www.un-documents.net traducción propia.

inalienable para su plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales ”²⁹¹

Artículo 2

1. La persona es el sujeto central de desarrollo y debe ser participante activo y beneficiario del derecho al desarrollo.

2. Todos los seres humanos tienen una responsabilidad por desarrollo individual y colectiva, tomando en cuenta la necesidad de pleno respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales también como sus deberes hacia la comunidad, el cual por sí mismo, puede asegurar la libertad y completo cumplimiento a los derechos humanos.

3. Los Estados tienen el derecho y el deber a formular apropiadas políticas de desarrollo con el objetivo de un desarrollo constante”²⁹²

Este informe apunta también que la paz internacional y la seguridad son elementos esenciales de la realización del derecho al desarrollo de todas las personas y de los países, reconociendo a las personas como sujetos centrales de la política de desarrollo.

En otras palabras, la declaración dice que el hombre es el centro del desarrollo, reconoce al ser humano como el principal participante y beneficiario del desarrollo, no obstante, aquí conviene resaltar que en mi opinión el centro de desarrollo sustentable y sostenible, no solamente es el hombre, sino también, el medioambiente, ya que es la naturaleza por virtud del cual, el hombre existe, y pueden darse el ejercicio de otros derechos humanos.

Lo anterior, nos conduce a disgregar que para balancear el interés público sobre el privado, tenemos que considerar que el desarrollo sostenible y sustentable es un proceso integral, económico, político social y cultural en contexto global que implica tres áreas de desarrollo: social, medioambiental y económico, sin embargo, es de advertirse que estas definiciones de desarrollo se

²⁹¹ Resolución UN/DOC/A/RES/41/128/Anexx (4 December 1986) Traducción Propia
Disponibe en: <https://undocs.org/es/A/RES/41/128>

²⁹² Resolución UN/DOC/A/RES/41/128/Anexx (4 December 1986) Traducción Propia

distancian en la tutela, garantía y exigibilidad de los derechos, sin vincularse transversalmente el objetivo uno respecto del otro, como si emergieran de distintos caminos, por ejemplo como si la pobreza no tuviera relación con la protección al medio ambiental o viceversa.

Lo descrito en el acápite anterior, nos conduce a romper paradigmas e incluir y construir la unión en la protección internacional del medio ambiente para generaciones futuras con el desarrollo equitativo para la reducción de pobreza, que a su vez mejora la salud de las personas, promueve la paz, derechos humanos y equidad de género.

Englobando la aplicabilidad transversal de los conceptos con el desarrollo económico, pues vista como se encuentra teorizado y es puesto en práctica en la actualidad, Desde el punto de vista económico, el desarrollo implica solamente liberalización de comercio facilitando el acceso de bienes y mercados extranjeros, la globalización debe ser una oportunidad para dotar de igualdad en distintas sociedades.

Consecuentemente, uno de los principales retos para hacer ejecutable las normas que tutelan el desarrollo sostenible de los países, es la garantía horizontal y vertical de extraterritorialidad de la regla en los tratados o convenciones internacionales, partiendo de que la sostenibilidad dentro de los sistema legales nacionales está limitada la jurisdicción y no hace una correcta interrelación de protección con el sistema internacional que posibilite la consolidación hacia una administración de justicia global sobre inversión ambiental.

Al respecto, Peterkova Mitkidis Katerina sostiene como la suscrita la necesidad de crear cláusulas contractuales de sostenibilidad, definidas como:

“provisiones contractuales con cobertura de obligaciones sociales y medioambientales, que no están directamente conectadas a el tema específico del contrato, el cual persigue un objetivo de negocios a largo plazo e interés público con fines de extender su aplicabilidad a terceras

partes, monitoreando empleo y herramientas de cumplimiento, además las divide en activas y pasivas”²⁹³

Lo anterior, ya que el derecho internacional es obligatorio para los estados, mas no así para las compañías, apunta que las cláusulas contractuales de sostenibilidad, se configuran por una manera obligatoria de un estándar mínimo social y/o medioambiental.

Por tanto, la suscrita haciendo un análisis arriba a la conclusión de que hacerlo en los contratos, no sería tan efectiva la regla de derecho y caeríamos en un mecanismo de soft law, que continua quedando criterio y discreción de las compañías como se ha hecho hasta ahora, sino que también en mi opinión es necesario incluir esta cláusula de sostenibilidad dentro de los tratados o convenciones internacionales sobre todo de inversión ambiental, al igual que se propone la cláusula paraguas en otros instrumentos.

Insertando cláusulas de sostenibilidad y sustentabilidad con mecanismos de evaluación del impacto en el plano domestico responde a una transformación de acceso a justicia orgánica en la era de la globalización y la nueva revolución 4.0; obedece a que el desarrollo sustentable es un derecho humano que debe ir abanderado dentro de cualquier trato o clausulado de inversión ambiental, ya que es imposible negociar en equilibrio con personas que se encuentran en una situación de pobreza extrema.

1.2. Test de Contribución al Desarrollo económico sostenible y sustentable del país anfitrión

Como puedo definir contribución al estado bajo un nuevo concepto, que elementos contiene: el desarrollo al país anfitrión entraña legitimidad de la competencia legislativa de los Estados generales, el ejercicio de la autoridad y el espacio

²⁹³ Peterkova Mitkidis, Katerina, *Sustainability Clauses in International Business Contracts*, The Hague Netherlands, Editorial International Publishing, 2015. p.74. cláusulas activas: las partes estipulan que se debe de hacer; las pasivas, proporcionan derechos a las partes.

político en su propio para conservar la sostenibilidad medioambiental, lo cual parte de un equilibrio que se constituye mediante la relación de cohesión con eficiencia económica, social, medioambiental

El caso de Fedax vs República de Venezuela²⁹⁴ es el precedente del Test Salini, y estableció 4 elementos para este test ²⁹⁵, después le siguió el caso de Salini Constructores en el 2003²⁹⁶ se analizaron los siguientes requisitos para examinar si había existido desarrollo en el país anfitrión como: a) que la inversión cuente con un plazo relevante de duración, en este caso acorde a algunas jurisprudencias el plazo se puede computar desde el inicio de la licitación como en el asunto de Jan de Nul con Egipto, b) que implique un riesgo y sea perceptible c) que la inversión *contribuya al desarrollo económico del país receptor*.

El desarrollo económico de la inversión extranjera directa debe traer beneficios, económicos sociales y ambientales, aunque en el caso de Quiborax²⁹⁷, el panel de arbitraje rechazó esta acepción, con fundamento en que en el preámbulo de la Convención ICSID la palabra desarrollo económico es una meta de la inversión, no una característica inherente, es decir en Palabras de Victor Pey Casado:

“Que la contribución al desarrollo económico es una consecuencia, y no una condición de la inversión, por lo tanto esto no significa que el desarrollo del país anfitrión, se convierta en un elemento constitutivo de la inversión”

EL derecho al Desarrollo está consagrado el artículo 1(3) de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁹⁴ Fedax vs República de Venezuela, ARB/96-3

Disponibe en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0316_0.pdf

²⁹⁵ El test, define el concepto de inversión, el cual es un requisito de procedibilidad de admisión de la demanda ante ICSID.

²⁹⁶ Salini Constructores ARB/00/4. Vs Morocco, ICSID Disponibe en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

²⁹⁷ Quiborax S.A Non Metallic Minerals S.A and Allan Fosk Kaplun vs Plurinational State of Bolivia ICSID Case N.ARB/06/2. Disponibe en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4389.pdf>

Amartya Sen, Josep Stiglitz y Jean Paul Fitoussi, estiman sobre el concepto de desarrollo económico, en prime orden sostienen que:

existe un debate sobre que el proceso de medición para determinar el desarrollo económico es imperfecto y resultando además en un uso inadecuado de conceptos, ya que las estadísticas no reflejan el bienestar de los ciudadanos ni tampoco los riesgos del deterioro del medio ambiente y las respectivas consecuencias del cambio climático.

También, clarifican el desarrollo económico de una forma equiparada al desarrollo sostenible al evaluar el bienestar presente y sustentabilidad como sigue:

El bienestar presente depende a la par de recursos económicos, como los ingresos y de características no económicas de la vida de las personas, lo que hacen, pueden hacer, la valoración de su vida y su entorno natural.

Por su parte, la sustentabilidad de esos niveles de bienestar depende de si esos stocks de capital (capital natural, físico, humano, social) importan en nuestra vida y si se transmitirán o no a generaciones futuras.²⁹⁸

Lo expresado por estos autores robustecen mi teoría sobre la reinención del concepto de desarrollo económico y la reconfiguración de este concepto, que debe emplearse no solamente dentro del marco de evaluación de una política pública de gestión administrativa, sino también desde la óptica de su aplicabilidad en el campo del sistema de justicia internacional, pues el desarrollo es más que un número, ya que conlleva índices de bienestar y desarrollo humano de las personas.

Lo anterior, en opinión de la suscrita, nos brinda las bases para el desarrollo del mapa taxonómico de cuestiones preliminares de admisión en la demanda de arbitraje, mismo que examinara los indicadores de desarrollo sostenible en la inversión extranjera y su relación con el medio ambiente, el balance de los mismos

²⁹⁸ Sen, Amartya, Stiglitz Josep, et al, *Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social*. Idem.

así como también obstáculos en los sistemas jurídicos para garantizar esto como una medida autopoiética del derecho internacional para eficientar la aplicabilidad y tutela del derecho internacional evitando su fragmentación. Lo anterior, para evaluar en qué medida con la inversión se contribuye al desarrollo sostenible integral (que incluye aspectos económicos, sociales,) del país anfitrión

El test Salini que se utilizó en el caso de No obstante lo anterior, en el caso de Bayindir Insaat vs Pakistan,²⁹⁹ se extiende garantías bancarias para el riesgo de una inversión y resulta además interesante lo términos mediante el cual se define el concepto de inversión al amparo de los TIBs., por citar un ejemplo: este tratado describe que la inversión, significa reingreso de inversión, derecho a dinero que conceda un valor financiero relacionado con la inversión, propiedades movibles o inmuebles, agregando dentro de la definición de inversión contenida dentro del tratado la palabra de “cualquier tipo de bien” .

Por tanto, en demanda ante el ICSID, se hizo notar su contribución al desarrollo del país mediante el KNOW –HOW, equipo y personal, argumentando que entreno 63 ingenieros, proporciono equipo y personal que incremento el valor económico, lo que implico costos de movilización, otro ejemplo es el caso Helnan vs Egipto³⁰⁰

Por otro lado, el caso Chorzow Factory, ventilado ante el Tribunal permanente de justicia Internacional, muestra el precedente de la obligación de reparar el daño como principio de derecho internacional que se ha aplicado para beneficio de los inversionistas, reparación como consecuencia del incumplimiento delas obligaciones internacionales del Estado, ya que la corte agrega que es un principio de derecho internacional reparar a quien ha sufrido un daño como consecuencia de un acto contrario al derecho internacional. Sin embargo, hasta

²⁹⁹ Bayindir Insaat vs Pakistan, ICSID Case N. ARB/03/29. *Disponibe en:* <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>

³⁰⁰ Helnan vs Egipto, ICSID case N. ARB/05/19 *Disponibe en:* <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0399.pdf>

donde está autorizado el estado y que hay con la soberanía permanente de los recursos naturales.

Lo destacable de este fallo de la Corte Internacional de Justicia es que establece una diferenciación entre el daño a un particular y el daño a un Estado. Mi propuesta de test sobre procedibilidad para admitir una demanda consiste en agregar, la contribución a la conservación de las especies en peligro de extinción del país anfitrión, junto con programas de conservación y recate del medio ambiente de largo y corto plazo.

Haciendo conservación de biodiversidad, responsabilizándose de los costos medioambientales, haciendo un manejo sostenible de recursos e innovación Indicadores de inversión y protección del medio ambiente.

Sostenibilidad medioambiental como derecho humano debe permitir cambios en los lineamientos normativos ambientales domésticos sin compensación, mediante la transferencia de los derechos de protección de la inversión en forma automática a las comunidades en caso de poner en peligro las especies en extinción sin considerarse a la convención del ICSID una expropiación por equiparación.

Volker Mauerhofer,³⁰¹ sugiere :

incluir en la gestión de los recursos naturales para determinar la procedencia de la compensación lo siguiente: Acceso, definido como el derecho de tener la propiedad física; Retirada, como el derecho a obtener los productos de los recursos; gestión, como el derecho a regular los patrones de uso internacional y transformar los recursos en mejoras; Exclusión, el derecho a determinar quién tendrá acceso al derecho y como ese derecho puede ser transferido; Alienación, el derecho a vender o rentar o ambos en ejercicio de elección colectiva de derechos. Ello nos lleva a incorporar estos preconceptos dentro de la configuración legal del derecho humano de sostenibilidad de inversión medioambiental.

³⁰¹ Volker, Mauerhofer, *Legal Aspects of Sustainable Development*. Austria, Editorial University of Viena Austria- Springer, 2016. pp.81, 253.

1.3-Estandares de proporcionalidad de protección de derechos humanos de inversión ambiental.

A decir de Daniella Dam De Jong,

En el derecho internacional no se encuentra tipificado, el pillaje aplicado a la explotación de los recursos naturales. Y lo efectos de los conflictos armados en los tratados internacionales generados por los recursos naturales como lo sugiere, lo cual constituye una deficiencia en la protección del medio ambiente mediante el Derecho humanitario internacional³⁰²

Por otro lado, para evaluar la sustentabilidad de la contribución al desarrollo del país anfitrión y como derecho humano cobra relevancia el pensamiento de J. Anthony Van Duzer, Penelope Simmons y Graham Mayeda, en lo que respecta a:

“La obligación del inversor de respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, realizando una debida diligencia de los derechos humanos, así como también abstenerse o evitar ser cómplice de violaciones los derechos humanos, deben respetar un mínimo de estándar de protección de derechos humanos.”³⁰³

En Palabras de Anne Peters,

La diferencia entre derechos humanos y derechos del inversor no es del todo clara pero se distingue por el objetivo de protección, ya que los inversionistas se emancipan de su Estado, disfrutando de un acuerdo de protección de inversión y los derechos del inversionista no pueden considerarse como derechos fundamentales³⁰⁴

³⁰² Dam De Jong, Daniella, *International Law of Governance of Natural Resources in conflict and Post -conflict situations*. Cambridge University Press 2015. Ibidem. pp. 215, 255

³⁰³ Van Duzer, J. Anthony y Simons, Penelope, et al., *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A guide for developing Countries*, Ottawa, Common wealth Secretary, August 2012. pp. 290,312.

³⁰⁴Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, United Kindom, Cambridge University Press, 2016. pp.448

Consecuentemente, lo anterior nos conduce a la reflexión que la ausencia de los derechos humanos en las cuestiones ambientales desde el punto de vista del derecho humano a la sostenibilidad del desarrollo económico, vicia la construcción de la ciudadanía, gestión y evolución global de las sociedades.

Es imperativo re conceptualizar los derechos humanos y su protección bajo una regulación internacional sostenible que le permita hacer un fenómeno autopoiético de norma ambiental para su efectiva regulación mediante la garantía de protección de derechos humanos ambientales.

Por ejemplo, la expropiación indirecta de los recursos naturales, con lo cual se pretende dar una mayor potestad a la facultad soberana del Estado para con potestades y criterios de justicia internacional exime la mejor tutela y protección de los recursos naturales armonizando su sistema legal domestico con el sistema de justicia internacional, pues la falta de armonización de los estándares acorde al derecho internacional,

Ello, evita que estas lagunas de la norma internacional creen un escaparate para el desarrollo sostenible de los recursos naturales, de ahí emerge la importancia de consolidar y fortificar mediante la armonización la legislación domestica con el orden jurídico internacional, como el caso de METALCLAD vs México³⁰⁵, ya que en este caso se condenó a México por que el inversor no tenía claro, si necesitaba autorización a nivel local, además del permiso federal, el tribunal considero que la falta de transparencia en la justicia procesal, deberían ser imputadas como falta de responsabilidad del estado en cuando a brindar protección al inversionista, y no se consideró la falta de diligencia del inversor de analizar el marco regulatorio del país anfitrión.

En este caso hablamos de una división de Poderes en donde, los marco jurídicos tienen determinados imites de competencia, que dentro del marco de tutela jurisdiccional internacional de protección al inversión, resulta un problema

³⁰⁵ Metalclad Corporation vs United Mexican States, N.ARB (AF)/97/1. *Disponibe en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>*

entre sistemas, pues el tribunal de arbitraje en este asunto resolvió que el gobierno de México, al permitir o tolerar la conducta del municipio Guadalupe en relación a Metalclad, tiene que interpretarse que México adoptó, una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110 (1) del TLCAN.

Cabe puntualizar en este acápite, que el árbitro sostuvo además como argumento, que el Municipio actuó fuera de su autoridad, esto implica que la división de poderes de la legislación doméstica, y la supremacía de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de México son colocados por debajo del poder de decisión que tiene un árbitro en cuanto a las decisiones judiciales entre inversionistas extranjeros.

Desarrollo implica en la globalización dentro de países sub-desarrollados que hacen acuerdos internacionales con países avanzados conlleva la aplicación, de forma horizontal en el apartado de inversiones cuando derivado de una inversión ambiental, fusionamos otras convenciones y brindamos efectividad a la norma de derecho internacional, cumpliendo con el objetivo.

El caso de *Oposa vs Factoran*³⁰⁶, es un ejemplo de regulación de marco regulatorio desde la perspectiva de sostenibilidad, destacamos que un grupo de niños incluyendo un activista, junto con una organización sin fin de lucro demandó el alto a la destrucción de los bosques de su país, se basaron en su constitución de 1987 que reconoce la auto preservación y auto perpetuación, bajo estos argumentos se deslizo la teoría jurídica en forma jurisdiccional sobre el tema de equidad intergeneracional como un mecanismo para obligar a las generaciones presentes e imponer el deber de no abusar del medio ambiente para las generaciones futuras.

Lo anterior, aduzco con el objeto de mostrar cómo podemos sustentar los tratados de inversión pues en las cláusulas de sostenibilidad, deben ir inserta a todo contrato y tratado internacional como norma perentoria de *ius cogens*.

³⁰⁶ *Oposa et al vs Factoran S.Factoran, Jr, et al*, Suprema Corte de Filipinas, 30 de Julio de 1994.(GR.No.101083)

Balanceando el desarrollo y el alcance de la protección de la inversión y del inversionista. Regulando las asimetrías en los acuerdos internacionales medioambientales, en relación a los beneficios económicos y los daños medioambientales mediante cláusulas de sostenibilidad, que conlleva un mínimo de estándares sociales, ambientales y económicos, sobre todo en relación directa con el medio ambiente.

Incluyendo, Indicadores de desarrollo sustentable en relación con la inversión mercantil, ¿hasta dónde evito o disminuyo el daño ambiental contribuyendo a mejorar el cambio climático y desarrollo sustentable del país anfitrión. Puede medirse a través del índice de desarrollo humano.?

Para la propuesta de medición de un nuevo estándar de inversión ambiental que considere el desarrollo sostenible en relación con la inversión, habremos de considerar los indicadores del objetivo de desarrollo del milenio 7 de la ONU, para medir el desarrollo económico y el impacto de los beneficios en cuestiones de inversiones ambientales, considerando, la cláusula de *ius cogens* de cambio de circunstancias en materia de inversión ambiental por encima del *erga omnes* que a decir de, la diferencia estriba en:

Las Obligaciones *erga omnes* son preocupación de todos los estados en virtud de la importancia del derecho involucrado y es sostenida por tener un mismo interés de protección legal, estas son consideradas como obligación con la comunidad internacional, el concepto de obligación *erga omnes* es irrelevante para actos bilaterales de los Estados, aunque el principio de *erga omnes*, refleja una inconsistencia con el derecho internacional, ya que no hay una jerarquía superior por arriba de los Estados.

La función de una norma perentoria de derecho internacional como el *ius cogens*, a decir de Jan Anne Vos :

Es limitar la libertad de los actos bilaterales de los miembros de los Estados de la comunidad internacional, significa que la libertad de aquellos

miembros de los Estados es considerada como superior a la libertad de los actos bilaterales de los miembros³⁰⁷,

Megan Dersnah y Ron Levi Sostienen que:

los indicadores de derechos humanos, deben ir con líneas cruzadas entre los campos de los derechos humanos y los de desarrollo.³⁰⁸

En este mismo sentido, *Stephanie Palmer* apunta:

la privatización de los derechos humanos, tiene diferentes formas..y con ello transfieren funciones públicas con riesgos asociados deliberados a entidades privadas usando el estilo de competencia de mercado y eso afecta el derecho doméstico³⁰⁹; lo cual en mi opinión, en tratándose de cuestiones ambientales pone en riesgo los recursos naturales

2. Responsabilidad Internacional del Estado

2.1-Reconfiguración del Concepto de Soberanía permanente sobre los recursos naturales.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, sostienen respecto a los derechos económicos ambientales:

“Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional,

³⁰⁷ Vos Jan, Anne, *The function on public international law*, USA, Editorial Springer, 2013 p.253. Traducción Propia.

³⁰⁸ Dersnah, Megan y Levi, Ron “*Human Rights Indicators and Boundaries of accountability and opportunity*,” en Scolnicov, Ana y Tsvi, Kahana, *Boundaries of State, Boundaries of Rights*, Reino Unido, Cambridge University Press 2016. p.282 Traducción Propia

³⁰⁹ Palmer, Stephanie, “*Privatization and human Rights in the United Kingdom*” en Ana Scolnicov and Tsvi Kahana, *Boundaries of State, Boundaries of Rights* Cambridge University Press 2016. Traducción Propia pp.236,237.238.

En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”³¹⁰

Por su parte, la resolución sobre la Soberanía permanente de los recursos naturales, contiene 8 principios que a continuación se describen los más destacados:

“El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado, el segundo y tercer principio brindan la potestad de los países para fijar las condiciones de explotación de los recursos naturales y las ganancias deberán ser compartidas entre los inversionistas y el Estado.

El segundo y tercer principio, brindan la potestad a los países para fijar las condiciones de explotación de los recursos y las ganancias deben ser compartidas entre los inversionistas y el Estado, cuidando de no restringir por ningún motivo la soberanía del Estado sobre sus riquezas y recursos naturales.

Cuarto. La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública de seguridad o de interés nacional, las cuales se reconocen como superiores al mero interés particular, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopta ñas medidas.

Quinto. El ejercicio libre y provechoso de la soberanía de los pueblos y las naciones sobre sus recursos naturales debe fomentarse en el respeto de los Estados basados en su igualdad soberana.

Sexto. La cooperación Internacional, en el desarrollo económico de los países en vías de desarrollo... será de tal naturaleza que favorezca los intereses del desarrollo nacional independientemente de esos países y se

³¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Asamblea General de las naciones unidas de 1966

basará en el respeto de su soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales.

Séptimo. La violación de los derechos soberanos de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales es contraria al espíritu y a los principios de la carta de las naciones unidas y entorpece el desarrollo de la cooperación internacional y la preservación de la paz

Octavo. Los acuerdos sobre inversiones extranjeras libremente concertados por Estados soberanos deben cumplirse de buena fe, los Estados y las Organizaciones Internacionales deben respetar escrupulosamente la soberanía de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales de conformidad con la Carta.”³¹¹

Principios de supremacía de dignidad humana y de conservación de la especie medioambiental. La protección de los recursos naturales debe ser amplia en os tratados y convenciones internacionales y aplicarse esta tutela de forma horizontal, vertical y transversal regulación del estándar de “expectativa legítima”

Un ejemplo del balance entre el principio de soberanía de los recursos naturales y los derechos del inversor está en el Tratado de la Carta de Energía. Pues busca reducir al mínimo los riesgos no comerciales asociados a la inversión del sector

El derecho de los estados para disponer libremente de los recursos naturales está contemplado en el principio de soberanía permanente de los recursos naturales y fue reconocida también mediante el consejo de seguridad de la ONU.

