

Derechos humanos y protección a inversores extranjeros: un análisis del Acuerdo de Escazú y su condicionante jurídico.

Ricagno, Fiorella.

Cita:

Ricagno, Fiorella (2024). *Derechos humanos y protección a inversores extranjeros: un análisis del Acuerdo de Escazú y su condicionante jurídico*. III Congreso Internacional de Ciencias Humanas. Escuela de Humanidades, Universidad Nacional de San Martín, Gral. San Martín.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/3.congreso.eh.unsam/319>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/esz9/ECZ>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Derechos humanos y protección a inversores extranjeros: un análisis del Acuerdo de Escazú y su condicionante jurídico.

Fiorella Ricagno EPyG-UNSAM.

fiorella.ricagno@gmail.com

Resumen

En este trabajo se analizan dos regímenes de derecho internacional: el régimen de derechos humanos y el régimen de protección a inversiones extranjeras. En particular, se revisa el modo en el cual el régimen de los derechos humanos se encuentra condicionado por el régimen de protección a inversores extranjeros. Con este fin, se retoma el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú) y el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Estados Unidos y Ecuador. Ambos instrumentos son jurídicamente vinculantes, es decir, poseen el mismo grado de cumplimiento.

Sin embargo, en la práctica y ante un contexto de fragmentación del Derecho Internacional, observamos una asimetría normativa entre el derecho internacional de protección de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, argumentamos que el régimen de protección a inversores, enmarcado dentro de la *lex mercatoria* y su arquitectura jurídica producto de la fragmentación del derecho internacional, condicionan el funcionamiento correcto del marco regulatorio de los derechos humanos y de los defensores de la tierra a la hora de aplicarse.

Palabras clave: arbitraje internacional; economía política internacional; *lex mercatoria*; seguridad jurídica; gobernanza económica mundial.

El 4 de marzo de 2018, el régimen de los derechos humanos y del ambiente dejó de tratarse en ámbitos de derecho blando (*soft law*) y tuvo un giro inesperado en el escenario regional. En ese momento se enmarca la firma del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (reconocido como Acuerdo de Escazú) ratificado, actualmente, por 15 países de la región¹. La relevancia de dicho acuerdo es su carácter jurídicamente vinculante, es decir, no *recomienda* sino que *obliga* a sus Estados partes a que se cumplan los derechos contemplados. El Acuerdo de Escazú se encuentra dentro del régimen de los derechos humanos y tiene su anclaje regional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, instrumento que se complementa en la mayoría de los países con el sometimiento al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, de especial interés para esta temática (Bohoslavsky y Justo 2015: 2). Además, es uno de los acuerdos ambientales más importantes adoptados en el siglo XXI ya que une normas de derechos humanos y preocupaciones ambientales con un enfoque regional.

También se ve enmarcado en un histórico contexto, que se sostiene desde los años ochenta y noventa, donde el fuerte giro neoliberal de los países de América Latina y el Caribe significó una complicidad con las instituciones financieras internacionales como la firma de tratados de comercio e inversión, piezas claves en la protección y promoción del comercio internacional y la inversión extranjera. Esta situación se traduce en la creación de un régimen de solución de controversias inversor-Estado impulsado por los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y el Convenio de Washington firmado en 1965 (CW), que da el surgimiento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (Bas Vilizzio 2015: 2). Este régimen, protege y promueve la protección a inversores extranjeros mediante una arquitectura jurídica internacional enmarcada particularmente en los Tratados Bilaterales de Inversión que reconocen “personalidad jurídica” a las empresas y corporaciones transnacionales, de manera tal que son asumidas como sujetos jurídicos y su aplicación es igualmente vinculante para con los Estados partes (Fariñas Dulce 2005: 103, citado en Gándara Carballido 2021: 20).