Según señala Daniela Dam de Jong,

en la actualidad hay un debate en los literatos jurídicos internacionales sobre si este principio es parte del derecho consuetudinario internacional y sostienen que una característica es el derecho de la

³¹¹ Organización de las Naciones Unidas, Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General del 14 de Diciembre de 1962. Titulado “Soberanía Permanente sobre los recursos naturales”

autodeterminación de las personas de disponer libremente de sus recursos naturales, por tanto las personas son sujetos legales y beneficiarios de la soberanía permanente, ya que en virtud de los expresado en la declaración de 1962 ya citada, pues declara el derecho de personas y naciones sobre la soberanía permanente de los recursos naturales que debe ser ejercitado en interés del desarrollo nacional y este principio debe ser considerado como un atributo de la personalidad del Estado. Algunos ejemplos donde se recoge este principio es la declaración de Estocolmo y la de Rio³¹²

El derecho Internacional designa al Estado y a las personas como sujetos del principio de soberanía permanente, otro instrumento internacional que ha concede la facultad para regular sobre sus recursos naturales es la Convención de Montevideo de 1933, que define los derechos y deberes de los Estados.

El principio de soberanía permanente en palabras de Daniela Dam de Jong implica:

En el Estado como sujeto de protección, el derecho de disponer libremente de sus recursos naturales en atribución de su soberanía y, por otro lado, en el caso de las personas como sujetos y beneficiarios del principio, es el derecho a disponer libremente de sus recursos naturales, en su parte inherente a la autodeterminación, aunque en ambos casos es obligación del Estado ejecutar estos derechos.

Apunta que el derecho de autodeterminación se refiere al derecho de las personas, de libremente determinar su estatus político y perseguir libremente su desarrollo, social, cultural y económico y este derecho está en la Convención de Derechos Humanos, lo cual incluye el derecho de

³¹² Dam de Jong, Daniela, *International Law and Governance of Natural Resources in conflict and post-conflict situations*, Reino Unido, Cambridge University Press año. 2015. pp-48,49. traducción propia

disponer libremente de sus recursos naturales y tiene un carácter erga omnes.³¹³

Un ejemplo en la Protección del interés general del estado en el estándar de aplicabilidad del principio de tratamiento justo y equitativo de comercio de recursos naturales vemos algunos Países que han resuelto el control del interés general del Estado sobre la inversión en las siguientes formas:

USA, tienen un Comité de inversión extranjera, el cual revisa las propuestas de inversión, analizando que la transacción no importe un peligro para la seguridad nacional y el presidente decide si veta la operación o no.

En Australia,

los inversionistas extranjeros notifican su propuesta a un Comité de expertos, este cuerpo es el responsable de analizar este caso por caso para asegurar que el interés nacional es protegido y posteriormente, presentarlo al tesorero de la Nación, el cual decide sobre la propuesta de la transacción, el gobierno emite líneas específicas sobre cómo debe ser interpretado el derecho en los casos de inversión extranjera, y los inversionistas son obligados a cumplir con las condiciones impuestas por el gobierno, manteniendo los estándares de conducta y derecho todo el tiempo, cumpliendo en todo momento con su derecho.³¹⁴

En Francia, la inversión extranjera es para sectores estratégicos y mediante un procedimiento que hace el inversor en la secretaria de economía.

Es necesario trabajar responsabilidades comunes diferenciadas desde una nueva codificación del concepto de soberanía en las interacciones internacionales entre inversionistas y Estados, ya que el desarrollo económico sustentable que implica la preservación sostenible de los recursos naturales es interdependiente entre la economía y el medio ambiente, ambos se refuerzan cuando se considera

³¹³ Dam de Jong, Daniela *International Law and Governance of Natural Resources in conflict and post-conflict situations*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015, pp.58,78,79,80 Traducción propia

³¹⁴ Australian Government, Guidance of Foreign Investment Review Board, Policy documents. 2018. Disponible en: <https://cdn.tspace.gov.au/uploads/sites/82/2017/06/Australias-Foreign-Investment-Policy.pdf>

a la naturaleza al mismo nivel de protección que el ser humano. En este contexto tenemos que analizar los alcances de las nuevas concepciones de soberanía a la luz del matiz de los recursos bio- genéticos, hidroenergéticos.

El ejercicio de la soberanía permanente de los recursos, no solamente se vincula a una mera posesión de los recursos naturales, sino también a la libertad del Estado para disponer de modo soberano por los recursos naturales necesarios para abastecer a la población y garantizar su defensa en caso de necesidad.

Para ello es necesario tomar como referencia, la resolución 1515 de la Organización de las Naciones Unidas que apunta:

“Es el derecho Inalienable de todo Estado a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, en conformidad con sus intereses nacionales y en el respeto a la independencia económica de los Estados..”³¹⁵

De igual modo, en la declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo³¹⁶ apunta:

“que el derecho al desarrollo es un derecho inalienable del ser humano y de los pueblos, que incluye el ejercicio inalienable a la plena soberanía sobre todos sus riquezas y recursos naturales”

Por su parte en el Tribunal permanente de la Haya en el caso Isla de Palmas (Estados Unidos vs Países Bajos):

“La soberanía en las relaciones interestatales equivale a global independencia respecto a una parte del globo terrestre, es el derecho a ejercer en dicho lugar las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado... la soberanía en general es una situación reconocida y delimitada en el espacio”

Algunas limitaciones que observamos a este principio de soberanía de los recursos naturales y que se confronta con los derechos de los inversionistas entre

³¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, resolución 1515 de 15 de Diciembre de 1960.

³¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, resolución AG.Re 41/128)

lo local como parte de lo global, para homogeneizar el derecho de la inversión ambiental en la globalización, en donde los significados de las figuras jurídicas legales se transnacionalizan.

Así la globalización como proceso inserto en el ejercicio de la soberanía de los recursos naturales, nos conduce a un nuevo concepto internacional del mismo que otorgue a los Estados la capacidad de decisión para tener el control de su país sobre las políticas y programas para equilibrar el desarrollo económico sustentable y sostenible ligado a sus recursos económicos. Las consecuencias por violación a la responsabilidad internacional del Estado, son indemnizaciones monetarias

2.2-Clausulas de emergencia, Estado de necesidad y estabilización como medio de control del Estado.

En palabras de Peterkova Mitkidis Katerina “Las cláusulas de estabilización, son también cláusulas de sostenibilidad, ya que son provisiones de acuerdos en la protección de la inversión entre los gobiernos y los inversionistas extranjeros, esto con el objetivo de evitar que el país de la inversión cambie radicalmente la forma”³¹⁷

Las cláusulas de estabilización en los acuerdos de inversión tienen como propósito congelar los efectos de cambios adoptados por un Estado en su sistema nacional de derecho, ya que estas cláusulas de estabilización son libremente aceptadas por el gobierno no afectan el principio de su soberanía legislativa y poderes de regulación, se insertan dentro de los acuerdos de concesión y garantiza que no habrá ningún cambio en el sistema legal por ejemplo el asunto de Texaco vs Libia.³¹⁸ o el caso de Kuwait vs American Independent Oil Co.

Otra decisión jurisdiccional que afecta las cláusulas de estabilización, debido a esto puede haber expropiaciones ilegales que violan las clausulas y pueden afectar el alcance de la compensación que deberá pagar el Estado.

³¹⁷ Peterkova Mitkidis, Katerina, Sustainability Clauses in International Business Contracts, Editorial International Publishing, The Hague Netherlands, 2015. p 54

³¹⁸ Texaco Overseas Petroleum vs Libia, International Court of Justice february 1974.

Perú³¹⁹, es un ejemplo del empleo de cláusulas de estabilización, pues incorpora un anexo en sus tratados las siguientes provisiones relevantes para inversiones privadas garantizando estabilidad de derechos al inversionista extranjero en:

A). el derecho de la no discriminación). Régimen de impuestos). Derecho a elegir el uso de la más favorable divisa de cambio). libre disponibilidad de moneda extranjera.

3. Inter-temporalidad del derecho de Inversión ambiental en la globalización

3.1. Principio de prevención, precaución y subsidiaridad versus Riesgos de Inversión.

a). Principios de prevención, precaución y subsidiaridad aplicable en la inversión ambiental

Con el fin de enriquecer este apartado de la investigación, selecciono algunos debates o planteamientos teóricos sobre el Riesgo en la globalización, resultado de gran relevancia recordar a Ulrich Beck, quien viene a patentizarnos que vivimos insertos en una sociedad que el denomino:

“la sociedad del riesgo en donde los riesgos invisibles se vuelven visibles”³²⁰

En este sentido, los expertos de la UNESCO, definen riesgo como:

“una contingencia o posibilidad de pérdida o consecuencias negativas. Supone la posibilidad con cierto grado de probabilidad, de daño para la salud, el medio ambiente y los bienes, en combinación con la naturaleza y la magnitud del daño. La fórmula clásica para

³¹⁹ Duke Energy vs Republica de Perú. Caso N. ARB/03/28. *Disponibe en: https://www.italaw.com/documents/DukevPeruFinal_1Mar2011_Sp.pdf*

³²⁰ Ulrich, Beck, *La Sociedad del Riesgo*, TraducccionEditorial Paidos, 5ª impresión 2014. p.77

cuantificar el riesgo combina la magnitud del daño con la probabilidad”³²¹

En este orden de ideas, y debido a la trascendencia y vulnerabilidad del riesgo en que estamos expuestos surge el principio de prevención y precaución en materia ambiental, que a decir de la suscrita evoca intereses difusos y una posibilidad de generación del daño.

En este orden de ideas, para una mayor comprensión del tema, analizamos los planteamientos de Roberto Andorno, entorno a elementos de aplicabilidad de este principio de precaución, quien apunta que:

“los elementos para la aplicabilidad del principio: situación de incertidumbre acerca del riesgo potencial que da lugar a la adopción de medidas; evaluación científica que sustente sus posibles consecuencias de la inacción; perspectiva de daño grave e irreversible que comprometa la vida y salud de la población o el equilibrio del ecosistema; proporcionalidad de la medida a fin de evitar constituir una carga excesiva para la sociedad; transparencia de las medidas desde una doble perspectiva; inversión de la carga de la prueba, lo cual significa que quienes comercializan productos que eventualmente puedan causar daños graves que aporten los elementos contrarios a la sospecha del riesgo.”³²²

Desde mi acepción los elementos que justifican la implementación de este principio en la inversión ambiental son: En el principio de prevención se supone un riesgo conocido y pueden adoptarse medidas para neutralizarlo, tiene como fin evitar el daño grave e irreversible.

De igual modo, Para sustentar la importancia de la aplicabilidad del principio de prevención la Dra. Marisol Anglés Hernández, indica:

³²¹ Informe del grupo de Expertos sobre el principio Precautorio, UNESCO y COMEST (Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la tecnología).Paris.25 Marzo de 2005 p.28.

³²² Andorno Roberto, “Principio de precaucion”, en Tealdi, Juan Carlos(dir),Diccionario Latinoamericano bioético,Colombia,UNESCO-Universidad Nacional de Colombia.2008.pp346,347. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001618/161848s.pdf>.

Que es menester en el ejercicio de ponderación de derechos, privilegiar el intereses público sobre el privado, pues en caso de pasar inadvertidas las medidas jurídicas medioambientales, daría lugar a pasivos ambientales y sociales que el Estado tendría que sufragar y consecuentemente se legitimaría la evasión de la responsabilidad de los causantes del daño, situación que sería contraria a los fines del derecho.³²³

Para robustecer lo anterior, encontramos en el informe de la UNESCO

La tecnología es un mecanismo para hacer eficaz este principio de precaución pues además de contribuir a incrementar la expectativa de vida de las personas en cuestiones de salud, también puede ayudar a evitar riesgos para la naturaleza como producto de la actividad humana.³²⁴

Este principio implica la evaluación del impacto ambiental, con presupuestos de posibilidad de conocer de un posible daño ambiental, de acuerdo al conocimiento anticipado de la sostenibilidad y conservación del medio ambiente
Distribución de costos entre los grupos.

Desde el punto de vista de la Dra. Marisol Anglés principio de precaución opera:

Cuando hay peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la

³²³ Angles Hernández Marisol, *El principio Precautorio en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. UNAM 2018, p. 459

Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4733/21.pdf>

³²⁴ Informe del grupo de Expertos sobre el principio Precautorio, UNESCO y COMEST (Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la tecnología). Paris. 25 Marzo de 2005, pp.7,8. 28. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>

degradación del medio ambiente y agrega que este principio implica adelantarse a posibles daños.³²⁵

Así mismo, resulta pertinente destacar que para lograr la eficacia de este principio también es pertinente que el estado garantice dentro de los mecanismos de resolución de conflictos el derecho a la educación, para que los afectados de las poblaciones tenga un conocimiento más amplio del grado de afectación de sus derechos, tan como lo sugiere el Dr. Eduardo Oliva Gómez, cuando apunta:

“para hacer valido el reconocimiento de la educación como un derecho humano se requiere formulación de políticas públicas. acciones concretas del Estado, en virtud del carácter progresista de este derecho humano, lo cual es indispensable para fortalecer la eficacia del derecho a la educación “³²⁶

En virtud de lo anterior, la suscrita arriba a la conclusión que para la producción eficaz de este principio debe existir unas variables de interrelación entre el “principio precautorio- el contamina paga” dentro de un marco de aplicación inter-temporal del derecho en la globalización que otorgue la garantía del derecho humano a la ejecutabilidad de la protección del derecho al medio ambiente sano.

Al respecto, los expertos de la UNESCO sostienen que para favorecer estos principios es necesario clarificar el concepto de responsabilidad como “una obligación que incumbe a una persona en virtud de la legislación aplicable de

³²⁵ Angles Hernández, Marisol, *Acciones Colectivas en materia de Protección Ambiental, fallas de Origen*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, serie XLVIII n.144, 19 de Mayo de 2015.p.903.

Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/viewFile/4955/6306>

³²⁶Oliva Gómez, Eduardo, *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. Año III número 1 Artículo 11, Septiembre 2015. p.11-14. Disponible en: <http://files.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/2000022262fcb530c47/Sep%202015%2C%20Art11%20EI%20reconocimiento%20del%20derecho%20a%20la%20educaci%C3%B3n%20en%20M%C3%A9xico%20como%20Derecho%20Humano.pdf>.

indemnizar los perjuicios resultantes en un acción que le es imputable”³²⁷ y puede tener su fundamento en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se refiere a los principios generales del derecho como fuentes del derecho Internacional.

Artículo 38. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas deberá aplicar:

a). Las Convenciones Internacionales,

b). La costumbre Internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho,

c). Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d). Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

La carga de la prueba en el principio de precaución Foster Caroline comenta:

El hecho de revertir la carga de la prueba, no es del todo claro la evaluación o delimitación ya que emerge en un contexto de incertidumbre científica, y aun en el caso de que existiera una perfección los tribunales internacionales se dejan llevar más por el principio de contradicción en materia procesal internacional, para resguardar la garantía de debido proceso más que el principio de precaución para custodiar, conservar y resguardar los recursos naturales.³²⁸

En este sentido, es conveniente precisar en palabras de Corti Varela Justo sostuvo:

³²⁷ Informe del grupo de Expertos sobre el principio precautorio, Paris, marzo de 2005. UNESCO, *Ibíd*em, p. 24

³²⁸ E. Foster, Caroline, *Science and the Precautary Principle in International Courts and Tribunals*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2011. p.185

Que el principio de precaución es u complemento importante para la toma de decisiones, aun cuando no es posible basarse en datos científicos, de igual modo Dr.Frazier en Camarones externo que la ausencia de Información no probaba que no existía un daño. Así en otro caso de Productos Biotecnológicos, el Dr. Andow, desconfió de la opinión mayoritaria de los entómulogistas, cuando se les incoaba sobre los efectos de un insecticida que consideraban no crearía resistencias pero a la larga sí.³²⁹

Con lo anterior, ya puede existir daños y hechos lesivos para los cuales la ciencia es imperfecta pero que no por eso se deja de advertir una clara lógica de daño, como aconteció en otro caso de Productos Biotecnológicos.

Consecuentemente, para tener por cumplido dicho principio resulta aplicable en tales casos una prueba mínima, llamada prima facie, que se puede tener como suficiente para tener por cumplido el requisito del principio precautorio.

En Palabras de Corti Varela, “el principio de precaución es una forma de revertir la carga de la prueba administrativas, mas no así la carga de la prueba procesal.”³³⁰

Este principio en suma viene a dotar de albedrio o autonomía a los Estados para tomar medidas restrictivas, Sin embargo, hasta ahora es un tanto confuso su interpretación en los tribunales jurisdiccionales internacionales los estándares de su utilización de este principio de precaución. Es claro que el principio de precaución revierte la carga administrativa suavizando la obligación del Estado para adoptar medidas precautorias, no obstante, conviene puntualizar que dentro de ese principio opera la herramienta de prima facie (prueba mínima), pero no es suficiente para revertir la carga de la prueba procesal.

³²⁹Corti Varela, Justo, “*El principio de Precaución en la Jurisprudencia Internacional*”, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 69/1 enero –junio 2017.p.231.

Disponible en: https://www.jstor.org/stable/26181618?seq=1#page_scan_tab_contents

³³⁰ Corti Varela Justo, *El principio de Precaución en la Jurisprudencia Internacional*, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 69/1 enero –junio 2017.Idem.

La incertidumbre puede ser valorada por algunos jueces como prueba científica de baja credibilidad como se observa del criterio expresado en el caso de Plantas de celulosa sobre el Rio Uruguay ³³¹

En ese caso no obstante que había una violación al Estatuto del Rio Uruguay de 1975 se determinó que debido a que o había una prueba científica sustancial, integra, completa que probara la causa efecto de los daños, se declaraba inoperantes sus peticiones de Argentina sobre la demanda contra Uruguay por contaminación del rio y de fauna Marina.

Lo cual aconteció, de forma contraria en el asunto de caza de ballenas en el Antártico³³², en donde Japón utiliza como precedente, esta resolución citada previamente y toda vez que no existía evidencia científica del impacto de la caza de ballenas de este, entonces se permitía. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, cambio el Parámetro, invirtiendo la carga de la prueba sobre Japón, tomando como fundamento para esto el artículo VIII de la Convención Internacional de regulación de caza de ballenas de 1946, y determinando que las actividades de Japón cuyo objetivo era supuestamente de investigación científica no se basaba en la ciencia, o en la calidad de ciencia. Japón fue condenado por no disponer la calidad científica de su accionar.

Lo anterior, evidencia la importancia de crear instrumentos internacionales sostenible con el medio ambiente que proporcione herramientas que delimite los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros, frente al principio de precaución y soberanía de los Estados para regular sobre conservación y autodeterminación de sus recursos naturales, ya que como observamos en el caso de las ballenas de Japón, para garantizar efectividad a este principio precautorio,

³³¹ Argentina vs Uruguay, 20 de abril de 2010. Caso N. 135 Corte Internacional de Justicia, plantas de celulosa sobre el rio Uruguay. *Disponibe en:* <https://www.dipublico.org/cij/doc/177-full.pdf>

³³² Australia vs Japón: Interviniente Nueva Zelanda, Caza de ballenas en el Antártico, Sentencia 31 de Marzo de 2014. Corte Internacional de Justicia.

es la misma convención internacional³³³ que da la pauta para la reversión de la carga de la prueba cuando se argumenta la operatividad de este principio.

En virtud de esto, considero oportuno además de lo anterior, agregar que para garantizar la efectividad en el principio de precaución, además de transmutar su aplicabilidad de soft law a Hard law, es preciso establecer parámetros de derechos humanos claros que impliquen la reversión de la carga de la prueba tanto procesal al igual que la administrativa sin que ello implique transgredir la seguridad jurídica de las partes, de lo contrario estaríamos en una Institucionalización del daño ambiental que afectara a generaciones futuras y puede poner en peligro el ecosistema y la vida del planeta.

Parte de la problemática de este principio es determinar en la naturaleza la causalidad, la magnitud, naturaleza y probabilidad de los riesgos en la complejidad de sistemas que presenta la globalización y hay que tomar medidas necesarias, razonables, proporcionadas o suficientes para evitar riesgos y conservar el medio ambiente, ya que este principio tiene como objetivo su operatividad en casos de falta de certeza científica y de peligro de daño grave e irreversible.

En este sentido dentro de la literatura judicial se observa que algunos jueces como el Arbitro Griffith en asunto Planta MOX sobre atún de aleta azul, defendieron que el principio de precaución en asuntos medioambientales pudiese revertir el principio *actori incumbit probatio*, una vez demostrada la gravedad del daño hipotético y sin necesidad de demostrar ni la probabilidad de ocurrencia, ni la incertidumbre científica.³³⁴

Algunas de las condiciones para que se cumpla el principio de precaución son a decir de los expertos de la UNESCO:

³³³ Actualmente, existen otras convenciones sobre el cambio climático, No obstante, existe una nula claridad sobre las delimitaciones a los inversionistas sobre los derechos de propiedad y alcance del estado para regular políticas públicas medioambientales o energéticas.

³³⁴ Ireland vs United Kindom, International Tribunal for the law of the sea N.5310/ 71, The MOX plant case, List of cases. n.10 year 2001. Order 3 december 2001 pp.11, 71.

“La existencia de un grado apreciable de incertidumbre científica; La existencia de hipótesis o modelos sobre posibles daños que resulten científicamente razonables plausibles desde un punto de vista científico; que la incertidumbre no pueda reducirse a corto plazo, sin acentuar al mismo tiempo la ignorancia de los demás factores pertinentes mediante niveles más elevados de abstracción e idealización; que el daño potencial sea grave e incluso irreversible para las generaciones presentes o futuras; que sea indispensable proceder de inmediato.”³³⁵

b). Riesgos de Inversión para efectos de inversión ambiental.

Es dable decir, que el origen de la creación de la Convención ICSID, lo era para garantizar al inversionista su inversión contra riesgos políticos que afectaran sus intereses, por tanto, para clarificar este Concepto de riesgos de inversión al amparo de la Convención ICSID nos orientamos de la mano de Jo Jakobsen, quien apunta que:

Concepto de riesgo. como inestabilidad política, la cual puede resultar en el deterioro del clima de inversión general de un país, esto implica expropiaciones, nacionalizaciones, incremento de impuestos o control de moneda de cambio, esto en la intersección del medio ambiente y la empresa, por tanto causa pérdidas a las firmas, ya que estos son acciones del gobierno que directamente obstruyen la meta de la compañía multinacional.³³⁶

No obstante, lo anterior, es de advertir que la mayoría de los asuntos litigados ante el tribunal de inversión, devienen de cuestiones relacionadas con la inversión ambiental y que por su regulación del Estado entrañan un riesgo para el país anfitrión.

las situaciones de riesgo no son situaciones de clase o de inversionistas, el sistema de gestión judicial de riesgos a nivel internacional replica los posibles

³³⁵ Informe del grupo de Expertos sobre el principio precautorio, Paris, marzo de 2005. UNESCO, *Ibidem*, p. 31

³³⁶ Jo Jakobsen, *Political Risk and Multinational Company*, USA, Editorial Tapir, 2012.p.45

riesgos por ausencia de protección equitativa de los mismos en la cobertura a otros segmentos de clase otorgándoles garantías por algo que existe, no así por una probabilidad de que surja el riesgo, ya que la constante es el cambio perenne en la legislación nacional que se tiene que hacer dentro del entorno local para ajustar su políticas públicas en un contexto internacional que le demanda al estado el cumplimiento de determinados estándares de responsabilidad internacional.

Por tanto no es una garantía contra probables riesgos de inversión, sino más bien es un beneficio otorgado por inversión y que otorga desventajas frente a los inversionistas nacionales que en el caso de países en desarrollo les ocasiona con estas políticas comerciales desventajas comparativas económicas que difícilmente les ayuda a tener impacto en un mercado internacional, y que al no tener el impacto en un mercado internacional, el país anfitrión reduce sus importaciones, reduce la posibilidad real de repatriación de capitales, y por tanto se continua manteniendo el país en desarrollo en el mismo estatus quo.

Pues lo largo de la Historia de colonización mundial, siempre han existido, reformas legislativas, o cambios en la estructura de las normas que modifican la producción técnica de las mismas en el creando cierta cultura jurídica de legalidad en la sociedad derivada de patrones económicos, es decir, a nivel macroeconómico se cultiva una tendencia de liberalización que tiene como premisa el cambio, la volatilidad, la apertura, la libertad de dejar hacer, dejar pasar, lo cual implica un riesgo, entonces, al hacer esto se reconoce al cambio como un elemento teórico fundamental para el desarrollo.

No obstante, lo anterior existe una dicotomía en la apreciación jurídica de la norma que se transmuta a conveniencia de lo económico a lo jurídico de diferente forma, pues no se da la misma ponderación de valor, hay que recordar que las partes económicas lleva a la producción jurídica de un determinado marco jurídico y sociológico que tutelan ciertos valores y ejecutan ciertos derechos.

Al respecto Ulrich Beck apunta, que:

“la libertad dentro del riesgo se convierte en un daño irreversible, los conflictos que surgen entorno a los riesgos de la modernización, estallan por causas sistemáticas”³³⁷

Como calificar situación probable de riesgo, el hecho de que un problema este como constante en una situación, implica que cambia la variable de gestión de “posibilidad” a “cambio constante” lo cual hace inefectivo el instrumento internacional, por ejemplo un país en vías de desarrollo que en su devenir histórico, tiene variables de cambio constante en su legislación, no debería estar facultado para emitir un documento con cobertura para posibilidades, cuando lo que tiene en su activo histórico es una deuda histórica de cambios y eso ya no perfila en una situación de cobertura de posibilidad, por ello es que el instrumento resulta inoperante, y se torna una arma de doble filo. Porque al dar garantía contra lo que no existe, contra la improbabilidad del cambio, en un mundo globalizado de liberalización, que presenta riesgos sistémicos. Es evidente que el resultado será que se presenten situaciones de riesgo que pueden comprometer la seguridad nacional del país anfitrión.

A decir del Ministerio de Ambiente de Perú, los estándares jurídicos para hacer efectiva una evaluación de los riesgos ambientales e identificamos los peligros ambientales, hay que considerar lo siguiente en la gerencia de riesgos ambientales: la probabilidad y gravedad de las consecuencias que incluye:

- a). El entorno natural- calidad del medio;
- b). entorno humano-población afectada o socio económico-patrimonio y
- c) entorno de capital productivo como patrimonio histórico, servicios, e espacios naturales protegidos actividad agraria)

de igual modo en cuanto a la evaluación de la Peligrosidad, se considera la toxicidad, posibilidad de acumulación, bioacumulación, etc.³³⁸

³³⁷ Ulrich Beck, La Sociedad del Riesgo, *Ibidem*, Edit. Paidós, p.57.

³³⁸ Gobierno de Perú, *Guía de Evaluación de Gestión de Riesgos Ambientales*, Ministerio del Ambiente de Perú, 2010, p.26. Disponible en: <http://sinia.minam.gob.pe/download/file/fid/39473>

De igual modo, cabe precisar que, en el análisis de los Riesgos, es un instrumento de gestión ambiental que se desarrolla dentro de la evaluación de impacto ambiental, mismo que consiste en elaborar un mapa de elementos y situaciones de un ambiente o producto que represente riesgos al medio ambiente o salud de las personas.

3.2-Garantias contra riesgo en la Inversión vs medidas de remediación ambiental.

Uno de los principales problemas en la gestión de riesgos es la metodología con que se evalúa el riesgo o los Pasivos ambientales es definido como:

La suma de los daños no compensados producidos por una empresa al medio ambiente en su actividad normal o en su caso derivado de accidente, son deudas a la comunidad y que abarca un conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos e indirectos en plazo corto o largo plazo a los seres vivos.

En este mismo sentido el principio 21 de la declaración de Estocolmo apunta:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”³³⁹

De igual forma los artículos de la Carta de las Naciones Unidas establecen:

“Artículo 2. Elementos del Hecho Internacionalmente ilícito del Estado:

³³⁹ Definición fuente: Declaración de Estocolmo de 1972 estipula como necesidad de los Estados desarrollar dentro de su ámbito la responsabilidad y la indemnización las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a). Es atribuible al Estado según el derecho Internacional
- b). Constituye una violación de una obligación Internacional del Estado

Artículo 5. Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero este facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Artículo 30. El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) a ponerle fin si este hecho continuo, b). ofrecer seguridades y garantías de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito y 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”³⁴⁰

Resulta pertinente mencionar que estos pasivos ambientales, resultan de un inadecuado e ineficiente medida de remediación ambiental, que no son cubiertas por garantías de inversión o de riesgo de la inversión en forma privada, ni tampoco existe un soporte de estructura legal en la convención del CIADI, que obligue a un inversionista que esta al amparo de esta convención, tener una garantía para satisfacer el requerimiento amplio de una medida de responsabilidad por daño ambiental o remediación ambiental del Estado anfitrión, y que pueda

³⁴⁰ Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente ilícitos (AG/56/83).

hacerse valida incluso al inversionista su ejecutabilidad en vía de alcance en otro país en el que tenga la inversión.

Para una mayor claridad del concepto de Pasivo ambiental, retomamos la definición de la CEPAL, que indica:

“Es la obligación legal de hacer un gasto en el futuro por actividades realizadas en el presente y el pasado. Es una obligación que se origina en pérdidas significativas de bienestar o riesgos inminentes para las personas, que se presentan como consecuencia del detrimento de los recursos naturales renovables, estos pasivos ambientales se pueden clasificar en:

Pasivo contingente. Costo probable de asumir la reparación de un daño ambiental, una sanción o una obligación ambiental existente con anterioridad al negocio jurídico.

Pasivo huérfano. es una externalidad del proceso de explotación de recursos naturales, donde hay una responsabilidad sin establecer y puede presentarse por alguno de los siguientes factores: a) un impacto ambiental atendido de forma inapropiada en el plan, b) un impacto ambiental no previsto desde el inicio y por tanto no es atendido durante el desarrollo del proyecto c) aplicación de un estándar pasado que con el tiempo se volvió inapropiado, d) incumplimiento de normatividad o estándar ambiental e) monitoreo inapropiado para identificar deterioros de la calidad ambiental que se generan y acumulan a largo plazo o en una escala mayor f) situación de riesgo contingente de grandes consecuencias como un sismo”³⁴¹

Todo lo anterior evoca grandes daños a la naturaleza, consecuentemente, es importante aclarar elementos y conceptos de daño ambiental que a decir de García López Tania:

³⁴¹ Oblasser, Angela, *Estudio sobre lineamientos, incentivos y regulación para el manejo de los Pasivos Ambientales Mineros (PAM)*, Organización de las Naciones Unidas, CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Cooperación Alemana Deutsche Zusammenarbeit, 2016. p.20. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40475/S1600680_es.pdf;jsessionid=F2BC82B18E230FDD41DEE8585811846A?sequence=1

“Los daños, son autónomos y la reparación de estos beneficia a toda la sociedad, y este daño puede producirse como consecuencia de un transgresión a la norma jurídica internacional”³⁴²

En este mismo orden de Ideas enfatizamos que algunos de los Convenciones internacionales que contemplan un apartado sobre daños al medio ambiente están: el Convenio sobre Responsabilidad Civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (junio de 1993), Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (21 mayo 1963), Convenio sobre responsabilidad Internacional por daños causados por objetos espaciales (29 marzo 1972), Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar (1º diciembre de 1982), Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (22 marzo 1989), Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (10 diciembre 1999), Convenio sobre Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (marzo 1992), Convenio sobre derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (21 mayo 1997).

Lo anterior, debido a que los efectos colaterales que producen las situaciones de riesgos no son situaciones de clase, pues los efectos colaterales por la producción de los daños ambientales se solventan de diferente forma, por ejemplo: una familia en pobreza que vive a las orillas de un río, el cual es contaminado, puede ocasionarles problemas de salud que incluso pueden quitarle la vida por no contar con los recursos económicos necesarios para atención médica.

Al respecto Organizaciones Internacionales de Evaluación y fiscalización medioambiental han definido que el alcance de los pasivos ambientales, implica una circunstancia o factor que conlleva posibilidad de daño, como pozo

³⁴² García López, Tania, *Principio de la reparación del daño ambiental en el derecho internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Vol. II 27 de febrero de 2018. p. 1

abandonado, suelo contaminado por derrames o residuos todo lo que haya sido generado por el operador que explota el recurso natural, una vez que terminaron o cesaron sus actividades.³⁴³

Al respecto la OECD propone ciertos valores a implementar como estrategia a considerar dentro de las políticas públicas, para una estrategia de crecimiento verde fundamentales en mi opinión, entre las que destacan:

“a). Asignar valor y precio a los bienes naturales y los servicios de los ecosistemas

b). Eliminar subsidios que dañan el medio ambiente.”³⁴⁴

El problema es que cuando se calcula el riesgo en la inversión se estiman intereses e incluso se financierizan los mismos, generando una gran bola de nieve, en comparación con la apreciación económica que se hace sobre el riesgo ambiental o los pasivos ambientales.

Es decir; no existe jurídicamente una disposición que permita cuantificar económicamente y valorizar los pasivos ambientales como fenómenos irreversibles, esta inexistencia en la definición de la realidad del hecho y laguna o ausencia de la figura jurídica que describa el hecho, libera de la posibilidad de cuantificar el valor de una tasa que conlleva consecuencias futuras por la contaminación de la empresa en la sociedad, ya que al basarse el sistema en la negativa por incertidumbre van creando menos protección del medio ambiente, menos regulación efectiva que vaya completando estos huecos y generando mayor incertidumbre.

Dentro de la tipificación de los costos ambientales deben considerarse los costos indirectos que vienen por disminución de la capacidad de autoproducción y mantenimiento de la comunidad en el aspecto económico, cultural y social. Por

³⁴³ Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, OEFA, *La Identificación de Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos*, 2013, pp.7-27. Disponible en: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=20078.

³⁴⁴ OCDE *Perspectivas ambientales de la OCDE hacia 2050*. Marzo 2012. p.7. Disponible en: <https://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/49884278.pdf>

tanto, vale la pena hacer la reflexión sobre si , los pasivos ambientales son un gasto o una inversión? ¿Un activo o un pasivo realmente?

Norma internacional de contabilidad sobre activos y pasivos contingentes NIC 37, en función de eso me pude ayudar a ponderar el grado de peligrosidad y la gravedad del riesgo del pasivo ambiental, y la deuda del inversionista respecto de esta en comparación con los daños por la pérdida o disminución de su capital de inversión que trae como consecuencia una posible expropiación indirecta

En este sentido la Organización de las Naciones Unidas emitió una resolución en la cual sugiere:

“24. Las empresas tienen la obligación de divulgar información sobre la existencia de pasivos ambientales...en las notas de los Estados Financieros debe estimarse la información sobre el hecho de que no puedan hacerse, así como las razones que lo impiden.

25. Cuando el daño ambiental afecta a propiedades de la empresa o cuando operaciones y actividades de la empresa causan daño a otras propiedades con respecto a las cuales la empresa no tienen la obligación de remediar el daño provocado, en las notas financieras debe divulgarse información sobre el alcance del daño. En caso de que exista una posibilidad razonable de que en algún ejercicio futuro la empresa este obligado a remediar el daño, debe estudiarse la posibilidad de divulgar información sobre la existencia de un pasivo eventual.

27.Los costos relacionados con la restauración de sitios o la clausura o la eliminación de activos de larga duración surge en el momento en que se producen los daños ambientales correspondientes, el reconocimiento del pasivo ambiental debe efectuarse en ese momento”³⁴⁵

Cabe agregar a lo anterior, que para lograr la remediación de los pasivos ambientales hay que apelar a determinar las consecuencias del daño ambiental a

³⁴⁵UNCTADContabilidad Financiera y Presentación de Informes Ambientales por las Empresas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 3 de Diciembre de 1997.p.16.TD/B/COM.2/ISAR/2.Disponible en: <https://unctad.org/es/Docs/c2isar3s.pdf>.

través del tiempo, incorporando factores de daños y perjuicios por violación de derechos humanos ambientales, la disminución de su capacidad de producción de un lugar natural de las personas de la localidad e incluso del país, examinando como afecta a su contribución per-cápita nacional o sector de actividad comercial primaria, la indemnización para víctimas, secuelas.

Es de hacer relevante que este tipo de coberturas empezaron a crearse en 1948 con el plan Marshall,³⁴⁶ Dentro de las garantías de inversión extranjera se debe incluir la cobertura de remediación ambiental e incluso extensión internacional por pasivos ambientales, al respecto resulta oportuno destacar la labor del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, perteneciente al Banco mundial que ofrece garantías o seguros contra riesgos políticos y mejoramiento del crédito a inversionistas, igualmente asegura las inversiones de los inversionistas en países de desarrollo, cabe decir que en algunos casos asegura una inversión realizada por un nacional del país receptor siempre y cuando los fondos se originen fuera del país, también las organizaciones sin fines de lucro pueden ser admitidas en ciertas condiciones comerciales, también ofrece cobertura en emisiones de bonos, mercados de capitales, franquicias, licencias.

“Las garantías de MIGA protegen las inversiones contra riesgos no comerciales y pueden ayudar a los inversionistas a acceder a fuentes de financiamiento en mejores términos y condiciones; le proporciona protección contra medidas gubernamentales que podrían causar trastornos en los proyectos y les asiste en la solución de diferencias entre inversionistas y gobiernos, así como también brinda protección contra riesgos políticos”³⁴⁷

Se pretende dar garantía por algo que en realidad existe, y que es amparada por otros instrumentos creados por la OCDE como el MIGA, este organismo colabora con otras aseguradoras internacionales para incrementar su

³⁴⁶ Office of the Historian, Department of State, United States of America, “ *milestone 1945-1952, Plan Marshall*”, Milestone in the History of U.S foreign Relations.p.2.Disponible en: <https://history.state.gov/milestones/1945-1952/>

³⁴⁷ MIGA, Multilateral Investment Guarantee Agency, en Washington en 1986

capacidad de cobertura, mediante el programa CUP (Cooperative Underwriting Program). En los riesgos políticos cubiertos por MIGA están:

A). Inconvertibilidad de moneda y restricciones a la transferencia (depreciación monetaria no está cubierta)

b). Expropiación, da protección contra pérdidas derivadas de medidas realizadas por el gobierno en caso de privar al inversionista el control o derechos sobre su inversión y limitarlos en alguna medida, se cubre la expropiación progresiva por actos que con el correr del tiempo tienen un efecto expropiatorio.

c). Guerra, terrorismo y disturbios civiles, perdida destrucción o desaparición de activos

d). Incumplimiento de Contrato. pérdidas derivadas del incumplimiento o rechazo por el gobierno de un contrato con el inversionista, incluso puede abarcar obligaciones contractuales de empresas públicas en determinadas circunstancias, en este caso se debe acudir a un mecanismo de resolución de diferencias y se pagara la indemnización si el inversionista no obtuvo un laudo favorable.

e). protección por incumplimiento de obligaciones financieras cuando un Estado no cumple con un pago en el vencimiento establecido en virtud de una obligación financiera de pago incondicional.³⁴⁸

Por otro lado, existen los fondos de garantías de inversiones adicionales al MIGA, como:

1. FOGAIN,³⁴⁹ Overseas Private Investment Corporation (OPIC), Export-Import Bank of the United States (EXIM), y en el mercado privado esta Zurich, AIG, Covi, IRUEÑA global

2. AON Empower results³⁵⁰, por ejemplo: brinda seguro de crédito. dando cobertura protegiendo a las empresas frente a pérdidas sufridas por

³⁴⁸ MIGA, Multilateral Investment Guarantee Agency, Annual Report, año julio 2015 p.3. Disponible en: <http://www.miga.org/sites/default/files/archive/Documents/Annual-Report-2015.pdf>

³⁴⁹ FOGAIN, Fondo de Garantía de Inversiones, Disponible en: <https://www.fogain.com>

insolvencia o falta de pago prolongada de los compradores por sus mercancías; Riesgo político. contra acciones o inacciones de un gobierno extranjero, su propio gobierno o de un tercer país, que puedan hacer peligrar el desarrollo de proyectos e inversiones; factoring y titulización

Lo antes expuesto, son un ejemplo de las coberturas de seguros por riesgos políticos de inversión extranjera, la mayoría de las aseguradoras coinciden en sus coberturas, algunas agregan otros servicios como: abandono forzado de la inversión, embargo o incautación, daño intencionado, terrorismo, alteración del orden público, a consecuencia de un sistema legal coaccionado por la política que genera debilidad institucional, además, hay que diferenciar un riesgo comercial de un riesgo de inversión, los relacionados con el comercio están relacionados a la venta de bienes o servicios a entidades gubernamentales y son garantizadas con pólizas llamadas “contract Frustration”, un fallo en la administración del país puede ocasionar quiebra o cese de obligaciones para el inversionista..

4. Administración de Justicia Internacional de la inversión ambiental

De igual modo dentro de las normas del pluralismo global, también se niega el monopolio del estado para crear normas, no obstante, coincido con Anne Peters cuando apunta:

se puede crear el derecho, mediante los procedimientos de justicia internacional, que se desarrollan mediante la gestión de casos como un derecho general³⁵¹

Consecuentemente, los actores sociales también pueden ser creadores de derecho transnacional, en ese espacio donde por su ausencia de regulación de inversión ambiental, genera los países “paraísos contaminantes” los cuales en opinión de Fernanda Queiroz-Sperotto son:

“los segmentos industriales altamente contaminantes que migran de países desarrollados a países en desarrollo”³⁵²

³⁵⁰ AON empower results, *Disponibe en: <http://www.aon.com/empowerresults/>*

³⁵¹ Peters Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge University Press 2016. United Kindom. p.549

Un ejemplo operación efectiva administración sustantiva de justicia internacional es eficientando los tratados de inversión como Chile, el cual protege la inversión extranjera ambiental en los tratados de libre comercio, mediante las siguientes cláusulas que inserta en su tratado en el Capítulo XI del TLC con USA particularmente el artículo 1114 estipula:

“Reconoce el derecho de las partes a establecer sus propias normas ambientales, garantizando altos niveles de protección ambiental en las mismas, al tiempo de exigir a las partes que apliquen efectivamente su legislación ejerciendo su derecho a la discrecionalidad en cuestiones ambientales, las partes garantizaran que los procedimientos judiciales o administrativos se encuentren disponibles para sancionar o reparar infracciones a su legislación ambiental, así como el derecho de acceso de las personas a reparaciones en caso de daños ambientales³⁵³

Al respecto cabe destacar que el principio de precaución es un punto clave de la política medioambiental europea, y parte importante por lo cual en Europa están diseñando un sistema alternativo de solución pacífica de diferencias entre inversionistas extranjeros y Estados., y han diseñado como mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones un tribunal más sostenible para tal efecto, al que han denominado Tribunal Multilateral de Inversiones o Multilateral Investment Court que trabajara bajo las reglas de UNCITRAL (United Nations Comission on International Trade Law) .³⁵⁴ aunque existe esta nueva propuesta de tribunal continua existiendo una falta de democratización en los procesos

³⁵² Queiroz-Sperotto, Fernanda, *La formación de Paraísos de contaminación*, EURE, Vol. 44, N.132, Mayo 2018,p.1 Redalyc, Red de Revistas Científicas de America Latina y el Caribe, Disponible en:<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19655175010>

³⁵³ Rodas, Mauricio, *Cláusulas ambientales y de Inversión Extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile*, Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe(CEPAL) Diciembre de 2003.p.14

Disponible en:
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5777/S0312934_es.pdf?sequence=1

³⁵⁴ Tribunal multilateral de Inversiones, 20 de marzo de 2018.
Disponibe en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/>

internacional, porque aquellos que se ven afectados por la conducta poco ética de un inversionista está facultado para incoar la acción jurisdiccional internacional.

Brasil usa otros medios para resolver controversias como *acuerdos de cooperación y facilitación de inversión*, el cual no menciona protección de inversión o sistema ICSID.

India, por su parte ha instalado un nuevo modelo en los Tratados bilaterales de Inversión, que excluye el trato justo y equitativo y las cláusulas de tratamiento de la nación más favorecida y antes de convertirse en un problema de arbitraje entre Inversores vs Estado, los inversionistas deben agotar los remedios locales por 5 años, Sudáfrica ha excluido el arbitraje como una instancia de mediación. Otros Estados que han hecho modificaciones es Bolivia, Ecuador, Venezuela.

Lo anterior pone de manifiesto que en el sistema de administración de justicia internacional no fortalece la garantía de que grupos minoritarios defiendan sus derechos medio ambientales frente al inversionista y continúa siendo una herramienta contra cambios legislativos de los Estados que afectan a las compañías extranjeras. El derecho Internacional de inversiones consiste en un mecanismo de promoción de inversiones

De igual modo, existe una desproporción legal para exigir responsabilidad a los inversionistas, derivada de la configuración legal de la protección de los inversionistas en función de su nacionalidad, en lo cual coincido con el análisis de García Bolívar Omar quien sostiene:

Las personas jurídicas relacionadas con un inversionista de nacionalidad del país de origen en términos de control, podrían ser considerados inversionistas extranjeros, independientemente del lugar de registro, incluso si esta persona se ha registrado en el país anfitrión, pero para efecto de responsabilidad del inversionista extranjero, el país anfitrión no podrá hacer responsable al resto de las personas jurídicas relacionadas

con el inversionista extranjero, porque se trata de personas jurídicas diferentes³⁵⁵

Otro asunto que acapara la atención, es que si el sistema del CIADI tiene por objeto resolver pacíficamente las disputas y avenir a las partes para llegar a un arreglo, de acuerdo al reporte de ICSID, resulta claro que los Árbitros están poco calificados para ser mediadores y cumplir con éxito de avenir una disputa sin entrar en la controversia legal o bien, el propósito de los árbitros está ligado solamente al lucro o ganancia por dictaminar el fallo, es decir, se benefician de juicios largos contra el Estado. Más que de solucionar pronto y pacíficamente. pues se advierte que:

“del 100% de asuntos sometidos a ICSID, solamente logran conciliar el 8% y el 2 % bajo las reglas del mecanismo complementario.”³⁵⁶

En este mismo sentido, resulta pertinente atisbar el hecho que algunos inversionistas acuden a utilizar la titulización o el factoring para vender los derechos litigiosos sobre el arbitraje a terceras personas o entidades que los patrocinan, como los fondos de inversión, donde en contraprestación reciben un porcentaje de la compensación del inversionista,

De esta forma, los estados anfitriones se podrían colocar expuestos a una situación de riesgo que debido a la cantidad excesiva de compensación a pagar al inversionista procedente de un laudo, no solamente se vea forzado a reducir sus políticas públicas para cumplir con el adeudo requerido por una tercera persona diferente con la que se contrajo problema original, sino que además puede poner en riesgo y comprometer su seguridad y estabilidad económica nacional, debido a

³⁵⁵ García Bolívar, Omar E. *La crisis del Derecho Internacional de Inversiones extranjeras*, Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión. Año 3 N.5. 2015.p.150. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830179.pdf>

³⁵⁶ ICSID Caseload-Statistics (2018-1) p. 8 Disponibe en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf)

que por la comercialización o cesión de los derechos litigiosos este puede recaer el titulización de pasivo en un inversionista con nacionalidad de la cual ninguna parte está sujeta a las reglas del CIADI o podría ser de la nacionalidad del mismo país anfitrión.