Tanto en el Acuerdo de Escazú como en los Tratados Bilaterales de Inversión, los Estados asumen sus responsabilidades frente a instrumentos jurídicamente vinculantes. Ambos

¹ Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, CEPAL.
<https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/acuerdo-regional-acceso-la-informacion-la-participacion-publica-acceso-la-justicia-asuntos>

regímenes poseen el mismo grado de cumplimiento. De esta forma, los derechos humanos como los derechos de protección a inversores no tienen ninguna jerarquía entre sí, ocasionando una asimetría normativa debido a la fragmentación del Derecho Internacional mediante la proliferación de instituciones y regímenes normativos que gozan de un alto grado de autonomía, así como los conflictos que surgen entre dichos regímenes e instituciones, y con el derecho internacional general y sus instituciones (Rodiles 2009). Además, esta asimetría normativa también se puede observar en el tipo de acceso a la justicia que promueve, por un lado, el Acuerdo de Escazú a las comunidades afectadas y, por otro lado, los Tratados Bilaterales de Inversión a los inversores extranjeros. Para el primer caso, el Acuerdo promueve el acceso a la justicia nacional según la jurisdicción que corresponda. Para el segundo caso, los inversores extranjeros pueden acceder a tribunales arbitrales privados ante un caso de incumplimiento de un TBI, sin la necesidad de agotar instancias judiciales contempladas en la legislación nacional para resolver la diferencia.

Ahora bien, la tensión entre derechos humanos y derechos de protección a inversores extranjeros es motivo de análisis e investigaciones hace varios años. De hecho, retomamos aquellos trabajos que analizan la tensión entre el régimen de los derechos humanos y el de protección a inversores extranjeros en donde prevalece un marco de fragmentación del derecho internacional que ocasiona una asimetría jurídica, producto de la *lex mercatoria* (Echaide 2016; Hernández Zubizarreta 2016; Bohoslavsky y Justo 2015; Bas Vilizzio 2021). En este trabajo nos interesa analizar qué condicionantes jurídicos posee el Acuerdo de Escazú en términos de aplicación de derechos humanos y ambientales.

El argumento que se verá reflejado a lo largo de este trabajo es que el régimen de protección a inversores, enmarcado dentro de la *lex mercatoria* y su arquitectura jurídica producto de la fragmentación del derecho internacional, condicionan el funcionamiento correcto del marco regulatorio de los derechos humanos y de los defensores de la tierra a la hora de aplicarse. En consecuencia, los laudos y sentencias emitidas de estas diferentes instancias suelen predominar una sobre la otra. En la mayoría de los casos, los laudos emitidos por tribunales arbitrales a favor de inversores extranjeros terminan paralizando la sentencia de las comunidades afectadas realizadas en instancias judiciales nacionales en contra de una Empresa Transnacional (ETN).

Para llevar a cabo este trabajo se utilizó el análisis de contenido, particularmente, de documentos jurídicos. Esta herramienta nos permite buscar e identificar cláusulas y términos centrales sobre el tratamiento que se le da a los derechos de protección a inversores y al que se le da a los

derechos humanos. Al mismo tiempo, se analizaron fuentes primarias como el Acuerdo de Escazú y los Tratados Bilaterales de Inversión. Particularmente, retomamos el TBI de Estados Unidos y Ecuador firmado en 1993 y vigente desde 1997². El mismo nos permite analizar en profundidad el condicionante principal que tiene el marco regulatorio de los derechos humanos en el caso reconocido como “Aguinda y otros vs. Chevron Corporation”, como se conoce la demanda de las comunidades afectadas de la amazonía ecuatoriana hacia Chevron y, “Chevron II”, que fue el contraataque de la transnacional hacia el Estado ecuatoriano. Si bien dicho TBI no se encuentra vigente en la actualidad, sí puede ser utilizado por parte de los inversores para demandar al Estado ecuatoriano debido a la cláusula de ultraactividad del tratado (conocida como “cláusula zombie”) que explicaremos más adelante. Respecto a las fuentes secundarias se realizó una revisión de la bibliografía especializada sobre derechos humanos y derechos de inversores.

A lo largo de este trabajo analizamos los condicionantes jurídicos del Acuerdo de Escazú. En particular, se sostiene que el principal condicionante jurídico que enfrenta este tipo de tratados, que son parte del régimen de los derechos humanos y del ambiente, es el régimen de protección a los inversores extranjeros. El instrumento relevante de este régimen de protección a inversores son los Tratados Bilaterales de Inversión ya que cuentan con el mismo grado de cumplimiento que aquellos regímenes que promueven y protegen los derechos humanos y del ambiente.