No hay procedimiento para evaluar el riesgo de un inversionista con antecedentes de reclamos y demandas con él o este que increpe litigios no hay un sistema de transparencia de los principales demandas presentadas por inversionistas en cuestiones de medio ambiente y quienes son las empresas a nivel internacional quienes más incumplen con los estándares de ética ambientales y continuamente utilizan este tipo de acciones legales, incluso con la formalidad de evitar una quiebra o cobrar un seguro que les pueda servir para capitalizarse, no hay un sistema de quiebras internacional en cuestiones de inversión ambiental para las empresas que este respaldada por una estructura jurídica internacional y de transparencia a distintos sujetos sociales y económicos.

Lo anterior, pone de relieve que el Estado debe ser tajante y enfático en negar inversiones, si estas no contribuyen al desarrollo económicos del país y se cuantifica y cualifica en términos de una sostenibilidad intergeneracional ambiental, económica y jurídica, de igual modo, también coincido con García Bolívar Omar en el sentido que deberían hacer algunos países es en limitar el objeto de disputas, como lo hizo Ecuador donde expresamente indico que las disputas relativas a los recursos naturales no serían materia de consideración de los tribunales arbitrales.³⁵⁷

Los derechos humanos ambientales, además de los pasivos ambientales generados por inversiones extranjeras, no son considerados en el momento de hacer el balance de los pasivos que reclama el inversionista ante el ICSID, consecuentemente, observamos el hecho jurídico como atinadamente sostiene el Doctor Ricardo Tapia Vega en lo que sigue:

³⁵⁷ García Bolívar, Omar E. *La crisis del Derecho Internacional de Inversiones extranjeras*, Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión. Año 2 N.5. 2015. p.157

“Los derechos humanos, una vez positivizados en los textos jurídicos fundamentales que integran el parámetro de control de regularidad constitucional, gozan de una doble cualidad, ya que por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos que se constituyen como verdaderas inmunidades oponibles (función subjetiva), y por el otro, se traducen en elementos objetivos que permean todo el ordenamiento jurídico en virtud de que unifican, identifican, e integran en un sistema jurídico determinado a las restantes normas que cumplen funciones más específicas (objetiva)...por tanto para garantizar los derechos humanos la autoridad debe diseñar procedimientos competencias y responsabilidades para potenciar el derecho”³⁵⁸

4.1-Elementos de Acceso a Justicia y Jurisdicción

Acceso a justicia internacional. consiste en el derecho de toda persona a tener un espacio legal, para hacer valer su garantía inherente a su calidad de ser humano en una sociedad dentro de una inter-temporalidad espacial de la norma. El acceso a justicia es un derecho humano de seguridad jurídica básico, pues supone partir de una garantía jurisdiccional en un proceso para la persona y par el Estado.

Al respecto conviene recordar la visión del Doctor Ricardo Tapia, cuando apunta:

“El derecho procesal es visto como una prerrogativa soberana del Estado, se refiere al uso de poder de mando o del control político que se ejerce... implica la existencia de algún tipo de gobierno independiente que se apoya en la racionalización jurídica del poder. La soberanía incorpora la noción de legitimidad en oposición al uso arbitrario de poder y así se traduce en el ejercicio de la autoridad que reside en el pueblo”³⁵⁹

³⁵⁸ Tapia Vega. Ricardo y González Ibarra, Juan de Dios, *Derecho, et al, Buen Gobierno*, Tapia Vega Ricardo *Reflexiones sobre Buen Gobierno y Medio Ambiente Sano en México*. Editorial LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados. 2017, pp.41,42

³⁵⁹ Tapia Vega Ricardo, “*El proceso en clave de Derechos Humanos*”, en Becerril Gil Anahiby, Tapia Vega Ricardo y Oliva Gómez Eduardo, (coord) *Temas selectos 2 Hacia el ámbito*

Un ejemplo de cómo garantizar el acceso a justicia en el derecho internacional esta de manera equiparada en el Sistema Interamericano de derechos humanos, sin embargo, cabe aclarar que este sistema es inoperante para hacer valer derechos contra inversionistas, porque como ya se ha descrito en otros capítulos anteriores, estaría en desventaja el incoar la acción de la justicia ante este sistema, ya que en primer orden se tendría que agotar los recursos ordinarios de defensa en el país anfitrión y en segundo lugar, porque una persona o entidad puede ocurrir ante la justicia interamericana de derechos humanos demandando un acto de una autoridad soberana, mas no así una violación a un derecho humano de una entidad corporativa o inversionista extranjero.

En este contexto, cabe precisar que el derecho a disfrutar de un ambiente sano es un derecho humano considerado de tercera generación, ya que de él depende que se reproduzcan otro tipo de valores esenciales para la existencia y vida digna del ser humano.

Otro punto que se resalta por lo cual abonamos que se encontraría en desventaja, es porque para el inversionista no se exigen agotar recursos previos antes de increpar demanda contra el Estado, ya que al existir la convención entonces por ficción legal adquiere la misma jerarquía de un Estado y lo demanda como su igual.

Concatenado a lo anterior, no pasa inadvertido que cuando dentro de los contratos internacionales no se estipula una clausula compromisoria, puede dar lugar a un desconocimiento jurisdiccional para someter el conflicto ante árbitros en virtud de la inexistencia de esta cláusula.

En mérito de lo expuesto, resulta relevante la gestión sobre el impacto de respuesta al sistema ICSID, como en el caso de Perú, que tiene a su cargo expertos que analizan los alcances de los tratados e implementan estrategias con conocimiento en el sistema y mejorando la negociación en posiciones estratégicas, el gobierno tiene unas guías de negociación respecto provisiones de

solución pacífica de diferencias, proporcionando elementos específicos de cláusulas en los contratos con un mínimo de estandarización.³⁶⁰

Justicia transnacional en la inversión ambiental en la era de la globalización, debe dar la garantía de poder hacer exigible todo esos derechos descritos con anterioridad considerando también la dignidad de la naturaleza y de los seres humanos más incluso que el valor o pérdida pecuniaria, con esto no quiero decir, que el inversionista deba darse por vencido y ver disminuida su expectativa de ganancia, esto implica dar el giro del paradigma de vencedores y vencidos, por otro más sostenible para ambas partes, en donde acorde a los antecedentes de responsabilidad social de la empresa junto con sus inversionistas.

En primer orden, sean considerados o disminuidas sus adeudos por imprevisiones ambientales, en un marco de transparencia, rendición de cuentas, y liquidación de pasivos ambientales junto con los detrimentos o menos canos pecuniarios que se argumenta de la inversión, en segundo término, procedimientos pre-establecidos de auditoría legal de inversión ambiental, tercero lugar, procedimientos de remediación ambiental enlazados con vigilancia y supervisión, de procedimientos de quiebras y liquidación de inversión ambiental por parte del Estado, cuarto. si existe antecedentes de una verdadera responsabilidad social medioambiental y buena evaluación del compromiso de largo tiempo con el desarrollo económico del país anfitrión, puede resultar plausible dar otro tipo de estímulos pecuniarios para empresas que estén en una situación de crisis financiera, debido a causas no imputables a ellos, es decir, que por el cambio de circunstancias de una situación legal en el país anfitrión, se les ofrezca nuevos esquemas para recuperar la inversión programada. Siempre y cuando existan pruebas evidentes y contundentes de su compromiso al desarrollo social, medio ambiental, así como económico del país anfitrión.

Debido a lo expuesto con anterioridad se fundamenta la legitimidad de los procedimientos internacionales de justicia pues responde a violaciones de

³⁶⁰ United Nations Conference on Trade and Development, *“Best practices in Investment for development”*, *How to prevent and manage investor-State disputes: Lessons from Peru*, 2011, , Investment Advisory Series B, number 10 .pp.32, 36 traducción propia. Disponible en: https://unctad.org/en/Docs/webdiaepcb2011d9_en.pdf.

derechos humanos masivos, y de diferentes grupos o sectores minoritarios que se ven afectados y que por no contar con poder económico son partícipes de un círculo económico que los vuelve a colocar a ellos en la misma situación de pobreza y precariedad y a los inversionistas en la búsqueda de un lado a otro de excedentes y utilidades económicas que retornen a su capital, pero que a largo plazo minimizara su inversión por la supresión o explotación irracional de los recursos humanos, naturales, pues dentro de la globalización, el mismo conflicto se perpetuara en otros países, por tanto, lo que se pretende es dar solución sustentable y sostenible a esta problemática mediante este tipo de procedimientos que nos conduzca hacia una efectiva gobernanza global que es un primer derecho universal de conciencia, como conquista ineludible de toda la humanidad con un mundo más equitativo, con paz y seguridad..

En este sentido, en mi opinión para coadyuvar con la gobernanza global en el ámbito de la inversión ambiental, en el protocolo a la convención ICSID, se sugiere agregar en el sistema de inversiones medios de impugnación, pues con el desarrollo de un mecanismo de apelaciones, brindara más imparcialidad y certeza jurídica sobre el procedimiento, así como delimitar jurisdicción de inversiones regional con jueces permanentes sin conflictos de intereses, designados de forma permanente, en donde los jueces sean nombrados por un determinado periodo de tiempo para reducir costos jurisdiccional institucional, evitando designación de jueces de la misma nacionalidad, una secretaria permanente, con servicios de mediación y conciliación a través de profesionales diferentes a los jueces.

La financiación de estos nuevos sistemas de resolución de conflicto, puede ser efectuada por los Estados, como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los lineamientos de este protocolo de inversión ambiental puede estar designado por regiones, con sus modificaciones respectivas, o empezar a configurar el tribunal especial de inversiones ambientales- regional, instaurando el Estado mecanismos de negociación, conciliación y mediación previos al arbitraje de inversión como se sugiere en el informe.

La garantía al acceso de los derechos difusos ambientales debe ser contemplado dentro del acceso a justicia, el cual es considerado un derecho fundamental, para Cappelletti y Garth el derecho del acceso a la justicia puede entenderse bajo dos propósitos: el primero relacionado con un sistema de justicia asequible para todos, y el segundo, en torno a los resultados, los cuales deben ser social e individualmente justos.³⁶¹

4.2- Responsabilidad universal en inversión ambiental

Esto significa, estar comprometidos al respeto universal de los derechos humanos, los cuales van más allá de una norma, ya que son derechos humanos inalienables de la persona y del medio ambiente natural o de la naturaleza, implica un compromiso de conciencia social universal trans- generacional.

En este sentido cobra vigencia, e pensamiento de Peter Druker donde apunta:

“Uno es responsable por los impactos que produce, sean intencionales o no, no es suficiente argumentar que el público no se opone, no es suficiente, decir que cualquier medida que se tome para ocuparse del problema va a ser “mal recibida”, va a ser resistida por los propios colegas y los propios socios y que no ha sido requerida. Tarde o temprano la sociedad llegará a un ataque a la propia integridad y pondrá un alto precio a aquellos que no trabajaron con la responsabilidad de eliminar el impacto o para encontrar una solución al problema”

En este mismo sentido, Klisberg por otro lado, señala el caso de Noruega, donde los empresarios ganan solamente tres veces lo que los empleados., centrado en algo que se llama ecualitarismo, que todos los

³⁶¹ Insignares Cera, Silvana, “El acceso a la justicia del mecanismo de solución de controversias previsto en el TLC COL-USA” citando a Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, en *El acceso a la justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos*; Redalyc, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Revista de Derecho, número 43, enero-junio 2015 p.201. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85138494007>

seres humanos somos absolutamente iguales, lo llevaron esta ideología al sistema político y económico, así se refleja en el coeficiente de Gini.³⁶²

Paul Krugman. atisba contra hechos en los cuales las empresas eluden su responsabilidad social, aprovechando los subterfugios de la legislación internacional, como el caso de los fondos Buitre, sostiene que centrarse solamente en la rentabilidad es un error, advirtiendo que el hecho en América latina haya un escenario de inequidad no es casualidad.

Sin embargo, existe una tendencia a visualizar a la desigualdad como algo de lo que no se puede hacer nada, pero no es cierto, ya que se puede hacer mucho al respecto, los gobiernos no deben implementar políticas a corto plazo, sino estructurales y significativas, se necesitan instituciones que miren a más de 4 o 5 años.

“El crecimiento debe ser sostenible para todos, inclusivo, debe ser socialmente responsable porque de otro modo no es justo, ni legítimo”³⁶³

Michel Porter, refiere:

Que la responsabilidad social en la estrategia empresarial es parte de una ventaja competitiva. Es la voluntad de las empresas de gestionar temáticas de relevancia social, la cadena de valor en los procesos de producción es una ventaja competitiva Una empresa tienen capacidades de aportar características diferenciales y especifica de un producto.³⁶⁴

Si el negocio contamina más, gama más dinero los negocios ganan más si el entorno no es seguro. Las empresas no obtienen ganancias creando problemas sociales, la verdadera ganancia viene de solucionar los problemas sociales, no

³⁶² El Informe Bernardo Klisberg: caso Noruega, , Noviembre 2013, Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DgWLT2Y1EAs>

³⁶³ Apuntes de 2 Congreso Internacional de Responsabilidad social, Universidad de Buenos Aires Argentina 19 de noviembre de 2014.

³⁶⁴Porter, Michael, Porque las empresas pueden resolver problemas sociales, Entrevista internet. Publicado 9 de septiembre de 2014. *Disponibe en:* <https://www.youtube.com/watch?v=kj6ndNPMbA>

malgasta recursos, ahorra dinero porque sus procedimientos son buenos efectivos entre en progreso social y la eficiencia económica, la salud de los empleados es importante porque evitan las ausencias de los trabajadores no hay objetivos opuestos.

En este sentido, en tratándose de responsabilidad social en las empresas Víctor Manuel Castrillón Luna, sugiere:

“Que hablar de sociedad y empresa son fenómenos jurídicos distintos, la sociedad como persona moral, organiza la empresa y al hacerlo se convierte en empresario o titular de ella”³⁶⁵

Esta responsabilidad social también va ligada a la economía social y además la responsabilidad tiene desde mi concepción dos aspectos, vista a través de los sujetos Pasivo. del estado supervisión, marco legal jurídico que le corresponde al Estado vigilar su sanción y cumplimiento del marco normativo, estableciendo una transparencia normativa internacional que sea pública sobre empresas reincidentes que más contribuyen a contaminar el medio ambiente no solo por acción, sino también por inconformidad constante contra resoluciones públicas que pretenden proteger y moderar la explotación irracional y excesiva de los recursos naturales.

Cabe señalar que al hablar de estado no solamente me refiero a la figura de Estado-Nacional, sino también al supra Estado que se desprende de la regulación del marco normativo internacional que existe en la realidad, esto es que debe vigilar y buscar la eficiencia de la norma internacional para resolver la reincidencia en daños medioambientales y descubrimiento del velo corporativo. Procedimiento de quiebra de inversión ambiental, así como de remediación ambiental.

Activo. inversionista. obligación de no reincidir, cumpliendo con estándares de responsabilidad ambiental en la inversión.

³⁶⁵ Castrillon Luna, Victor Manuel, *El derecho mercantil ante los retos de la globalización*, p.310. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2332/21.pdf>.

En mi opinión estos parámetros de responsabilidad social deben ir incorporados como cláusulas de desempeño en los atados internacionales, pero en forma positiva desde una perspectiva verídica, no como actualmente se emiten las cláusulas de desempeño, que al efecto podemos constatar en el Tratado de Alianza del Pacífico

Requisitos de desempeño: artículo 10.8:

1. Ninguna Parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir alguna obligación o compromiso, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión en su territorio por parte de un inversionista de una parte o de un país no parte para:

- a). exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios
- b). alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional
- c). adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio o adquirir mercancías de personas en su territorio;
- d). relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión.
- e). restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios.

Aunado a lo anterior, las empresas deben buscar su contribución al cumplimiento de resoluciones de la ONU como el hecho de contribuir con su PIB los países desarrollados con el desarrollo humano de los países en desarrollo y esto se refleja en el Coeficiente de Gini.

Inter-temporalidad del derecho, aquí es necesario analizar la validez de las normas jurídicas en el tiempo como la validez de las normas jurídicas en el tiempo para una efectiva supervisión y cumplimientos de laudos, así como una auditoria evaluación, configuración y seguimiento sobre la reincidencia de la responsabilidad de los Estados y transfronterización de los daños ambientales así

como evaluación de sanciones, evaluación y configuración de reincidencia en la responsabilidad Supervisión y cumplimiento de Laudos

Refiere que cuando hay conflicto de leyes también deviene de un conflicto de normas en el tiempo, al respecto señalan:

“Los conflictos de Leyes en el tiempo, no nacen de la coexistencia de leyes en el espacio que son producto de la movilidad del hombre, el conflicto de leyes afecta a dos leyes en presencia de los sistemas jurídicos de origen diverso, esto es importante para medir la eficacia temporal de la norma, determinando la interdependencia de una situación jurídica concreta y la disposición general correspondiente, en la globalización existe el problema inter-espacial y un problema inter-global el cual debe otorgársele una solución global dentro de un determinado sistema... es un fenómeno codificador que responde a objetivos de estabilidad y seguridad jurídica”³⁶⁶

4.3-Procedimientos Paralelos o Treaty Shopping

En la práctica arbitral las acciones ejercidas por incumplimiento de tratado o contrato, pueden estar entrelazadas y la diferenciación de estas reclamaciones puede ser confuso dentro del derecho internacional y por tanto existe la posibilidad que de una acción se dupliquen las disputas, por ejemplo: puede increparse una demanda ante la Organización Mundial del Comercio o la Cámara de Comercio Internacional por cuestiones comerciales derivadas del Contrato y al mismo tiempo el procedimiento ante el ICSID por violaciones al TIB, por tanto la administración de justicia global debe considerar la situación de litispendencia y cosa juzgada dentro del procedimiento de arbitraje de inversión ambiental, pues los intereses que se encuentran en juego son bienes esenciales naturales que causaran perjuicio o beneficio intergeneracional.

³⁶⁶ Fernandez Rozas, Jose Carlos, *Sucesion de normas y Derecho Intermacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho Intertemporal*, “Hacia un nuevo orden internacional y Europeo.” Edit.Madrid, Tecnos, 1993. Universidad Complutense de Madrid, pp.5-7.Disponible en: https://eprints.ucm.es/9299/1/SUCESI%C3%93N_DE_NORMAS_Y_DERECHO_INTERNACIONAL_PRIVADO.pdf

Para evitar esto algunos países han impuesto las cláusulas de bifurcación o renuncias a la libertad de incoar procedimientos paralelos, o bien mediante la litispendencia, la cual es una excepción para evitar la tramitación de dos procesos idénticos al mismo tiempo se excluye el segundo, en este último caso es necesario identidad de sujeto, objeto y causa.

Para dar solución a parte de esta problemática en Europa, existe el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como el Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia en donde si existe un arbitraje conexo entre las partes se suspende el arbitraje.

Es pertinente resaltar en este protocolo la pertinencia de normatividad que clarifica con directrices los conflictos de competencia jurisdiccional a seguir cuando hay procedimientos paralelos que derivan de cuestiones relacionadas con la inversión ambiental, insertando posibles cláusulas de bifurcación.

Cláusulas de elección del foro, se ofrece la posibilidad al inversionista de escoger un foro entre varios y una vez que somete su demanda de arbitraje ante determinado foro, se entiende que se somete a esa jurisdicción renunciando a cualquier otra que le pudiera corresponder, por ejemplo, el artículo 19.18.4 del Acuerdo de la Alianza del Pacífico:

“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje de conformidad con esta sección, si el demandante ha sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial del demandado, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante”³⁶⁷

En este caso, con esta cláusula en el Tratado el inversionista no tendrá derecho a incoar procedimiento arbitral una vez que acude a una Corte del Estado

³⁶⁷ Acuerdo Alianza del Pacífico, Sistema de Información sobre comercio exterior, Organización de Estados Americanos, *Disponibe en:*
http://www.sice.oas.org/tpd/pacific_alliance/pacific_alliance_s.asp

Anfitrión o cualquier otra corte de otro lugar. Estas son “cláusulas de elección de foro de alcance reducido”

Ejemplo de estas cláusulas de alcance reducido es el artículo 8.18 del TLC entre Colombia y Corea estipula:

“Una vez que el inversionista ha sometido la controversia, ya sea a un Tribunal competente o a un tribunal administrativo de la Parte en cuyo territorio la inversión ha sido admitida o a cualquiera de los mecanismos de arbitraje establecidos en el párrafo 1, la elección del procedimiento será definitiva y el inversionista no podrá someter la misma controversia a un foro diferente”³⁶⁸

De igual modo resulta relevante destacar una problemática que se advierte y bien describe la Revista de Derecho Económico Internacional llamada Acuerdos.

“Una empresa constituida en México, controlada por un inversionista Estadunidense, demanda una medida adoptada por el gobierno colombiano alegando la violación del estándar de trato justo y equitativo bajo el TLC Colombia México. Posteriormente, el inversionista Estadounidense demanda la misma medida por la violación del mismo estándar de trato justo y equitativo, esta vez bajo el TLC Estados Unidos –Colombia.

En este caso bajo el estándar aplicado por los tribunales, las partes en las controversias no son las mismas, no obstante ambas empresas están bajo el mismo control, hasta ahora los tribunales arbitrales no han reformulado un estándar de identidad de partes que tenga en cuenta la realidad económica de la estructura societaria de las empresas”³⁶⁹

No resulta óbice a lo anterior, la existencia de cláusulas de renuncia al Arbitraje, estas permiten evitar que los inversionistas inicien procedimientos

³⁶⁸ TLC entre Colombia y Corea .

Disponibe en: http://www.sice.oas.org/tpd/col_kor/col_kor_s.asp

³⁶⁹ Madero Rincón, Alberto, *El desafío de prevenir procedimientos arbitrales paralelos en los acuerdos Internacionales de Inversión del Estado Colombiano*, Revista de Derecho Económico Internacional llamada Acuerdos, 6 de diciembre de 2016.p 6 Disponible en: <http://acuerdosrevista.mincit.gov.co/index.php/editorial-acuerdos-6ed/item/408-desafio>

paralelos bajo distintos TIBS concatenado con el principio de confianza legítima que yo he denominado inversa, así como el *principio estoppel*³⁷⁰, pues el evitar procedimientos paralelos también es un reflejo de la credibilidad en las instituciones internacionales, dando legalidad, certeza y estabilidad a la situación o hecho, abanderándose también en un estandarte de principio de buena fe, en donde se refleja realmente la intención de los inversionistas de resolver la controversia sin abusar del derecho, como se verá adelante, esto, sirve como fundamento y valor ética legal relacionado con el principio de buena fe, para evitar la duplidad de procedimientos por una misma causa de pedir.

El principio de confianza legítima, se deriva de los postulados de seguridad jurídica, y en opinión de Gabriela Malvaez Pardo,

La finalidad es protegerse de los abusos y excesos de las autoridades que actuando en ejercicio de sus atribuciones desconocen actos previos o normas jurídicas en forma sorpresiva afectando la esfera jurídica del particular.³⁷¹

El principio *estoppel* es definido por algunos autores como Bower, G.S y Turner como:

“Cuando una persona (representador) ha hecho una representación de los hechos a otra persona (representado) ya sea por sus palabras o los actos de su conducta, o (encontrándose en el deber legal de hablar o actuar) por su silencio o inacción, con la intención (actual o presunta) y con el resultado de inducir al representado, en base a su buena fe en dicha representación, a alterar su posición en detrimento propio, el representador, en cualquier litigio que eventualmente tenga lugar entre él y el

³⁷⁰ Fuente: United Nations Terminology Database ,UNTERM, base de datos terminológicos y multilingüe de las Naciones Unidas; nacido del common law de origen Alemán, es considerada una defensa perentoria definido como la manifestación implícita derivada de los propios actos”

³⁷¹ Malvaez Pardo, Gabriela, *El principio de la Protección de la Confianza Legítima en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Año 2016. pp.73-74

Disponble en: file:///C:/Users/ITMX06/Downloads/34178-31176-1-PB.pdf

representado, (incurre en estoppel), está impedido, ante el representado. De hacer o intentar establecer mediante evidencias, cualquier aseveración sustancialmente diferente de su representación previa, si el representado lo objetan la ocasión oportuna y en la manera apropiada”³⁷²

Lo anterior es un parámetro para mostrar comportamiento coherente en el tráfico jurídico procesal internacional, y esta conducta de una persona puede determinarse y observarse por una serie reiterada de actos del inversionista, esto es que la conducta de una empresa con sus inversionistas como sujetos interrelacionados dentro de una corporeidad ficticia, que se fusionan en un ente, proyectan la conducta o escalas de valor hacia en compromiso con la conservación de los recursos naturales a través de sus actos, por tanto, se debe reconstruir el significado ético internacional de las instituciones internacionales y figuras jurídicas existentes que hay en el contexto de la globalización, pues ante una ausencia normativa o atrofia institucional por desuso de algún instrumento legal, se genera la institucionalización de la conducta que permite la continuidad del daño en el medio ambiente, a través de un mapa procesal de inversión que da la oportunidad de generar múltiples procedimientos que en algún momento determinado menoscaban el patrimonio económico o recurso humano de un Estado para dirimir todos los conflictos que se presenten por una misma causa de pedir, ya que recordemos, que el Estado en su calidad de ente público, no puede subrogar o ceder los derechos litigiosos que tienen contra un inversionista derivado de un arbitraje, lo que de entrada refleja una situación de desbalance y desequilibrio procesal para acceder a justicia, por cuestión de costos, ya que mientras el inversionista tiene la facilidad de hacer la cesión de sus derechos litigiosos y buscar el patrocinio de terceros, (recordemos que por ficción el inversionista se coloca al nivel de un Estado al increparlo directamente) el Estado, por su parte, no tiene la posibilidad de recibir subsidios para estar en condiciones de dar continuidad a una demanda arbitral, en todo caso esto implica disminución

³⁷² Bower, George y Spencer Turner, et al., *The Law relating to Estoppel by Representation*, 4 ed, Lord Hailsham of St. Marylebone, 2007, p.1

de recursos a políticas públicas. No hay un costo –beneficio efectivo de acceso y garantía de justicia.; es asegurar una coherencia procesal

Detrimento patrimonial para el Estado, por los costos de defensa de múltiples casos, Pues aun en el caso de un inversionista con una esfera de poder económico reducida, existe una estructura legal de inversión como garantías que le permiten financiar los pasivos y trámites legales.

En mérito de lo expuesto el derecho internacional mediante la innovación en las Convenciones debe responder a nuevas estructuras que demanda la sociedad en la globalización, si bien es cierto en el caso de procedimientos paralelos o aun las en aquellos en los que se ha emitido cosa juzgada- debe marcar una claridad de seguridad jurídica y acceso a justicia equilibrada no solamente en lo concerniente para que grupos minoritarios puedan estar facultados para demandar a un inversionista o que el estado también tenga esa facultad para hacerlo, sino también en transparencia y congruencia procesal internacional, se abusa del derecho invocar distintos TIBS, para obtener prestaciones adicionales, esquivando el principio de cosa juzgada, porque esta solo se da, cuando versa sobre la misma materia y hay identidad de partes litigiosas, pues con esta medida ante la falta de coordinación normativa de instrumentos internacionales, nos encontramos ante dos efectos, como apunta:

“un efecto sustancial, consistente en la inmutabilidad dela providencia y un efecto procesal, consistente en lo definitivo de la misma, Lo anterior, en teoría evita el abuso de las vías del derecho por medio de la recurrente alegación de hechos que ya han sido resueltos”³⁷³

Por tanto, para mayor claridad y sumariando destacamos que la cosa juzgada en el contexto internacional de arbitraje de inversión no resulta del todo congruente con el principio de buena fe que prima en las relaciones comerciales internacionales, pues se permite que se acudan ante distintos foros por la misma

³⁷³ Bernal Fandiño, Mariana y Rojas Quiñones Sergio, *La vinculatoriedad de un Laudo Arbitral frente a Terceros en la doctrina del Collateral Estoppel; colateral estoppel and arbitral awards effeccts*, International Law, Rev.Colomb.Drecho Inter, n.16.Bogota, Junio de 2010 p.463 Disponible en: file:///C:/Users/ITMX06/Downloads/art%C3%ADculo_redalyc_82420041014.pd

causa de pedir, no obstante que se traten de los mismos hechos. Para ejemplificar algunos casos de abuso de Derechos esta: Conocophilips vs Venezuela³⁷⁴ Aguas del Tunari vs Bolivia³⁷⁵ y Tidewater vs Venezuela entre otros.³⁷⁶

³⁷⁴ ConocoPhillips Petrozuata B.V, ConocoPhillips Hamaca BV and Conoco Phillips Gulf of Paria B.V *versus*, Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case N. ARB/07/30

³⁷⁵ Aguas del Tunari S.A vs versus Republic of Bolivia, ICSID Case N.ARB/02/3.

³⁷⁶ Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A et versus The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case N. ARB/10/5.

PROPUESTA DE PROTOCOLO ADICIONAL PARA LA CONVENCIÓN ICSID EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN AMBIENTAL.

PREÁMBULO

Los Estados Partes en la Convención ICSID, con fundamento en el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas en relación con el artículo 1 del Reglamento de la Asamblea General, sostienen que un tratado o acuerdo registrado, pueden firmar un protocolo, ello, con la intención de que la firma de este protocolo sirva como instrumento subsidiario, que regule cuestiones auxiliares, donde se interpretan determinadas cláusulas de la Convención o Tratado, que no se han insertado dentro del mismo,consecuentemente,la ratificación del tratado es la ratificación *ipso- facto* del protocolo, por tanto, los Estados:

RECORDANDO que los derechos humanos, dan al hombre una investidura de dignidad, que empieza desde el interior y se proyecta a su exterior, transformándose en codificaciones y sistemas institucionales o legales, que en su conjunto tutelan un ser humano libre.

RECONOCIENDO la importancia de asegurar la sustentabilidad del medio ambiente, así como, la vida en el planeta haciendo acciones legales internacionales que garanticen la subsistencia inter-generacional, un ecosistema sano, equilibrado, armonioso, que nos conduzcan a habitar la paz en el planeta y en el interior de cada uno de los seres humanos, reconociéndose y relacionándose entre ellos mismos y la naturaleza.

TENIENDO EN CUENTA, que en el proceso de la globalización se ha mercantilizado los recursos naturales, permitiéndose la sobre-explotación de los mismos con daños irreversibles, además de ocasionar desplazados ambientales en sectores o grupos vulnerables, que debido a su condición cultural de origen no cuentan con los recursos legales internacionales institucionales, para impetrar acciones eficaces que protejan su dignidad y derechos humanos, dotándoles de un verdadero estado de bienestar

CONSIDERANDO que la inversión extranjera es un eje importante en la economía de los países, y para los inversionistas es menester dotar de procedimientos claros y transparentes, que en caso de controversia hagan viable recuperar la inversión en corto plazo y en forma justa.

CONCIENTES que el desarrollo de los países se beneficia por el comercio e intercambio de bienes y servicios, que engloba múltiples indicadores y satisfactores para la población, así como también responsabilidad social por parte de las empresas.

SEÑALANDO que para fortalecer las instituciones internacionales es importante la consolidación y existencia de instrumentos internacionales democráticos.

Los Estados han Convenido lo siguiente:

Capítulo Primero.

Adición de las Siguietes disposiciones que contienen Principios Básicos Ambientales mercantiles.

Artículo 1.-Ambito de Aplicación, (Véase supra capítulo I)

La presente Convención, se aplicará a todos los contratos y tratados internacionales entre inversionistas y Estados, que tengan relación directa con la inversión o comercio ambiental.

Artículo 2.-Admisibilidad, (Véase supra capítulo IV)

Para dar trámite a una demanda, se evaluará una taxonomía de cuestiones preliminares, en las siguientes formas:

a). contribución al desarrollo del país anfitrión, en el respeto, promoción, desarrollo y ampliación de cobertura de derechos humanos hacia la naturaleza considerándola un ente propio, independiente de la persona o cyberborg, con valor universal supremo que es sujeta de protección y conservación, por encima de cualquier inversión o ganancia económica.

b). contribución de al menos un quince por ciento de la inversión, al incremento del crecimiento de diversidad de la flora y fauna natural de la región, así como también a la conservación de la misma, equilibrando ecosistemas.

c). contribución a la democratización y fortalecimiento de instituciones internacionales. esto es que Independientemente de lo anterior, debe considerar en su contabilidad pasivos ambientales, retornos de inversión para el medio ambiente por uso y explotación de los mismos, que serán entregados en forma pública, abierta, transparente, pacífica, mediante licitación a las Organizaciones civiles sin ánimo de lucro controladas por el País Anfitrión, las cuales serán estrictamente fiscalizadas, por tres entes, el gobierno, organismo internacional, y evaluadas por al menos un setenta por ciento de las personas de la región, mediante votación en consulta ciudadana .

d). contribución de al menos un quince por ciento de la inversión, al desarrollo científico de las personas de la región del país anfitrión, en sus capacidades, mejoramiento de habilidades especializadas en torno al cuidado, conservación y protección del mejor estado de la misma, que este desarrollo tenga relación directa del hombre con la naturaleza a consecuencia preferentemente de su inversión, con un impacto en el incremento de calidad de vida de las personas a largo y corto plazo, beneficiándose armónicamente en su salud, espiritualidad, economía y sociedad comprobables mediante parámetros de evaluación objetiva y subjetiva del logro transversal, horizontal y vertical de cada uno de los beneficios.

Artículo 3- Definiciones de principios de inversión- ambiental, (Véase supra capítulo I, II)

Principios que regirán ante conflictos entre tratados de inversión y medio ambiental, se considerara en primer orden aquellas que tengan por objeto proteger la naturaleza y la vida del ser humano con calidad, para ello, aun

en el caso que no se manifieste expresamente la aplicabilidad de estos principios estos operan de pleno derecho.

Los principios que deberá probar cada empresa, como arte de sus políticas reglamentos y códigos de ética, son:

Precaución, subsidiaridad, medible a través de indicadores de protección de derechos humanos ambientales. Incorporando cambio de circunstancias y revocación de compromisos por cambio en legislación urgente, con su debida indemnización al inversionista en especie o en efectivo, sin que se comprometa de ningún modo la soberanía del país, los recursos naturales o el ecosistema del cual dependen generaciones futuras.

Las fuentes del derecho mercantil ambiental, serán aquellas dentro del alcance de los Derechos humanos y del derecho consuetudinario internacional, que se convierten de soft law a Hard law, pues son normas que se regulan de forma autopoiética en el ámbito internacional.

Artículo 4.- Inter-temporalidad del derecho (Véase supra capítulo IV)

Para garantizar la eficacia, alcance y protección transnacional de las sanciones y los daños ambientales, se establecerá un comité de supervisión de sanciones extraterritoriales de laudos sobre inversión ambiental y buscare que se garantice la reparación al daño en el país anfitrión, no solamente pecuniario, sino también pagara en especie, es decir, resarcirá además el daño en forma física medioambiental, en la proporción en que afecta a la población actual y a las futuras.

Artículo 5.- Interacción orgánica en la interdependencia (Véase supra capítulo III y IV)

(Mediante redes de sistemas): legal, vinculación internacional con distintas ONG, y organizaciones gubernamentales internacionales para eficacia de la regla internacional, cooperación entre sistemas internacionales de justicia,

Artículo 6.- complementariedad en un sistema abierto del derecho, (Véase supra capítulo III y IV)

Normas autónomas de inversión ambiental que operan en favor de la mejor protección, cuidado y custodia del medio ambiente. Con mecanismos de defensa legal gratuita como un fiscal internacional de inversión ambiental, que opera desde la localidad y en facultades de mediación.

Artículo 7.- Reciprocidad y el pluri- ius universal. (Véase supra capítulo III y IV)

Prohibición de denegación de justicia e ignorar o desestimar los principios fundamentales de debido proceso 3) prohibición de discriminación 4) prohibición de abusivo trato de inversionistas o Estados, incluyendo coerción, coacción, acoso, 5) prohibición de expectativas legítimas 6) protección de expectativas legítimas de inversionistas provenientes de representaciones específicas de los gobiernos o medidas que inducen a la inversión a pesar de balancear su derecho a regular el interés público.

Artículo 8.-. La neo jurisdicción y la des- territorialización. (Véase supra capítulo III y IV)

En alcance de aplicación del sistema intertemporal de neo-jurisdicción del nuevo sistema abierto autopoiético de derecho internacional, entre sistemas jurídicos, para hacer eficaz el derecho fundamental, del derecho humano a la vida y al medio ambiente sano, equilibrado, natural y armonioso.

Se permitirá que, de forma transversal, se analicen instrumentos internacionales que impacten negativamente en el logro del objetivo del párrafo que precede, consecuentemente, estas resoluciones judiciales constituirán una de las bases, para pedir la declaración de terminación, modificación o renegociación de otros tratados internacionales relativos a inversión ambiental extranjera.

Artículo 9.-recursos de impugnación en inversión ambiental (Véase supra capítulo III, IV)

En caso de inconformidad, respecto del Laudo Arbitral, se constituirá en forma permanente un tribunal, que se compondrá por cinco jueces, los cuales se nombrarán por la mayoría de los Estados que signan la convención, esta designación tendrá lugar cada veintidós de noviembre de cada dos años, sin que puedan reelegirse para el periodo siguiente. Los jueces que participen en este tribunal, tendrán prohibido, ser asesores de empresas por al menos cuatro años.

Se presentará escrito de apelación junto con sus pruebas, dentro de los 10 días hábiles, después de haber sido notificado del laudo arbitral, y se procederá a dar vista dentro del término de 3 días hábiles a la contraparte para que manifieste su derecho en sus pruebas, dentro de otros 10 días hábiles.

Estas comunicaciones judiciales contarán con un sistema de gestión de casos judicial en línea a través de internet, y las sesiones serán públicas.

Transcurrido el periodo citado con anterioridad, se procederá a dictar resolución en el plazo de 15 días hábiles.

Artículo 10.-Renuncia de Estado al mecanismo ICSID en materia ambiental (Véase supra capítulo III).

Con el fin de ejercitar la soberanía permanente sobre los recursos naturales y proteger la naturaleza de daño irreversible trans-generacional, el Estado cuando advierta de su evaluaciones a tratados y contratos internacionales, lesiones constantes y permanentes de inversionistas bajo esta convención, podrá renunciar al mecanismo del CIADI, dando un plazo de gracia de dos años a las empresas para gestionar su salida del país, con las debidas medidas precautorias de conservación de la naturaleza, esto no se considerara expropiación indirecta.

Artículo 11.-Revocación de calidad de Inversionista Demanda o repudio de a inversionistas (Véase supra capítulo III, IV)

Cuando el Estado advierta, que un inversionista no se apega a los principios de inversión ambiental y contribución al desarrollo del país anfitrión podrá solicitar la revocación de su calidad de inversionista ante el centro ICSID.

Esta podrá hacerse en cualquier tiempo, ofreciendo pruebas dentro del plazo de 5 días, una vez que tiene conocimiento del hecho o conducta dañina.

Posteriormente, se otorgará un plazo de 5 días para que el Inversionista conteste lo que haya lugar, adjuntando sus pruebas, compromisos y sanciones para el caso de incumplimiento.

Si no es reincidente, se le podrá dar como sanción una exhortación, para cumplir con los compromisos y solamente en caso de reincidencia, se le sancionará obligándole a que se retire del país su inversión en definitiva con solo un 20 % de indemnización, siempre y cuando sea una empresa con solidez financiera y no esté en quiebra.

Capitulo Segundo

Armonización de disposiciones de la Convención ICSID con Instrumentos Ambientales.

Artículo 12.-Inversión protegida, (Véase supra capítulo I y II)

Debe comprender, cualquier utilidad recibida o retorno de inversión sobre una suma de capital inicial, esta inversión, puede ser en efectivo o especie.

y no comprende la explotación desproporcionada de los recursos naturales que implique pérdida sostenida de los mismos para las generaciones futuras.

Artículo 13.-Comprobación de hechos e impacto ambiental, (Véase supra capítulo II, III)

La carga de la prueba no será contradictoria, primará la prima facie, y el que niegue la existencia de daño tendrá que probar, se acepta cualquier prueba y aun por el hecho de no ser científica, no perderá su credibilidad, en todo caso, se proveerá conforme al mejor interés en la protección y conservación de la vida o el medio ambiente en su entorno natural, por encima de valores económicos.

Artículo. 14- Terminación de procedimiento o clausula sunset. (Véase supra capítulo III y IV)

Existirá una evaluación y revisión de tratados internacionales relacionados con el comercio medioambiental cada 5 años, que incluirá análisis de beneficios en derechos humanos y sustentabilidad ambiental intergeneracional, como indicador esencial de contribución al desarrollo de país anfitrión.

En caso, de no alcanzar al menos, el 80 por ciento del objetivo, se renegociará o dara por concluido, si las pérdidas económicas, daño medio ambiental supera más que los beneficios a el país anfitrión.

En este caso, no procederá indemnización alguna para las empresas que no cumplan o acrediten haber cubierto los estándares de cuidado y preservación de derechos humanos medioambientales.

Artículo 15. -Legitimación, (Véase supra capítulo II, III)

Cualquier parte afectada, que sea representada por una organización civil no gubernamental como en el caso de las minorías, o el mismo Estado, puede ocurrir ante este órgano jurisdiccional a presentar denuncia contra el

inversionista o contra el Estado, por negligencia en el cuidado de protección y respeto al derecho humano a medio ambiente sano intergeneracional y a la vida digna de calidad.

Artículo 16.- Clausulas de Bifurcación (Véase supra capítulo III y IV)

Los Estados Nacionales, tendrán la obligación de hacer en sus legislaciones domésticas, un sistema judicial de inversión ambiental, equiparado al sistema de justicia internacional, con el sistema aplicable de recepción domestica de la norma global, dentro de los cuales, se podrá ocurrir en primera instancia por parte de los inversionistas o Estados, para solución pacífica de diferencias y una vez agotado este procedimiento, se continuará en la instancia del CIADI.

Artículo 17.- Clausulas de Estado de Emergencia o necesidad (Véase supra capítulo III y IV)

La soberanía permanente sobre recursos naturales, se aplicará por parte del Estado, para regular lo relativo a los recursos naturales de su país, en casos de extrema emergencia o estado de necesidad, sin necesidad de pactarse en los tratados o contratos internacionales.

Pero siempre y cuando se pague al inversionista, la indemnización correspondiente por los gastos ocasionados y el valor del dinero o inversión al momento de declaración de estado de emergencia o necesidad, sin considerar implícito para ello en este cálculo, utilidades futuras.

Artículo 19.- Estándares de proporcionalidad de protección de derechos humanos de inversión ambientales. (Véase supra capítulo III y IV)

A efecto de garantizar los derechos humanos fundamentales, en el análisis y ponderación de los valores, se interpretara acorde al el soft law contenido en los diversos instrumentos ambientales considerados como no vinculantes, y que a hacerlos parte de esta Protocolo, se convierten por alcance en Hard law aplicable, con el nuevo sistema autopoiético de inversión ambiental, al elevarse a rango de norma perentoria internacional

la protección y conservación de la vida y biodiversidad de la especie humana y del planeta.

Artículo 21.-. Competencia económica sostenible, (Véase supra capítulo I, II,)

Se considerará como una nueva forma de competencia desleal empresarial el dumping ecológico, considerando el deterioro ambiental por la actividad económica que conlleva el comercio del medio ambiente, pues esto, puede ocasionar distorsión en los actos de comercio, consecuentemente se evaluará la externalización de los costos ambientales y las externalidades del comercio de determinados bienes a corto, al igual que a largo plazo y en forma intergeneracional y sostenida.

Capítulo Tercero.

Coordinación de Procedimiento Administrativo Global o aplicación del derecho transnacional.

Artículo 22.- Transfronterización del daño e impacto ambiental de inversiones, (Véase supra capítulo I, III)

Para hacer efectivas las consecuencias por violación de tratado en cuestión comercial ambiental, tanto las sanciones, como ejecución de laudos, serán vigiladas y supervisadas para su cumplimiento, por un organismo mundial, con beneficios de reparación para la parte afectada por el daño, esta reparación será económica y en especie, la economía es para el Estado.

La reparación en especie, es para naturaleza, devolviéndole a ella en los mismos términos los perjuicios ocasionados, eso implica, acciones y restauración de la biodiversidad de los ecosistemas naturales presentes y futuros, en proporción al daño cometido.

Artículo 23.-Multiprocedimientos o Procedimientos paralelos (Véase supra capítulo III y IV)

En cuestión mercantil ambiental, la Jurisdicción bajo este protocolo tiene carácter universal en cuestión medioambiental comercial, esto es, que cualquier asunto derivado de problemática de comercio ambiental, se somete a la jurisdicción exclusiva de esta Convención ICSID y su protocolo, a efecto de unificar y armonizar legislación internacional en la materia, y eficiente procedimiento administrativo global.

Artículo 24.- Acceso a Justicia de minorías y solución pacífica de diferencias (Véase supra capítulo II, III)

Tendrán la capacidad de ocurrir ante el ICSID las minorías, se estableciera un sistema de gestión judicial internacional, vía electrónica que ayude a la labor de los jueces, abogados y partes en los procedimientos administrativos con la intención de dar eficacia y democracia a la norma de justicia internacional.

Artículo 25.- Gestión y Control administrativo Global sobre reincidencia en la responsabilidad mercantil ambiental. (Véase supra capítulo III y IV).

Aquellas empresas, que sean sancionadas mediante los laudos arbitrales Internacionales, en forma reiterada en cualquiera de sus filiales o matrices, ya sea consecutiva o no, por más de tres veces en el mismo país, se les revocara la calidad de inversionista para ese país a todos los inversionistas por su falta de contribución y responsabilidad social ambiental global, así como falta de respeto a la vida o biodiversidad.

Dicha revocación cesara, una vez que se acredite a entera satisfacción del país anfitrión, el cumplimiento del laudo.

Artículo 26.- Transparencia y Control Internacional global (Véase supra capítulo III y IV)

Se realizará un inventario, de control administrativo global, el cual será público, de las principales empresas sancionadas por daño ambiental a nivel mundial y también de aquellas que están en proceso de reparación ambiental global

Artículo 27.-Reforma Institucional o adaptación Intra-sistema (Véase supra capítulo I, III)

En cuestión de inversiones mercantiles ambientales, se implementarán Políticas públicas internacionales transversales, aplicándose un nuevo un sistema abierto de derecho autopoiético ambiental en: la Interpretación e integración de distintos sistemas legales, así como en la unificación, armonización y recepción de las normas internacionales con el sistema doméstico.

Artículo 28.- Mecanismo de quiebras de inversión ambiental, (Véase supra capítulo III y IV)

La implementación coordinada transnacional de un con procedimientos preestablecidos que analizaran los riesgos de la inversión, riesgo países, beneficios de la inversión, contribución al desarrollo del país anfitrión en los términos de este protocolo, que garanticen además la implementación de mecanismos de remediación, compensación e indemnización ambiental para los que causen daño irreparable al medio ambiente por negligencia, que sea ejecutable en cualquier país.

Este mecanismo de quiebras ambientales se regirá bajo un reglamento, adherido al protocolo y se actuará conforme a sus disposiciones.

Artículo 28. Repatriación de capitales y retroactividad de costos de Inversión,
(Véase supra capítulo III y IV)

En el caso de empresas que contribuyan al desarrollo sustentable y sostenible del país anfitrión, queda la libertad de la repatriación de capitales en un 80 % y de los costos de inversión derivados aun de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el medio ambiente, el 20 % de esos costos será para protección, promoción y conservación del medio ambiente.

Acuerdos sobre repatriación de capitales y retroactividad de costos de inversión, derechos de propiedad intelectual derivadas de medio ambiente.