En los hechos, los laudos emitidos por los tribunales arbitrales que condenan a los Estados por violar artículos de estos instrumentos condicionan las sentencias emitidas por las Cortes de instancias nacionales o provinciales en contra de los inversores extranjeros o de sus proyectos de inversión. Como vimos en el caso Chevron, además de condenar al Estado ecuatoriano y compensar a la Empresa Transnacional por millones de dólares, anuló la sentencia de Sucumbíos de 2011 por considerarla fraudulenta. En este marco, el Estado queda como garante del cumplimiento de ambas resoluciones, donde prevalece el laudo a favor de la transnacional en detrimento de la sentencia de la Corte provincial. Además, se establece un escenario con total libertad para los capitales privados y sus actividades sin ninguna obligatoriedad para con el ambiente y las personas. En consecuencia, el Mecanismo de Solución de Controversias inversor-Estado, conlleva grandes impactos para el medio ambiente y los derechos humanos debido a

² Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de las inversiones, 1993. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1066/download>

que hay cientos de demandas en tribunales arbitrales que se relacionan con proyectos, que refuerzan la lógica extractivista y neoliberal.

Al mismo tiempo, esta arquitectura jurídica internacional ocasiona un “enfriamiento normativo” (chilling effect) que sucede cuando un Estado reacciona ante los costos potencialmente elevados asociados a las amenazas percibidas o reales de arbitrajes revirtiendo, retirando, debilitando o no aplicando medidas reguladoras legítimas para abordar la crisis climática, proteger el medio ambiente o hacer efectivos los derechos humanos. Por ende, se cuestiona la soberanía estatal. Esto lo podemos observar en el caso de Chevron y Ecuador pero, también, en otras demandas que han cuestionado políticas o decisiones gubernamentales destinadas a respetar y proteger los derechos humanos, el derecho a la salud, al agua y a un medio ambiente saludable (Glencore v. Colombia, Infinito Gold v. Costa Rica, Aris Mining Corporation v. Colombia, entre otros).

En resumen, los Estados asumen sus responsabilidades frente a regímenes internacionales (pueden ser o no instrumentos jurídicamente vinculantes) como el régimen internacional de los derechos humanos reflejado en el Acuerdo de Escazú y el régimen internacional de protección a inversiones en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión. Dichos regímenes no surgen por sí solos y no se consideran fines en sí mismos ya que, una vez implementados afectan a los comportamientos y resultados relacionados. Los regímenes, al ser cerrados y autónomos, no permiten el movimiento y el traslado hacia nuevas fuerzas sociales, teniendo como resultado esta tensión entre los mismos. En consecuencia, la fragmentación del Derecho Internacional y su asimetría normativa como resultado de la *lex mercatoria* condicionan el accionar de los Estados y el correcto funcionamiento de los regímenes internacionales que garantizan y promueven los derechos humanos y del ambiente.

Referencias bibliográficas

Bas Vilizzio, Magdalena. 2016. "América del Sur frente a los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?" Beca Presidente Néstor Kirchner 2015 – 2016. Universidad Nacional de San Martín. Observatorio Latinoamericano – OLA, The New School, 2-27.

Bas Vilizzio, Magdalena. 2020. "Estado-empresas transnacionales: cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y redefinición de la soberanía a la luz de la protección de los derechos humanos." Relaciones Internacionales 29 (59).

Bas Vilizzio, Magdalena. 2021. "Ecological sustainability in investment-State dispute settlement: risks of legal pluralism in practice." Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo 4 (4): 41-48.

Bárcena Ibarra, Alicia, Valeria Torres, y Ávila Muñoz. 2021. Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental y su relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Bogotá: Universidad del Rosario.

Bohoslavsky, Juan Pablo, y Juan Bautista Justo. 2015. "Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio." RSTPR 3 (5): 65-94. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.65>.

Cafferatta, Nestor. 2020. "El debido proceso ambiental en el Acuerdo Regional de Escazú". En Prieur, M., Sozz, G., y Nápoli, A., (eds.), Acuerdo de Escazú: hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe, (pp. 233-246). Universidad Nacional del Litoral.