Artículo 29. Trato Nacional y Nación más favorecida, (Véase supra capítulo II, III)

La interpretación de este principio, se dará La nacionalidad deberá considerarse la que tienen el inversor al momento que entra al país anfitrión. No la que adquiera después. Y regularlo en la legislación local.

El inversionista local para estar en igualdad de circunstancia y respeto de su derecho humano, debido a la situación que le ocasiona el trato diferenciado con el inversionista extranjero, esta facultado para solicitar al Estado, le dote de las mismas garantías, privilegios y derechos que concede a los inversionistas extranjeros, cuando se aplica el principio de trato nacional o de nación más favorecida, de esta forma contribuir también a depurar el procedimiento de justicia internacional y evitar procedimientos paralelos o treaty shopping.

Artículo 30.- Denuncia de Protocolo,

Cualquier Estado Parte u Organización, podrá denunciar el presente protocolo, fundando, probando y motivando sus argumentos, en cualquier momento, mediante escrito dirigido al Secretario General de las Naciones Unidas, esta denuncia, se hará sin perjuicio de que se continúen aplicándose las disposiciones vigentes hasta en tanto se resuelva su petición.

Artículo 31.-Enmiendas

Todo Estado parte podrá proponer enmiendas al presente protocolo, presentándolas al Secretario General de las Naciones Unidas, y el secretario, comunicará a las partes para que de ser necesario se convoque a una conferencia, toda enmienda será aprobada por mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia, convocada de conformidad con los procedimientos respectivos previos.

Artículo 32.-Reservas,

No se permitirá reserva alguna al presente protocolo.

Artículo 33.-Ratificación y firma.

El presente protocolo queda abierto a la adhesión de cualquier Estado, que se encuentre bajo el mecanismo complementario. La adhesión se efectuará con el depósito del escrito correspondiente ante el Secretario General de las Naciones Unidas, en este caso.

En virtud, del interés jurídico general, y el beneficio global que pretende el presente protocolo, la ratificación a el protocolo se tendrá por hecha en forma automática, una vez publicado este protocolo, para todos los países que han signado la Convención del ICSID, sin necesidad de ulterior procedimiento.

El presente Protocolo con texto en francés, español, chino, inglés, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas, y cuando lo requieran el Secretario General de este Organismo Internacional enviará copias certificadas del presente instrumento.

CONCLUSIONES

Primero. - Las acciones destructivas contra el medio ambiente que envuelven técnicas de guerra ecodidas o bien reconocen una regulación del medio ambiente sin regulación o coercibilidad ambiental internacional, pasan desapercibido el hecho que los recursos naturales son un eje fundamental para la seguridad y defensa de los intereses de la nación para conservar la autonomía alimentaria y eficiencia energética en escala mundial.

Segundo. -La importancia del presente protocolo adicional a la convención es consolidar las instituciones de justicia internacional existente, pero bajo un nuevo lente y perspectiva que demanda la comunidad internacional en cuanto a una verdadera y unificada protección del medio ambiente contra practicas injustas desleales y de sobre exploración de los recursos naturales mediante la actividad humana del comercio.

Tercero. -Para consolidar la justicia internacional es menester armonizar la administración de la justicia en la convención mediante el *common law* y hacer el engarce con el sistema del *civil law* dentro de un sistema autopoietico de la norma que se replique a sí misma la norma internacional, dentro del sistema doméstico, lo cual resultara en procedimientos coordinados más eficaces y transparentes con costos menores, para los que tengan que solucionar diferencias.

Tercero. -En la convergencia sobre el argumento de conflicto entre los valores económicos y los de los recursos naturales, debe analizarse dentro de la interacción de los sistemas: a la luz de la falta de parámetros o estándares abiertos de derechos humanos medioambientales convertidos solo en soft law, lo cual, hace que disminuya la protección medioambiental.

Estos valores de derechos humanos de dignidad global, son susceptibles de evaluarse en base a los indicadores de derechos humanos medioambientales mercantiles.

Cuarto. -En el proceso de la globalización se ha mercantilizado los recursos naturales, por tanto, es fundamental cambiar las estructuras jurídicas rígidas que imperan actualmente en los sistemas domésticos de civil law, por un sistema autopoiético pluri-ius universal, lo cual implica una efectiva recepción de la norma internacional en la norma doméstica, con procesos de auto reparación de la norma.

Quinto. -Mediante el presente instrumento se reconoce materialmente, la garantía de gozar de derechos humanos fundamentales de medio ambiente sano por la comunidad internacional, pues a partir de este protocolo, toman acciones en sus legislaciones domésticas, en sus codificaciones, imponiéndoles en un nivel material de, sin los cuales no puede existir otros derechos, ya que es responsabilidad y compromiso global.

Sexto. - Derecho Internacional de Inversiones contra Estados, se regula mediante un conjunto de reglas plasmadas donde inversionistas tendrán garantía ante los riesgos en sus inversiones, sin embargo, ante este dilema hay que considerar una efectiva manera internacional de mecanismos de reparación o remediación de daños ambientales.

Séptimo. - El Derecho Internacional consuetudinario, juega un factor fundamental en la replicación de la norma mercantil medioambiental y la atrofia de las normas dentro del sistema de justicia legal internacional, pues ahí es el origen de donde se construyen las normas perentorias o de sus cogens.

Octava.- Los riesgos en las inversiones comerciales, son riesgos, especulativo, creado por las mentes, pero que tienen soluciones previstas por las diversas teoría económicas de comportamiento de agentes, y por múltiples garantías a favor de inversionistas abanderadas por el mismo banco mundial como el MIGA entre otros, por tanto carece de lógica legal, dotar de protecciones adicionales por cuestiones de riesgos país políticas, cuando precisamente, la intención de quitar esta solución de diferencias mediante la vía diplomática fue para despolitizar las controversias o conflictos judiciales.

Fuentes de Investigación

Bibliografía

- A Laird Ian y Borzu Sabahi, et al, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Volume 7. Edit Juris, New York USA. 2014. p. 160,161.
- Admad Ali Ghouri, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*,USA, Edit. Walters Kluwer. 2015 pp.36, 49-50,67- 68 .
- Aldo Mascareno, *Diferenciación y Contingencia en América Latina*, Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado. 2010.p. 104
- Anglés Hernández Marisol, “Responsabilidad Internacional ante la Expropiación Indirecta: Inversión Extranjera vs Medio Ambiente”, en Moreira,Alberto Cesar y Prieto San Juan,Rafael(dirs.),*Responsabilidad Internacional del Estado y Medio Ambiente.Un debate urgente*, Bogotá,Sociedad Latinoamericana de Derecho Ambiental-Pontificia Universidad Javeriana, 2016.
- Arrieta Molina Jeannette, Hayling Fonseca Annie; Citando a Marcuse en “El pensamiento de Heidegger y Marcuse en relación con la ecología” Revista Filosofía Universidad Costa Rica XXVIII (67/68) 141-147.1990. p.1.
- Baker, Shalanda, “*Climate Change and International Economic Law*”, *Ecology Law,Quarterly*, Volumen 43, 2016 .p. 58.
- Bauman Zygmunt. *La Globalización*, Traducción Mirta Rossemberg México, Fondo de Cultura Económica, 2010.p.13.
- Bauman, Zygmunt, *Daños Colaterales*, México, Traducción Lilia Mosconi, Fondo de Cultura Económica,2011, p.45
- Boutin, Gilberto, “Lex mercatoria y dinámica en el derecho positivo”, en Silva, Jorge Alberto (Coord), *Estudios sobre la lex mercatoria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. 2013. p.86.

- Bower, George Spencer y Turner Sir Alexander Kingcome. *The Law relating to Estoppel by Representation*, USA, 4 ed, Lord Hailsham of St.Marylebone, 2007, p.1
- Bunge Mario y Ardila Rubén, *filosofía de la psicología*, México, Editorial siglo XXI.2002.p.72
- Bunge, Mario, *Epistemología*, Siglo Veintiuno editores, México, 1980, p. 21
- Carbonell, Miguell. *Luigi Ferrajoli, Democracia y Garantismo*, Madrid. Editorial Trota. 2010, p. 45.
- Castrillón Luna Víctor Manuel, *Derecho Mercantil Internacional*, México, Editorial Porrúa. pp. 4,11, 449,44,.
- Chomsky Noam, Doménech Antoni, et al, *Los límites de la globalización*, Traducción Carbo R, España, Editorial Ariel, 2002. p.2
- Cole Tony, *The Structure of Investment Arbitration*, Reino Unido, Editor Routledge, 2013 p.97
- Dalai Lama, *El arte de vivir en el nuevo milenio*, Traducción Martínez Lagüe Miguel, España, Editorial Grijalbo Mondadori, 2012, p. 56
- Dam de Jong, Daniela, *International Law and Governance of Natural Resources in conflict and post-conflict situations*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015. pp.48, 49, 58, 78, 79, 80, 255.
- Dersnah Megan and Levi Ron *Human Rights Indicators and Boundaries of accountability and opportunity* en Scolnicov Ana y Tsvi Kahana, *Boundaries of State, Boundaries of Rights*, Reino Unido, Cambridge University Press 2016, p.282.
- Dietrich Martin Brauch *Exhaustion of local Remedies in International Investment Law, Best Practices*, USA, IISD International Institutud for Sustainable Development, Series, January 2017, pp2-18.

Douglas, Zacary, *Investment Claims*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015, pp. 272,273.285.

Dun Off, Jeffrey L. "How to avoid regime Collitions". Blomen, Kerstin, *Contested Regime Collitions*, Reino Unido, Cambridge University, 2016, p.74

E. Foster Caroline, *Science and the Precautary Principle in International Courts and Tribunals*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2011. p.185

E.Trackman Leon and Musayelyan David, *The repudiation of investor –state, Arbitration and subsequent Treaty Practice, the resurgence of qualified investors-State Arbitration*. ICSID Review Vol. 31 N.1, 2016 pp.194-228

Elirea Bornman and Norle Schoonraad, *The many faces of globalisation*, University of Sudafrica, USA, p. 94.

Feichtntner Isabel, *International Investment Law and distribution Conflicts over Natural Resources*, Frankfurt, Editorial Edward Elgar 2014, Universitat Frankfurt Arbeitspapier Nr.14/2014 pp.12.23.

Ferrajoli Luigi, *Razones Jurídicas del Pacifismo*, Madrid, Trotta,2004. p.137.

Galtung Johan, Dietrich Fisher ,*Pioner of Piece Research*; Noruega,Editorial Springer, Volumen 5, 2015,p.14

García Alonso Luz, *Ética o filosofía Moral*, Editorial Diana, México. 1995 p.16

García Máynez Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1996.p.439

Gllpin Robert, *Global Political Economic -The Nature of Political Economy*" Editorial Princeton University Press, 2001 p.2

Ginebra Serrabu Xavier, *Teoría General del Derecho de la competencia*, México, Editorial Porrúa, 2012.p.37.

González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión*, México, Editorial Porrúa, 2009. pp.98, 83-84,34,36

González Ibarra Juan de Dios, *Metodología Jurídica Epistémica*, México, Editorial Fontamara, 2006. pp,23,25,26.35,79,82,95,116

- _____. *Filosofía Jurídica*, México, Editorial Porrúa 2013. pp. 32, 33, 112, 126, 127, 128
- _____. *Epistemología*, México, Editorial Porrúa 2013. pp. 125, 29.
- _____, *Curso en Filosofía y Axiología Jurídica Concreta*, Doctorado en Derecho y Globalización, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, agosto-diciembre. 2014.
- Gunther Teubner, "*Autopoietic Law: A new approach to law and Society*" Berlin-New York, Editorial Walter de Gruyter. 1988, p. 2
- Gunther, Teubner, *Globalización y constitucionalismo social, alternativas a las teorías constitucionales centradas en el Estado*. Traducción Manuel Cansio, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid. 2003, p. 200.
- Harold, Samuel, *The Rio Declaration on Environment*, editado por Jorge E. Viñuales, Reino Unido, Cambridge University Press 2015. pp. 75-94
- Henckels Caroline, *Proportionality and Deference in Investor State Arbitration, Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*. Reino Unido, Cambridge University Press, 2015 pp. 23, 70
- Hernández Sampieri, Roberto, *Metodología de la Investigación*, , 6ª. Edición, México, Editorial, Mc. Graw Hill, 2014, p. 17.
- Huntington Samuel, *Choque de civilizaciones*, Argentina, . Editorial Paídos. 2001. pp. 23, 26.
- Ianni, Octavio, *Teorías de la Globalización*, Mexico, Siglo XXI editores CEIICH-UNAM, 1996. p. 1
- IISD *Best Practices Series: Performance Requirements in Investment Treaties*, USA, International Institute for Sustainable Development, , December 2014. pp. 7, 8.
- Jakobsen Jo, *Political Risk and Multinational Company*, USA, Editorial Tapir 2012. p. 45.

- Jeffrey L Dun Off. “*How to avoid regime Collitions*” .Blomen Kerstin, “*Contested Regime Collitions*”, Reino Unido, Cambridge University, 2016. p. 74
- Jurgen Friedich, *International Environmental Soft Law, The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law, Alemania, Springer-Max Plank, 2013, pp.170,139.*
- Kahneman Daniel, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, Traducción Joaquín Chamorro Mielke, Barcelona, Editorial Random House Mondadori, 2013. pp 35,78-107,
- Kerstin Blome, Andreas Fischer Lescano, et.al, *Contested Regimen Collisions, Norm Fragmentation in World Society*,Reino Unido, Cambridge University Press, 2016. p. 34.
- Klabbers Jan and Piiparinen Touko, *Normative Pluralism and International Law, Exploring Global Governance*, Reino Unido,Cambridge University Press. 2013.p.39
- Koremenos Barbara, *The Continent of International law; Flexibility provisions in the design of international Law*; Reino Unido, Cambridge University Press, junio 2016. p.125.
- Krish Nico . “*The case for pluralism in postnational law. Magazine Law, Society and Economy*”, Inglaterra, Londonn School of Economics and Political Science n.12., 2009 pp.17,18.
- Krugman Paul, *El retorno de la economía de la depresión*, Traducccion Maria Aznar,España, Editorial Crítica, 2009.p.96
- Krugman Paul R, Maurice Obstfeld and Marc J Melitz, *Economía Internacional*, Traducccion Yago Moreno, USA,Editorial Pearson, 2012, pp. 306. 604 600-602,606.
- L Foden Timothy, “*Back to Bricks and Mortar: The case for a Traditional Definition of Investment that never was*”, in Ian A Laird, Borzu Sabahi y Frederic G. Sourgens, et al, *Investment Treaty Arbitration and International Law, Volume 8*. New York .USA,Editorial Jurisnet, Huntington, Año 2015. p.137.

- Lami Alkan, Olsson, "Four competing approaches to international soft law" en Wahlgreen, Peter, *soft law*, Stocolmo, Editorial Institute for Scandinavian Law, 2013, pp.180, 181,182 .
- Lars Viellechner, "Responsive Legal Pluralism, the emergence of transnational conflicts" en Blomen, Kerstin, "Contested Regime Collisions ", Reino Unido, Cambridge University Press, 2016, p.109.
- Lavopa Federico, "Problemas y desafíos de denunciar o renegociar Tratados Bilaterales de Inversión" Curso UNCTAD Diciembre de 2012, p.5.
- Levashova Yulia y Lamboy Tineke; et al, *Bridging the gap between international investment law and environment*; Países Bajos, Editorial Eleven International Publishing.the Hague Netherlands, 2016 p.56.
- Macia Josep, Mateu Jaume y Quer Josep. "Palabras y significado"; *El significado y su relación con la referencia y la verdad*; en Espinal María Teresa (Comp) *Semántica*. España. Editorial Akal. 2014.p. 100.
- Markard Nora, Stefan Oeter "Contested Regimen Collisions, Norm Fragmentation in World Society" en Marcelo Neves ,*Dis- solving Constitutional Problems, Transconstitutionalism beyond Collisions, .*" Reino Unido, Cambridge University Press 2016. p.180.
- Mascareño Aldo, *regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial*, Chile, Universidad Alberto Hurtado, Revista de Política Criminal, N.4.2007 A3, Enero de 2016, p. 1-39,13.
- Maturana Romesin, Humberto y Varela Francisco, *De Máquinas y seres Vivos*, Chile, Editorial Universitaria,1995.p.3
- Morin Edgar, "*On Complexity*" traducción Robin Postel. Editorial Hampton Press, New Jersey, 2008, pp.3-5, 11,44
- Morin, Edgar, *Instrucción al Pensamiento Complejo*, Barcelona, Traducción Marcelo Palman,Editorial Gedisa, Tercera Reimpresion , 1997, p.30
- Nassim Nicolas, Taleb, *El Cisne Negro*, Traducción de Filella Escolà, Roc. España, Editorial Paidós, 2013, pp. 85, 130-160.

Nora Markard, Stefan Oeter, et al, "Contested Regimen Collisions, Norm Fragmentation in World Society", en Marcelo Neves, *Dissolving Constitutional Problems, Transconstitutionalism beyond Collisions*, Reino Unido, Cambridge University Press. 2016. p. 180.

Ole Voss Jan, *the impact on investment treaties on Contracts between Host States and foreign Investors, Investment Treaty Standards, USA*, Edit Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2011 pp.34-37,176

Orlando Delgado Selley. *Políticas de Banca Central para enfrentar la recesión en Estados Unidos en Calva, José Luis,(Comp). Políticas Macroeconómicas para el desarrollo sostenido*, Vol. 4, México. Editorial Consejo Nacional de Universitarios, 2012, p.31.

Orrego Vicuña Francisco, *Of Contracts and Treaties in the Global Market*, Max Plank UNYB (2004) p.342, 347

Palmer Stephanie, *Privatization and human Rights in the United Kingdom* Scolnicov Ana and Tsvi Kahana, *Boundaries of State, Boundaries of Rights*.Reino Unido, Cambridge University Press 2016.pp.236,237.238.

Perez Oren, *The institutionalisation of Inconsistency: from Fluid concepts*, en Pérez Oren y Teubner Gunther, *Paradoxes and Inconsistencies in the law. USA, Traducción Iain Fraser, USA, Traducción Iain Fraser, Random Walk*. Hart Publishing, 2006. pp.119-122.

Peterkova Mitkidis Katerina, *Sustainability Clauses in International Business Contracts*, The Hague Netherlands, Editorial International Publishing,2015,pp.74,11.54.

Petters Anne, "Right and Duties in Investment Protection Law" *Beyond Human Rights: The legal Status of the Individual in International Law*, .Traducido al inglés por Jonathan Huston, Reino Unido, Cambridge University Press, 2016, pp.292, 549,448.

Piketty Tomas, *El Capital en el siglo XXI*, Traducción Eliane Cazanave, México, Fondo de Cultura Económica. 2014. p.12.

- Principios Internacionales del UNIDROIT, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.pp.26-35.
- Rifkin, Jeremy, *La Tercera Revolución Industrial*, México, Traductor Albino Santos Mosquera, Editorial Paidós, 2011,p.67
- Rodríguez, Cepeda Bartolo Pablo, *Metodología Jurídica*. México. Editorial Oxford University Press.2010. p.3.
- Rosentreter, Daniel, “*Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention of the Law and treaties and the principles of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration*”, Luxemburgo, Faculty of Law, Economic and Finance Luxembourg Legal Studies, Volume 4, 2015. pp.114,218.
- Ruiz Torres, Humberto Enrique, *Derecho Bancario*. México, Editorial Oxford University Press, 2014. pp .4,21,25,20,39.
- Sacerdoti, Giorgio y Acconci, Pia,et al, *General Interests of Host States in International Investment Law*, Reino Unido, Reino Unido,Cambridge University Press 2014. p.14.
- Saldaña Pérez, Juan Manuel, *Comercio Internacional*, México. Editorial Porrúa 2013,pp.24,25,12,13-20
- Sampieri Hernández, Roberto, *Metodología de Investigación*. México, Editorial McGraw Hill. 2014, p.17
- Sase Jan, Peter, *An economic analysis of Bilateral Investment Treaties*, Hamburgo, Editorial Springer & Universitat Hamburgo, 2011,p.49.
- Scolnicov, Anat y Tsvi Kahana, *Boundaries of State, Boundaries of Rights, Human Rights and Derivate Rights*, Reino Unido,Cambridge University Press.2016. p.195.
- Sen, Amartya y Kliksberg, *Primero la gente; Como juzgar la globalización*, España Editorial Deusto, 2007,p.10.
- Servicio de Economía y Comercio de la División de Tecnología, Industria y Economía del Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente y el Instituto Internacional para el desarrollo Sostenible, *PNUMA –IISD, manual de comercio y economía verde, tercera edición,2016. p.12*

- Shalanda Baker, "Climate change and international economic law 2016", *Ecology Law, USA*, Volumen 43, article 2, p. 58.
- Stefan Oeter, "Norm Fragmentation in World Society." Blome Kerstin, Fischer Lescano Andreas, Franzky Hanna, Markard Nora, *Contested Regimen Collisions, Reino Unido*, Cambridge University Press 2016. p.34.
- Stiglitz Joseph, *El malestar de la globalización*. Traducción Carlos Rodriguez Brown, España, Editorial Punto de Lectura, 2013.pp. 70-95,141-162.
- Taleb Nassim Nicholas, *El cisne negro*, Traducción Roc, Finelli, España. Editorial Paidós. 2013 p.29
- Thoreau Henry David, *Desobediencia civil*. Traducción Adolfo Rivero, Editorial Alvaro Lobo, Medellin, Colombia Edicion 2008 version original 1980.pag.29.
- Timothy L Foden, *Back to Bricks and Mortar: The case for a "Traditional" Definition of Investment that never was en A Laird*, Borzu Sabahi Ian, Frederic G. Sourgens, Todd J Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law, Volume 8*. Editorial Jurisnet, Huntington, New York .USA Año 2015. p 137.
- Ulrich Beck, *La Sociedad del Riesgo*, Traducción Santos Aubeyzón, Editorial Paidos, 5ª impresión, 2014. pp.77,57.
- UNCTAD, *Overview of FDI in LDCs: Trends and Key Issues*. 2017,p.1
- _____,*International Investment Agreements: Key Issues Volume II*.United Nations. New York 2004. (B) p.1
- _____ United Nations Conference on Trade and Development, *Conecting people, the planet and markets*, 2017.p.2
- _____,United Nations Environment Programme, *The IPA Observer, Promoting*,p.12
- _____,*State Contracts on issues in International Investment Agreements*, Geneva 2004 p.13

- Van Duzer J. Anthony, Penelope Simons y Graham Mayeda ,*Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A guide for developing Countries*, Common wealth Secretary Ottawa, August 2012. pp. 290. 312.
- Viellechner Lars, “*Responsive Legal Pluralism*, the emergence of trnasnational conflicts” en Blomen Kerstin, “*Contested Regime Collitions* “,2016, Reino Unido, Cambridge University Press, pp. 109,118.
- Volker Mauerhofer, *Legal Aspects of Sustainable Development*. Edit. University of Viena Austria- Springer, 2016, pp.81, 253.
- Vos Jan Anne, *The funtion on public international law*,USA, Editorial Springer, 2013, p. 253.
- Voss Jan Ole, *the impact on investment treaties on Contracts between Host States and foreign Investors*, Edit Martinus Publishers, Leiden Boston, volumen 4, 2011, p.15.
- W.Schill Stephan, *The multilateralization of international investment investment law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2009, pp. 8-11, 76.
- Yunus Munhammand, *El banquero de los Pobres*, Traductor Albino Santos Mosquera, España. Editorial Paidos, 2010, p.64.

Artículos Informáticos

Anderlini Luca, Felli Leonardo, Alessandro Riboni, Legal Efficiency and Consistency, Faculty Georgetown Mayo 2016, p.24.Consultado en Internet 23 agosto 2017, <http://faculty.georgetown.edu/la2/Efficiency.pdf>

Andorno Roberto, "Principio de precaucion", en Tealdi, Juan Carlos(dir),Diccionario Latinoamericano bioético,Colombia,UNESCO-Universidad Nacional de Colombia.2008.pp346 y 347. Consultado por internet 6 abril 2017<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001618/161848s.pdf>..

Anglés Hernández Marisol, Acciones Colectivas en materia de Protección Ambiental, fallas de Origen, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, serie XLVIII n.144, 19 de Mayo de 2015. p.903. Consultado por internet 18 de julio 2018.<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/viewFile/4955/6306>

Anglés Hernández Marisol, *El principio Precautorio en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. UNAM 2018. Pág. 459. Consultado por internet 18 de Agosto 2018,<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4733/21.pdf>.

Arif Ahmed and Md Jahid Mustofa, *Role of Soft Law in Environmental Protecction: An Overview*; Global Journal of ´Politics and Law Research.European Centre for Research Tranning and Development UK Vol.4 N.2 pp.1-18 March 2016. consultado por internet 26 Enero 2018,www.eajournal.org..

Banco Mundial, Appendix D: Common law and civil law Analysis. Existen 5 sistemas legales: Common Law (59 países), Civil Law (135 países), German (20 países), Nordic (5 países), and Socialist (11). p 69. Consultado por Internet.

[.http://siteresources.worldbank.org/EXTDOIBUS/Resources/db_appD.pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTDOIBUS/Resources/db_appD.pdf)

Bassart Muñoz Josep, Conocimiento y método en Pascal Descartes y Leibniz. Universidad Autónoma del Estado de México. 2004. p. 106. Fecha de consulta: 2 octubre 2014

http://blogs.fad.unam.mx/asignatura/carlos_salgado/wpcontent/uploads/2012/10/Conocimiento-y-m%C3%A9todo-en-Descartes-Pascal-y-Leibniz.pdf

Becerril Gil Anahiby, Tapia Vega Ricardo y Oliva Gómez Eduardo, (coord) Temas selectos 2 Hacia el ámbito del Derecho Privado, Tapia Vega Ricardo, El proceso en clave de Derechos Humanos. 2015. p.56. Consultado or internet 8 de agosto de 2018..<https://dialnet.unirioja.es/editor/6559>.

Bernal Fandiño Mariana y Rojas Quiñones Sergio, *La vinculatoriedad de un Laudo Arbitral frente a Terceros en la doctrina del Collateral Estoppel; colateral estoppel and arbitral awards effects*, International Law, Rev.Colomb.Drecho Inter, n.16.Bogota, Junio de 2010 p.463, Consultado por internet 24 de Julio 2017.file:///C:/Users/ITMX06/Downloads/art%C3%ADculo_redalyc_82420041014.pdf.

Boaventura de Souza Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y emancipación*; Universidad Nacional de Colombia.1998.pp.6,7. Fecha de consulta: 4 noviembre 2014.<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/otras/otpb24/otpb24-00-00.pdf>.

Campos Diez María Soledad, *De la esclavitud Jurídica a la económica*, Revista científica de la Universidad de Rioja, 2012.p.97. Consultado por internet 3 de abril 2016.<file:///C:/Users/ITMX06/Downloads/Dialnet-DeLaEsclavitudJuridicaALaEconomicaEsclavasDelSiglo-4037658.pdf>.

Claims against the Empire of Iran Case, 1963, 45 International Law Reports 57, Federal Constitutional Court of Germany pp.80 y 81. Consulta por internet 8 febrero 2016, <https://www.jstor.org/stable/759403>,

Contabilidad Financiera y Presentación de Informes Ambientales por las Empresas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 3 de Diciembre de 1997.TD/B/COM.2/ISAR/2. <https://unctad.org/es/Docs/c2isard2.sp.pdf>

Corti Varela Justo, El principio de Precaución en la Jurisprudencia Internacional, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 69/1 enero –junio 2017.p.231 .Consultado en internet:14 de junio 2016, https://www.jstor.org/stable/26181618?seq=1#page_scan_tab_contents.

Cristina Rosas Maria, Comercio internacional y Responsabilidad Coporativa, Revista coyuntura y debate. UNAM. 2002. p.189-217 Fecha de consulta:9 noviembre 2014.file:///C:/Users/ITMX06/Downloads/7448-7343-0-PB.pdf

Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. Vigésimo segunda edición. 2012. Consultado en internet 22 enero 2016, <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=L9Eytg6U8DXX2MA51cAx>

Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. Vigésimo tercera edición 2014. 22 enero 2016, <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=e2hZeM8X72x5UHvi5x1>.

Diccionario de la Real Academia Española, 22ª. Edición. 2012. 22 enero 2016, <http://lema.rae.es/drae/?val=valor>

Domenéch Antoni, *La metáfora de la fraternidad republicano-democrática revolucionaria y su legado al socialismo contemporáneo*. Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Redalyc. 2013.pp.14-23Fecha de consulta: 8 noviembre 201Fecha de consulta: 4 octubre 2014. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=40434>.

Fernandez Rozas Jose Carlos, *Sucesion de normas y Derecho Intermacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en*

el Derecho Intertemporal, “Hacia un nuevo orden internacional y Europeo.” Edit.Madrid, Tecnos, 1993. Universidad Complutense de Madrid, pp.5-7
Consulta por internet 22 mayo 2017.
https://eprints.ucm.es/9299/1/SUCESI%C3%93N_DE_NORMAS_Y_DERECHO_INTERNACIONAL_PRIVADO.pdf.

Foreign Investment Review Board, Australia’s Investment Policy 2018.p.1
Consulta por internet 1 de junio de 2018,<https://firb.gov.au/resources/guidance/>.

FTS Green Revenues index Series, V1.5 february 2018. Ftserussell.com p.1
Consulta por internet 8 julio 2018.https://www.ftse.com/products/downloads/FTSE_Green_Revenues_Index_Series.pdf?32.

Gaillard Emmanuel, *Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of Investment in ICSID practice*. Enero de 2009, extraído de Internet,14 Marzo, 25, 2016. pp.407, 411
https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/01/Identify-or-define-Reflections-on-the-evolution-___/Files/View-full-text-Identify-or-define-Reflections-on-___/FileAttachment/IA2009IdentifyordefineReflectiononevolutionconce___pdf

García Bolívar Omar E. *La crisis del Derecho Internacional de Inversiones extranjeras*, Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión. Año 2 N.5. 2015. pp.150,157. Consula por internet 26 octubre 2018,<http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v3n5/2304-7887-rstpr-3-05-00137.pdf..>

García López Tania, *Principio de la reparación del daño ambiental en el derecho internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Vol. II 27 de febrero de 2018.p. 1.
Consulta por internet 19 agosto

2018,<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/207/346>..

Green FDI: Practices and Lessons from the Field. Año 2016. p.1.https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d6_en.pdf

Guía de Evaluación de Gestión de Riesgos Ambientales, Ministerio del Ambiente de Perú, Ministro Antonio Brack Egg MINAM,2010 p.26. Consulta por internet 9 de abril de 2017, <http://sinia.minam.gob.pe/download/file/fid/39473>.

Herdegen Mathias, *Derecho Económico Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México,2012 p. 11, Fecha de consulta :3 noviembre 2014 <http://acuerdosrevista.mincit.gov.co/index.php/editorial-acuerdos-6ed/item/408-desafio>.

ICSID Caseload-Statistics (2018-1) p.8.[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf)

Informe Brundtland Organizacion de las Naciones Unidas 1987,"Our Common Future" traducción propia.p.6. <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Havana/pdf/Cap3.pdf>

Informe del grupo de Expertos sobre el principio precautorio, Paris, marzo de 2005. UNESCO,pp.. 24,31. Consulta por Internet 7 de agosto 2018.<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>.

Informe del grupo de Expertos sobre el principio Precautorio, UNESCO y COMEST (Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la tecnología).Paris.25 Marzo de 2005 p.2 Consulta Internet 13 junio 2016.<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>

Iniciative Climate Bonds, Mexico C02, HSBC, Bonos y cambio Climatico: El Estado del Mercado, Septiembre 2017. pp. 9,16. Consulta, internet 7 de junio 2017.www.climatebonds.net

Insignares Cera Silvana, *“El acceso a la justicia del mecanismo de solución de controversias previsto en el TLC COL-USA”* citando a Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos*; Redalyc, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Revista de Derecho, número 43, enero-junio 2015 p.201. Consulta por internet 14 de mayo de 2018. <http://www.redalyc.org/pdf/851/85138494007.pdf>.

Lavopa Federico, *Universidad de Barcelona, Problemas y Desafíos de denunciar o renegociar Tratados Bilaterales de Inversión*. Conferencia Anual de la SIEL, Singapur, Julio 2012. p. 20. Consulta por internet 8 de agosto 2018. <https://studylib.es/doc/5224523/problemas-y-desaf%C3%ADos-de-denunciar-o-renegociar-tratados>.

Madero Rincón Alberto, *El desafío de prevenir procedimientos arbitrales paralelos en los acuerdos Internacionales de Inversión del Estado Colombiano*, Revista de Derecho Económico Internacional llamada Acuerdos, 6 de diciembre de 2016. Consulta Internet 26 noviembre 2018. <http://ctcp.gov.co/index.php/editorial-acuerdos-6ed/item/408-desafio>.

Malvaez Pardo Gabriela, *El principio de la Protección de la Confianza Legítima en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Año 2016, pp.73-74. Consulta por internet 30 de abril de 2017. <file:///C:/Users/ITMX06/Downloads/34178-31176-1-PB.pdf>.

Mejías Quiroz José Justo, *Dignidad, universalidad y derechos humanos*, revista científica de Universidad de la Rioja. España p.251. Fecha de consulta: 7 noviembre 2014 www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2220970.pdf.

Mideros Mora Andrés, *comercio y desigualdad*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO 2008 p.2 . Fecha de consulta: 10 noviembre 2014 http://www.flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/1231529537.1230254060.Comercioydesigualdad_Mideros_2.pdf

Milestone in the History of U.S foreign Relations, milestone 1945-1952, Plan Marshall, Office of the Historian, Department of State, United States of

America. Consulta por internet 18 de octubre 2018, <https://history.state.gov/milestones/1945-1952>.

Moreno Cruz Rodolfo, *Democracia y derechos Fundamentales en la Obra de Luigi Ferrajoli*, *Universitas*. Revista de filosofía, derecho y política N.3 verano 2006.p.26. Fecha de consulta:5 noviembre 2014, <http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf>.

Moriconi Bezerra Marcelo, *Victimas, cómplices e indiferentes*. Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal.2011. p.142 Consulta por Internet 22 de octubre de 2018. <http://www.redalyc.org/pdf/599/59923456005.pdf>.

Muller Amrei, *Relationship between national and International Law*. Public International Law, University of Oslo. 14 October 2013.p1, Consulta por internet 11 Septiembre de 2017. http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5540/h13/undervisningsmateriale/nat-int-law_14oct2013.pdf ..

Oblasser Angela, Estudio sobre lineamientos, incentivos y regulación para el manejo de los Pasivos Ambientales Mineros (PAM), Organización de las Naciones Unidas, CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Cooperación Alemana Deutsche Zusammenarbeit, Año 2016. p.20. Consultado or internet 22 de octubre de 2018, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40475/S1600680_es.pdf;jsessionid=F2BC82B18E230FDD41DEE8585811846A?sequence=1.

OCDE Perspectivas ambientales de la OCDE hacia 2050. Marzo 2012. p.7. Consulta por internet 7 de agosto de 2016 <https://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/49884278.pdf>.

OCDE, Multilateral Agreement on Investment 22 abril de 1998, pp.18-20. Consulta por internet 2 de Julio 2015. <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng971r2e.pdf>.

OECD Business and Finance Outlook, *The impact of Investment Treaties on companies, shareholders and creditors*. 2016.p 228 Consultado por internet 8 de Julio 2016.<https://www.oecd.org/daf/OECD-Business-Finance-Outlook-2016-Highlights.pdf>.

OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the extractive sector, Paris Francia. 2017 p.2 Consulta por internet 5 de febrero de 2018.<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Guidance-Extractives-Sector-Stakeholder-Engagement.pdf>.

OECD, Economic Globalisation, What is the impact of globalisation on the environment. April. 2013, pp12-16 Consultado por internet 18 de Agosto de 2018,<http://www.oecd.org/insights/economic-globalisation-what-is-the-impact-of-globalisation-on-the-environment.htm>

OECD. Economic Globalisation: Origins and Consequences, what is the impact of globalization on the environment? p. 8. Consultado por internet 12 de abril de 2016.<https://www.oecd.org/insights/economic-globalisation.htm>.

OECD Business and Finance Outlook 2016. The impact of Investment treaties on companies, shareholders and creditors. Chapter 8. p.228. Consultado por Internet 17 de noviembre de 2016,<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/BFO-2016-Ch8-Investment-Treaties.pdf>.

OEFA, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, La Identificación de Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos. p .25. Consultado por internet 5 de noviembre de 2016,<http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2013/05/R022-2013-oefa-cd.pdf>.

Oliva Gómez Eduardo, Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores. Año III número 1 Artículo 11, Septiembre 2015. P.11, Consultado por internet 12 de agosto de 2018,<http://files.dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com/200002226-2fcb530c47/Sept%202015%2C%20Art11%20EI%20reconocimiento%20del>

[%20derecho%20a%20la%20educaci%C3%B3n%20en%20M%C3%A9xico%20como%20Derecho%20Humano.pdf..](#)

ONU gestión de conflictos de tierras y recursos naturales.p.13 consulta por internet 26 de noviembre 2017, https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UN-UNEP_NaturalResourcesConflict_Spanish.pdf.

OEA Organización de los Estados Americanos, Sistema de Información sobre Comercio Exterior; Tratados Bilaterales de Inversión de México, Consulta internet 13 octubre de 2018, www.cice.oas.org.

Pavel Carmen, *Normative Conflict in international law*. HeinOnline 46 San Diego L Rev Vol.46: 883, 2009, pp.24 Consulta por internet 4 de Agosto 2018. <https://www.kcl.ac.uk/sspp/departments/politica/economy/People/academic/San-Diego-Law.pdf>.

Peña Hauman Rolando, *El árbol del conocimiento de Maturana de Humberto y Francisco Varela*, Tercera Edición.2001.p.16.Fecha de consulta: 6 noviembre 2014 www.renaser.cl/articulos/arborel%20del%20conocimiento.pdf

Periódico Nacional “El financiero” fecha de publicación 24 de noviembre de 2014,p.1 <http://www.elfinanciero.com.mx/economia/aqui-estan-las-nuevas-reglas-de-los-fondos-de-inversion.html>

Poiars Maduro Miguel, *The Three Claims of Constitutional Pluralism*, p. 67, Consulta Internet 25 abril 2018, https://cosmopolis.wzb.eu/content/programs/conkey_Maduro_Three-Claims-of-Pluralism.pdf

Queiroz-Sperotto Fernanda, *La formación de Paraísos de contaminación*, EURE, Vol. 44, N.132, Mayo 2018, p.1 Consulta por internet 22 junio 2016. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/eure/v44n132/0250-7161-eure-44-132-0213.pdf>.

Rawi Abdelal and Sophie Meunier, *Managed Globalization: doctrine, practice and promise*. *Journal of European Public Policy* 17:3, April 2010:350-367
Consulta internet 26 de noviembre 2016,
pp24.<http://aei.pitt.edu/7677/1/abdelal-r-12e.pdf>.

Reguillo Rosana, *Sociabilidad, Inseguridad y miedos: Una trilogía para pensar la sociedad contemporánea*. *Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal* 2008. p. 66.Fecha de consulta:15 noviembre 2014,<http://www.redalyc.org/pdf/747/74716004006.pdf>

Restrepo Juan Carlos, *La confianza frente a la desconfianza. Un enfoque de salud mental para la construcción de la paz en Colombia*, *Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal*,2002.p.272.
Consulta internet 2 de agosto de 2016<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80631402>.

Ríos Álvarez, Lautaro, *El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.pp.8-12,Consulta internet 14 octubre 2018.<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-27.pdf>

Rivas García Ricardo M., *Erich Fromm: Bases para una antropología paradójica y una ética "negativa"*, *Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal*, 2013. p.118. consulta internet :13 noviembre 2014,<http://www.redalyc.org/pdf/1411/141128984005.pdf>

Rodas Mauricio, *Cláusulas ambientales y de Inversión Extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile*, Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) Diciembre de 2003.p.14.https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5777/S0312934_es.pdf?sequence=1

Rodil Eduardo, *La base Biológica de la Competencia Económica*. Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal.2004.p.67, consulta internet 30 noviembre 2018,<http://www.redalyc.org/pdf/877/87713706.pdf>

Ruiz García Samuel, Educar para el individualismo o la responsabilidad social, Red de Revistas Científicas para América Latina, el Caribe, España y Portugal.2004.p.23, consulta internet:12 noviembre 2014<http://www.redalyc.org/pdf/998/99815908002.pdf>

Sen Amartya, Stiglitz Josep y Fitoussi Jean Paul, *Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social*. Consulta Internet: 16 Mayo 2015.
https://www.palermo.edu/Archivos_content/2015/derecho/pobreza_multidimensional/bibliografia/Biblio_adic5.pdf.

Tapia Vega Ricardo “*Reflexiones sobre Buen Gobierno y Medio Ambiente Sano en México*”, en Tapia Vega Ricardo, González Ibarra Juan de Dios, *Derecho y Buen Gobierno*, Editorial LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados. 2017, pp.41.42.<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36205.pdf>

UNCTAD, “Reforming International Investment Governance”.*World Investment Report*, 2015, pp.23-33, Consulta Internet: 13, octubre 2017, <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015>.

UNCTAD, Recent Trend in IIAS and ICSID p.5.Consulta internet 25 noviembre 2018.https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

UNCTAD, “*Best practices in Investment for development*” *How to prevent and manage investor-State disputes: Lessons from Peru*. año 2011, Investment Advisory Series B, number 10 .pp.32, 36, Consultado por internet 2 de mayo 2016,https://unctad.org/en/Docs/webdiaepcb2011d9_en.pdf.

UNTERM-ONU, base de datos terminológicos y multilingüe de las Naciones Unidas; nacido del common law,2018 ,p.1.consulta internet 18 mayo 2018, <http://www.un.org/es/hq/dgacm/unterm.shtml>

Witker Jorge y Larios Jorge, *Metodología Jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, UNAM.pp.133-137 Fecha de consulta 2 noviembre 2014. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1932>

Witker Jorge, *El derecho económico en el siglo XX: globalización y derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. pp.923-943. Fecha de consulta: 2 Octubre 2014. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/114/23.pdf>

Legislación o Resoluciones Internacionales

Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente ilícitos (AG/56/83).

Australian Government, Government of Australia National Policies.

Australian Government, Guidance of Foreign Investment Review Board, Policy documents.

Carta de la Tierra

Carta de las Naciones Unidas, artículos 2,5,30,31, artículo 102 de la en relación con el artículo 1 del Reglamento de la Asamblea General.

Convención de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos persistentes

Convención de las Naciones Unidas contra la Desertificación de los países afectados por sequía.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, también denominada “Convención Mauricio sobre la transparencia” redactada en New York .

Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados un.doc
A/CONF.39/27(1969), 1155 UNTS.331, entered into force January 27, 1980,
Viena, 23 Mayo 1969.

Convención Interamericana para la conservación y protección de Tortugas
Marinas;

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

Convención Marco, Convención para la flora y la Fauna,

Convención para la protección de la flora, fauna y bellezas escénicas naturales de
los países de América

Convención para la reglamentación de la caza de la Ballena,

Convención sobre biodiversidad biológica,

Convención sobre el Comercio internacional de especies amenazadas de fauna y
flora silvestre.

Convenio de cooperación por contaminación de Hidrocarburos,

Convenio de Rotterdam para la aplicación de procedimiento de productos
químicos peligrosos objeto de Comercio Internacional.

Convenio Interamericano de lucha contra la Langosta,

Convenio sobre la Prevención de la contaminación del Mar.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and
Nationals of Other States. artículo 25 (1) (2)

Declaración de Estocolmo de 1972

Declaración del Conferencia de las Naciones Unidas en medio ambiente y
desarrollo 16 de Junio de 1972. Doc A/ CONF/4814- Rev. 1. 1973.

Decreto promulgatorio sobre Acuerdo de Libre Comercio Mexico - Comunidad
Europea inversión, Diario Oficial de la Federación, 26 de junio de 2000

Diario Oficial de la Federación miércoles 24 de enero de 2018, decreto promulgatorio de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de los Emiratos Árabes Unidos, para la promoción y protección recíproca de inversiones hecho en la ciudad de Dubai el 19 de enero de 2016.

Directrices sobre conflicto de intereses en arbitraje internacional (2004)

Directrices sobre Representación de parte en el arbitraje internacional (2013)

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38

International Coffee Agreement de 1960

MIGA Convention, presentada por el Consejo de Gobernadores del Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo en octubre de 2011 de 1985 y surtió sus efectos el 12 de abril de 1988 y fue enmendada el 14 de noviembre de 2010.

ONU, Guiding Principles on Business and Human Rights and transnational corporations and other business enterprises A/HRC/17/31 (“Guiding Principles”).

ONU, Sustainable Development Commission creada en diciembre de 1992. Mediante Resolución A/RES/47/191

ONU, Sustainable Development Commission. Agenda 21 “La declaración de Río de Janeiro, Brasil del 3 al 14 de junio de 1992.

ONU, United Nations, The World Charter for Nature UN/Doc A/P.V 48.

ONU,, Acuerdo de París, promovida por la Organización de las Naciones Unidas, celebrado del 30 de noviembre al 11 de diciembre de 2015 y se firma el mismo el mismo el 22 de abril de 2016, mediante resolución A/RES/70/1 Titulada: Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”

ONU, adoptó la resolución “Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente” (documento A / 72 / L.51, fecha 10 de mayo de 2018.

ONU, Declaración del Conferencia de las Naciones Unidas en medio ambiente y desarrollo 16 de Junio de 1972. Doc A/ CONF/4814- Rev. 1. 1973.

ONU, Mecanismo Internacional de Varsovia para las pérdidas y daños relacionados con las repercusiones del cambio climático, fue establecido por la COP 19 el 13 de Diciembre de 2013. En Polonia por la Organización de las naciones unidas resolución UN/DOC/A/RES/41/128/Anexx (4 December 1986)

ONU, Organizacion de las Naciones Unidas 1987, Informe Brundtland, "Our Common Future"

ONU, Organización de las Naciones Unidas ONU, *Human Rights Comission*, "Guiding Principles on Business and Human Rights and transnational corporations and other business enterprises", A/HRC/17/31 ("Guiding Principles").

ONU, Organización de las Naciones Unidas, resolución 1515 de 15 de Diciembre de 1960.

ONU, Organización de las Naciones Unidas, Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General del 14 de Diciembre de 1962. Titulado "Soberanía Permanente sobre los recursos naturales"

ONU, Organización de las Naciones Unidas, resolución AG.Re 41/128)

ONU, Sustainable development Comission creada en Diciembre de 1992. Mediante Resolución A/RES/47/191

ONU, Conference on trade and employment havana Charter fo an International Trade Organization, March 1948 art 11 2 UN Sales N.48 II D4 E/CONF.2/78 (1948)

Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología de la Diversidad Biológica.

Protocolo de Montreal.

Protocolo sobre caso casos de accidentes por Hidrocarburos,

Reglamento CNUDMI de Arbitraje (2010),
Reglamento CNUDMI de Arbitraje de 1976) ,
Reglamento CNUDMI sobre Transparencia (2014),
Reglas de Mediación Inversor-Estado by International Bar Association (IBA (2012),
Reglas sobre practica de la prueba en el arbitraje Internacional (2010) ,
TLC Argentina –USA
TLC Bolivia-USA
TLC Brasil-Union Europea.
TLC Colombia-USA
TLC con USA-Chile, artículo 1114, Capítulo XI
TLC Ecuador,
TLC entre Colombia y Corea 8.18
TLC USA-Australia.
TLC Venezuela
TLCAN-mexico.canada USA. Artículo 1110 (1)
Tratado de Alianza del Pacifico, Requisitos de desempeño: artículo 10.8
Tratado de la Carta de Energia
Tribunal multilateral de Inversiones,
UNCTAD.United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)
Monitor N.1 (2008) International Investment Agreements (UNCTAD/WEB/
ITE/ IA/2008/3

Casos Judiciales Internacionales

ADF GROUP VS USA ICSID CASE ARB/ AF/ 001 AWARD9 DE ENREO 2003

Aguas del Tunari S.A vs versus Republic of Bolivia, ICSID Case N.ARB/02/3.

ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY AND TATE LILE AMERICAN
INGREDIENTS INC 04 /05. 21 DE NOVIEMBRE DE 2007. VS MEXICO.

Argentina vs Uruguay 20 de abril de 2010. Caso N. 135 Corte Internacional de
Justicia, La Haya.

Australia vs Japón: Interviniente Nueva Zelanda, Caza de ballenas en el Antártico,
Sentencia 31 de Marzo de 2014. Corte Internacional de Justicia.

barcelona traction,, international court of justice. reports 1970. p 3.<https://www.icj-cij.org>

Bayindir insaat vs pakistan, icsid case n. arb international vs república argentina
arb/04/4) saur

Bernardus Henricus *Funnekotter vs Republic of Zimbabwe (ICSID Case
N.ARB/05/6)*

Bernardus Henricus *Funnekotter vs Republic of Zimbabwe (ICSID Case
N.ARB/05/6)*

CARGILL INCORPORATED ICSID VS USA. 18 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Chemtura corporation vs Canada UNCITRAL agosto 12, 2010.

CMS Gas Transmission Company VS Republic of Argentina,ICSID Case, N.
ARB/01/8.2003. pag. 796.

CONCERNING AVENA VS MEXICO 2004

ConocoPhillips Petrozuata B.V, conocophilips Hamaca BV and Conoco Philips
Gulf of Paria B.V versus, Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case N.
ARB/07/30

Corn Products contra Mexico ICSID 15 DE ENERO DE 2008

Duclos Nicole y Thomas Erin, Enforcement of ICSID Awards in the United States; Bahrain Chamber for Dispute Resolution, International Arbitration Review. Volume 2 December 2015 Number 2.pag.373.

Duke Energy vs Republica de Perú N. ARB/03/28. Febrero 2006

Eiser Infraestructure Limited y Energía Solar Luxembourge vs España ARB/13/36 MAYO 2017.

Elly Lili vs Canada UNCITRAL ICSID 13 JUNIO DE 2014

fedax vs república de venezuela

GLAMIS GOLD VS USA UNCITRAL AWARD 14 MAYO 2009

GRAND RIVER ENTERPRISES SIX NATIONS LTD VS USA ICSID ARB 10/5/ AWARD 12 JANUARY 2011

INTERCHANDEL (SUIZA) VS USA.1995 ICJ Rep. 6

Lanco International Inc. Vs Argentina Republic, Preliminary Decision on Jurisdiccion of December 1988 ILM 40 (2001) 457 e

Loewen Group vs USA ICSID (5 ENERO 2001)

Marvin Feldman vs Mexico ICSID AWARD 16 Diciembre de 2002

Merrill Ring Forestry vs Canada 31 marzo de 2010 UNCITRAL

Metalclad corporation vs México ICSID ARB 97-1 award 30 august 2000.

Metalclad vs México ARB (AF) 97/1. ICSID

Metalclad vs México ARB (AF) 97/1. ICSID. Bajo el mecanismo complementario Capitulo Once del Tratado de Libre Comercio. Confirmado laudo by The United Mexican States vs Metalclad Corporation, Decision of Supreme Court of British Columbia on the Challenge by petitioner.The United Mexican States of the Arbitration Awaard issued on August 30, 2000 2001 BCSC 664 (Mayo 2 ,2001).

Methanex vs USA UNCITRAL 3 agosto de 2005

Mihaly vs Sri Lanka y Methamex vs EU en Fireman´s Fund N.ARB/00/2

Modev Internacional vs USA ICSID 11 de Octubre de 2002

Noble Ventures Inc vs Romania, ICSID Case N.ARB/01/11

Oposa vs Factoran Suprema Corte de Filpinas, 30 de Julio de 1994.

Piero Foresti vs Sudáfrica ARB (AF) 07/1 ICSID

Piero Foresti vs Sudáfrica ARB (AF) 07/1 ICSID

Pilippe Morris contra Uruguay Caso N. ARB/10/7. ICSID Laudo dictado 8 de Julio de 2016.

Pope Talbot vs Canada UNCITRAL 10 Abril 2001

Quiborax S.A Non Metallic Minerals S.A and Allan Fosk Kaplun vs Plurinational State of Bolivia ICSID Case N.ARB/06/2.

Repsol S.A and Repsol Butano S.A vs Argentina Republique. Case N. ARB/12/38.

Robert Azinia vs Mexico ICSID CASO ARB/ AF/97-2 AWARD 1 NOVIEMBRE DE 1999

Saint Mays vs Canada 13 de Mayo d 2011.

Salini Construttori S.p.A vs Italstrade S.p.A the Hashemite Kingdom of Jordan N. ARB/02/13

SAUR International vs República Argentina, N. ARB/04/4) *Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre excepciones a la jurisdicción*; miembros del tribunal Juan Fernandez Armesto, Bernard Hanotiau, Christian Tomuschat, 27 de febrero de 2006 pag. 21 y 22 <https://www.italaw.com>

Sd myer vs CANADA UNNCITRAL 13 NOVIEMBRE 2000.

Tecnicas medioambientales ICSID Tedmed vs Mexico(29 de mayo 2003.

Telekon Malasya Brhad vs Republic of Ghana, Case N.HA/RK2004,788. Fecha de decisión 5 Noviembre de 2004.

Texaco vs Libia

The MOX plant case (Ireland vs United Kingdom) International Tribunal for the law of the sea . List of cases n.10 year 2001. Order 3 december 2001 p. 11 pag 71

Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A et versus The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case N. ARB/10/5.

UPS vs Canada (Preliminary Objections) Rep.288; SGS vs Philippines (preliminary Objections); Impregilo vs Pakistan(Preliminary Objections) Rep.245; Bayindir vs Pakistan Rep 197; Jan de Nul vs Egypt para 69; Amco vs Indonesia 389; Saipem vs Bangladesh para 91 ; Joy Mining vs Egypt para 2

Vattenfall vs Alemania Caso N.ARB/12/12

Vioel Micula vs The Government of Rumania Civil N.1:14 – cv- 00600 (APM) United States District Court for the District of Columbia.

WASTE MANAGEMENT VS México ICSID 30 abril de 2004

Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs The Russian Federation 18 de Julio de 2014 (Corte Permanente de Arbitraje caso N. AA227 párrafo 113) ICSID N.ARB (AF)/09/1.Laudo 22 de Septiembre de 2014.

APÉNDICES

LISTA DE TABLAS y GRÁFICOS.

Gráfico 1	Controversias Registradas bajo Convención ICSID por Regiones Geográficas.
Gráfico 2	Distribución de Casos ICSID por sectores de la economía
Gráfico 3	Controversias Registradas a la Jurisdicción de ICSID por Tratado Internacional, por contrato de Inversión entre el inversionista Receptor y el Estado receptoro Ley de Inversión
Gráfico 4	Actividad Humana que provoca gases efecto Invernadero
Gráfico 5	Disputas al amparo de la Convención ICSID y WTO
Gráfico 6	Casos Registrados bajo ICSID y el mecanismo complementario
Gráfico 7	Tendencias en Arbitraje de Inversión a nivel mundial
Tabla 1	Lista de casos de arbitraje de inversión ambiental derivado del NAFTA.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

DR. JULIO CABRERA DIRCIO
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
P R E S E N T E.

Estimado Dr. Cabrera Dircio:

En relación a su oficio de fecha 23 de noviembre de 2018, mediante el cual se me informa la designación que ha recaído en la suscrita, como miembro de la Comisión revisora de la **tesis intitulada: "Protocolo Adicional para la Convención ICSID en Arbitraje de Inversión Ambiental"** de la **alumna Heidi Orfilda de la Paz Miranda**, inscrita en el Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el PNPC (CONACYT), me permito manifestar que he leído la investigación mencionada y, en consecuencia, procedo emitir mi voto razonado.

En cuanto a la originalidad e importancia del tema, la tesis aborda una temática de gran actualidad, ya que el fenómeno de la globalización económica ha consolidado un nuevo pluralismo jurídico -el de la *lex mercatoria*- en el que emerge un nuevo poder apuntalado en la pérdida del monopolio de producción jurídica estatal, ello ha dado paso a una producción normativa con una lógica eminentemente economicista, cuyos impactos permean las decisiones al interior de los Estados-nación, quienes ven cercada su actuación entre sus compromisos económicos y aquellos en materia de derechos humanos, dando preferencia a los primeros y violentándose así sus obligaciones en materia de tutela ambiental..



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

En este contexto, resulta de gran valía el abordaje de las reformas estructurales y su vínculo con los acuerdos comerciales internacionales que han incidido de forma directa en la aplicación de otros sectores del derecho -como los derechos humanos- y determinan la creación/modificación de las normas jurídicas nacionales; ello a su vez, provoca grandes beneficios para las empresas transnacionales cuya protección supera cualquier disposición nacional que proteja intereses públicos.

Por lo que hace a la fundamentación teórica, la investigación está soportada en estudios, tanto históricos como de actualidad y algunos instrumentos internacionales, tanto declarativos como vinculantes, aplicables al tema abordado. Esto permitió al postulante realizar una argumentación y contra argumentación robustas.

Por lo expuesto, considero se trata de una tesis original y novedosa, que cumple con los requisitos metodológicos previstos para este tipo de investigaciones y logra desarrollar de forma amplia el tema de fondo, por tanto, otorgo mi **VOTO APROBATORIO**, a fin de que la alumna continúe con los trámites procedentes, a fin de defender su investigación y, en su caso, obtener el grado correspondiente.

Sin otro particular por el momento, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo y quedo a sus órdenes para cualquier aclaración.

Atentamente.

"Por mi raza hablará el espíritu"

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., a 11 de diciembre de 2018.

Dra. Marisol Inglés Hernández.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

CUERNAVACA, MORELOS A 3 DICIEMBRE DE 2018

DR. JULIO CABRERA DIRCIO
JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS DE
POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UAEM.
P R E S E N T E.

ASUNTO: VOTO APROBATORIO PARA
HEIDI ORFILDA DE LA PAZ MIRANDA

Por medio de la presente me es grato saludarlo y en virtud de la designación de que fui objeto como revisor dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad de Doctorado en Derecho y Globalización, registrado ante el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, en la tesis de investigación intitulada:

“ PROTOCOLO ADICIONAL PARA LA CONVENCION ICSID EN
ARBITRAJE DE INVERSION AMBIENTAL.”

Informo, que he realizado un análisis sobre el contenido de la tesis citada, observando que la misma, cumple con los elementos teóricos, metodológicos, de congruencia, calidad y originalidad sobre el objeto de estudio de la Convención Internacional sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones en el marco de la globalización, con el objeto de robustecer el sistema de justicia Internacional.

En el primer capítulo contextualizo el problema de las inversiones ambientales dentro del proceso de la globalización, exponiendo sus orígenes, causas, consecuencias y demás valores que inciden en que el problema se replique.

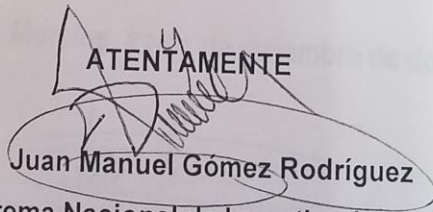
En el segundo apartado, trabajó sobre la naturaleza del arbitraje de inversión, los tipos de soluciones pacíficas de diferencias, para el caso de controversias entre inversionistas y Estados, lo cual resulta relevante y trascendente en virtud de la multiplicidad de tratados internacionales que México suscribe apegándose a lineamientos de este Instrumento Internacional objeto de estudio.

En el tercer capítulo, hizo un estudio de derecho comparado sobre la normatividad Internacional aplicable en cuestiones de orden ambiental, analizando con ello sus interacciones y mecanismos de replicación de normas internacionales que causan la atrofia o ineficiencia de normas ambientales.

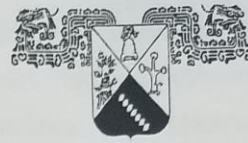
En el cuarto capítulo, sugiere la solución al problema ofreciendo los elementos para el protocolo adicional en cuestiones de arbitraje de inversión ambiental o energéticos, con argumentos fundados acorde al marco jurídico internacional, además proporcionando o creando nuevos estándares y parámetros para evaluar la sostenibilidad ambiental junto con la inversión extranjera en el marco de normas autopoieticas dentro de la globalización, lo cual satisface los lineamientos de relevancia e innovación en sus argumentaciones y creación de tesis.

En razón de lo expuesto, considero oportuno y pertinente destacar la labor de esta alumna sobresaliente en virtud de la originalidad del proyecto de tesis presentado tanto en su investigación académica, como en su desempeño dentro de la Universidad, por tanto, otorgo **MI VOTO APROBATORIO**, como revisor en el examen de candidatura.

ATENTAMENTE


Dr. Juan Manuel Gómez Rodríguez

PITC, Miembro Sistema Nacional de Investigadores SIN-CONACYT.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Cuernavaca, Morelos, 29 Noviembre de 2018

**JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS SUPERIORES
DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UAEM**

PRESENTE:

Por medio del presente y como miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de investigación intitulado: " **PROTOCOLO ADICIONAL PARA LA CONVENCIÓN ICSID EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN AMBIENTAL**", que presenta la Maestra Heidi Orfilda De La Paz Miranda, con el objeto de optar por el grado de Doctora en derecho y Globalización, inscrita en el programa de Doctora en Derecho y globalización acreditado ante el PNCP (CONACYT), hago de su conocimiento lo siguiente:

Que he realizado la revisión de la metodología teórica y práctica que la alumna empleo en el trabajo de investigación y ambas son las adecuadas. La tesis que consta de cuatro capítulos se desglosa de la siguiente manera:

En el capítulo primero, la sustentante aborda el marco conceptual de la investigación con los conceptos fundamentales sobre proceso, procedimiento, principios etc. sus orígenes etimológicos, y prácticos.

Dentro del capítulo segundo titulado, aborda de la manera general temas relacionados con la globalización y analiza la problemática del arbitraje de inversión, los elementos de procedencia de controversias internacionales auspiciadas bajo la Convención Internacional sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones que persiguen los Inversionistas contra los Estados.

En su capítulo tercero, destaca que la sustentante realizó un estudio de las diferentes legislaciones tanto nacionales como internacionales, haciendo estudios de derecho comparado entre sistemas jurídicos internacionales, para observar como manejan el riesgo país y el sistema de inversión en diferentes bloques comerciales mundiales, estudiando los mecanismos de interacción que convergen para que dichos sistemas legales tengan eficiencia y la norma jurídica ambiental internacional sea sustentable y sostenible en un entorno globalizado.

Dentro del capítulo cuarto, hace relevante la implementación de un protocolo adicional a la convención ICSID en inversión ambiental y así proteger la naturaleza y fortalecer las instituciones de justicia internacional desde una nueva perspectiva que se fortalece con el proceso de globalización, dotándoles de mayor transparencia, efectividad y democracia institucional.

En mérito de expuesto, conociendo la calidad de innovación y trascendencia contemporánea de su trabajo en nuestro país, aunado a su destacado desempeño, pulcritud e integridad académica en cada uno de sus trabajos de investigación, **otorgo mi VOTO APROBATORIO**, para que esta tesis sea defendida en su examen de grado.

ATENTAMENTE

"Por una Humanidad Culta"

Xavier Ginebra

Dr. Xavier Ginebra Serrabu

PITC, Miembro Sistema Nacional de Investigadores SIN-CONACYT.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



CUERNAVACA, MORELOS A 28 DE NOVIEMBRE DE 2018

DR. JULIO CABRERA DIRCIO
JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS DE
POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UAEM.
P R E S E N T E.

ASUNTO: VOTO APROBATORIO DE LA
TESIS DE LA MAESTRA HEIDI ORFILDA
DE LA PAZ MIRANDA

Por medio de la presente me es grato saludarlo con el afecto de siempre y conforme designación de que fui objeto como revisor de tesis de la investigación intitulada Protocolo Adicional al Arbitraje de Inversión Ambiental, de la alumna HEIDI ORFILDA DE LA PAZ MIRANDA, de nuestro Programa de Doctorado en Derecho y Globalización, inscrito en el Padrón Nacional de Posgrados de Calidad del CONACYT, me permito manifestarle que la misma en mi criterio ha quedado concluida satisfactoriamente, cumpliendo con lo que señala nuestra normatividad, motivo por el cual emito el presente voto aprobatorio.

La tesis en comento con una extensión de 289 páginas incluye cuatro capítulos, terminando la obra con la propuesta de " PROTOCOLO ADICIONAL PARA LA CONVENCIÓN ICSID EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN AMBIENTAL."

En el primer capítulo desarrollo todos los elementos teóricos, metodológicos, axiológicos y epistémicos sobre su objeto de estudio en la globalización, señalando cual es el problema que impulsó a la investigación con una tesis por demás pertinente.

En el segundo trabajó sobre la naturaleza del arbitraje de inversión, en el marco neoliberalista, reflexionando sobre el papel del Estado como órgano regulador del derecho económico internacional, tomando en cuenta sus alcances y limitaciones en el marco de la globalización.

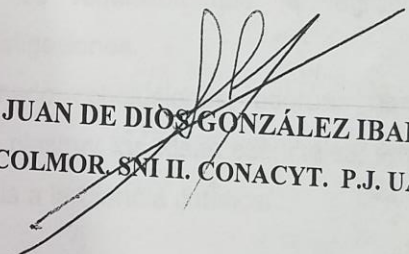


El tercer capítulo es un análisis comparativo de los conflictos internacionales en materia de recursos naturales, contemplando la solución pacífica de controversias sobre el medio ambiente en escala mundial, considera la pertinencia de la implementación del sistema judicial institucional-internacional de protección internacional al ambiente.

Finalmente, en el capítulo cuarto se aborda la justiciabilidad de los derechos humanos de la inversión ambiental en el paradigma pluri-ius universal, balanceando el interés público y privado esta materia y resaltando la responsabilidad internacional del Estado.

Sus conclusiones y recomendaciones son pertinentes y esperamos que sirvan hacia el futuro con objeto de defender a la naturaleza.

Deseándole a usted lo mejor en lo personal e institucional me repito como su seguro servidor.


DR. JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA.
COLMOR. SMI II. CONACYT. P.J. UAEM.

Cuernavaca, Morelos, 27 noviembre del 2018

**JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UAEM
PRESENTE:**

Por medio del presente y como miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de investigación intitulado: " **PROTOCOLO ADICIONAL PARA LA CONVENCION ICSID EN ARBITRAJE DE INVERSION AMBIENTAL.**" que presenta la Maestra Heidi Orfilda De La Paz Miranda, con el objeto de optar por el grado de Doctora en Derecho y Globalización, inscrita en el programa de Doctorado en Derecho y globalización acreditado ante el PNCP (CONACYT), hago de su conocimiento lo siguiente:

Así, después de haber revisado de manera minuciosa la metodología utilizada, el marco teórico, verificar las citas al pie de página respecto de la bibliografía empleada, considero reúne los requisitos que la legislación universitaria establece para este tipo de investigaciones.

Asimismo, en el apartado denominado conclusiones, además de los resultados del trabajo de investigación y de plasmar las ideas esenciales, realiza una serie de propuestas de suma importancia a la Ciencia Jurídica.

Como corolario, se puede afirmar que las conclusiones, bibliografía y razonamientos son consecuentes con el desarrollo del trabajo de investigación y las propuesta resultan innovadoras.

Conforme a lo anterior, otorgo **VOTO APROBATORIO** al trabajo mencionado, con la certeza que los que sigan continúen elevando el nivel de nuestra institución.

ATENTAMENTE

DR. RICARDO TAPIA VEGA



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Cuernavaca, Morelos a 28 de noviembre del año 2018

DR. JULIO CABRERA DIRCIO.
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISION DE ESTUDIOS SUPERIORES DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.

Por este medio, me es grato enviarle un cordial saludo y conforme a la designación que fui objeto mediante oficio 310/08/14DESP, como miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: "**Protocolo Adicional para la Convención ICSID en Arbitraje de Inversión Ambiental**", de la maestra en Ciencias Políticas y Sociales **HEIDI ORFILDA DE LA PAZ MIRANDA**, del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el PNPC (CONACYT), me permito manifestarle que en mi criterio ha quedado terminada cubriendo la normatividad y requerimientos de exigencia de nuestra institución, por lo que emito en tiempo y forma mi voto aprobatorio al respecto.

La tesis en comento, se encuentra integrada en su totalidad en su contenido temático de forma satisfactoria en todos y cada uno de los capítulos que la integran, habiéndose adicionado los elementos que en su momento se le indicaron tanto en el cuerpo del trabajo como en las conclusiones.

Considerando que el trabajo de investigación cumple a cabalidad con los lineamientos metodológicos sustanciales requeridos por esta facultad para ser calificada de modo aprobatorio como lo establece el reglamento general de exámenes, aunado a que satisface las exigencias de originalidad y relevancia para cubrir el propósito de investigación que tiene el Doctorado en Derecho y Globalización en cuyo marco fue desarrollada.

Resulta satisfactorio agregar además, que es de tener en cuenta su sobresaliente desempeño académico, dedicación y constancia en cada una de las actividades académicas que realizó dentro de la universidad y en otras universidades e instituciones de carácter internacional.

En virtud de lo anterior, toda vez que la tesis se apoya en extensa Bibliografía consultada, incluso en distintos Idiomas diferentes al español, que apoyan el contenido de la problemática que aborda; y responden la hipótesis con sustento en forma consecuente a su desarrollo metodológico, otorgo mi **VOTO APROBATORIO**, para que el trabajo sea sustentado en el Examen de Grado.

Atentamente

~~“Por una Humanidad Culta”~~

~~Dr. Francisco Xavier García Jiménez~~

~~PITC.FD y CS. UAEM.~~

COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.

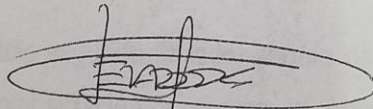
PRESENTE.

En relación al trabajo de tesis titulado: **PROTOCOLO ADICIONAL PARA LA CONVENCIÓN ICSID EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN AMBIENTAL** que presenta la Maestra en Derecho **HEIDI ORFILDA DE LA PAZ MIRANDA**, con el objeto de optar por el grado de **DOCTORA EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN** en el Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización, el cual se encuentra acreditado ante el PNPC de CONACYT, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, y en el cual se me ha concedido el honor de designarme como miembro de la Comisión Revisora, me permito manifestarle lo siguiente.

Después de haber realizado la revisión minuciosa del contenido del trabajo de investigación antes mencionado, sobre el cual me permito manifestar que he constatado que cumple de manera plena con la metodología que una investigación jurídica de este nivel requiere, y considerando además que la C. Maestra **HEIDI ORFILDA DE LA PAZ MIRANDA**, quien ha desarrollado un trabajo de tipo descriptivo y propositivo para atender el problema materia de la investigación, en consecuencia **tengo el agrado de otorgar MI VOTO APROBATORIO** a dicha tesis de grado, misma que la sustentante deberá exponer y defender al momento de presentar su examen de grado.

Sin otro particular, le reitero mi afecto y le envío un cordial saludo.

Cuernavaca, Morelos, a tres de diciembre de dos mil dieciocho.



DR. EDUARDO OLIVA GÓMEZ
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO

|