CEPAL. 2018. "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe" Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>.

"Contrato para la ejecución de Trabajos de Reparación Medioambiental y Liberación de Obligaciones, Responsabilidades y Demandas" 1995. https://www.planv.com.ec/sites/default/files/contrato_texaco_1995.pdf.

Eberhardt, Pia. 2014. La protección de las inversiones en una encrucijada: La TTIP y el futuro del derecho global de las inversiones. Friedrich-Ebert-Stiftung, Global Policy and Development.

Echaide, Javier. 2016. "Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversión vs. derechos humanos?" *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 29:81-114. <https://doi.org/10.11144/javeriana.il14-29.dcdh>.

"El caso Chevron / Texaco en Ecuador Una lucha por la justicia ambiental y social." 2015. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/06/Expediente-Caso-Chevron-abril-2015.pdf>.

Gamboa Balbín, Aída M. 2020. "Acuerdo de Escazú: urgente ratificación para la protección de las defensoras y los defensores ambientales." En *Acuerdo de Escazú : hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe.*, 271-280. Michel Prieur ; Cósimo Gonzalo Sozzo ; Andrés Nápoli ed. Santa Fe: Ediciones UNL.

Gándara Carballido, Manuel E., Adoración Guamán, Carol Proner, y Gisele Ricobom. 2021. *Lex mercatoria, derechos humanos y democracia : un estudio del neoliberalismo autoritario y las resistencias en América Latina*. CLACSO. ISBN 978-987-813-002-6.

Ghiotto, Luciana. 2015. "La "libertad de invertir" a la luz del caso argentino: un análisis de los Tratados Bilaterales de Inversión." *Tla-melaua* 9 (38): 24-44.

Hernández Zubizarreta, Juan. 2009. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*. Bilbao: Hegoa.

Hernández Zubizarreta, Juan. 2016. "El tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales" *Dossieres*, no. 22, 30-33.

Jiménez Guanipa, Henry. 2021. "Capítulo III. Los derechos de acceso, las autoridades públicas y las entidades privadas a la luz del Acuerdo de Escazú y la Convención de Aarhus". En Bárcena, A., Torres, V. y Ávila, L. (eds). *Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental y su relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, (pp. 43-69). Universidad del Rosario.

Lattera, Patricia, y Costantino, Agostina. 2020. "Libre comercio y mujeres en América Latina: aproximaciones a través de los modos de desarrollo para analizar 25 años de Tratados de Libre Comercio en la región". En Ghiotto, L. y Lattera, P. (eds). *25 años de tratados de libre comercio e inversión en América Latina*, 247-280. Fundación Luxemburgo.

Lovatón Palacios, David. 2009. *Experiencias de acceso a la justicia en América Latina*. Revista IIDH, 50, 227-282.

Murray, Adrian. 2017. "Ecuador termina 16 tratados bilaterales de inversión." Transnational Institute. <https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/ecuador-termina-16-tratados-bilaterales-de-inversion>.

Orellana, Aldo. 2019. "Chevron vs Ecuador: arbitraje internacional e impunidad corporativa | TerraJusta." Terra Justa. <https://terra-justa.org/es/article/chevron-vs-ecuador-arbitraje-internacional-e-impunidad-corporativa/>.

Pexioto Batista, Juliana. 2016. "Perspectivas jurídicas de las relaciones internacionales: el constitucionalismo, la fragmentación y el pluralismo jurídico en debate." Tla-melaua 9 (39): 132-151.

Pinto, Mónica. 1997. Temas de derechos humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto.

CEPAL (2013) "Plan de Acción hasta 2014 para la implementación de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiental y el Desarrollo en América Latina y el Caribe y su Hoja de Ruta." 2013. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38730/S2013207_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Rodiles, Alejandro. 2009. "La fragmentación del derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México?" Anu. Mex. Der. Inter 9:373-413.

Saguier, Marcelo, y Luciana Ghiotto. 2018. "Las empresas transnacionales: un punto de encuentro para la Economía Política Internacional de América Latina." Desafíos 30 (2): 159-190. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.6222>.

"SICE - Inversión - Tratados bilaterales de inversión - Ecuador – Estados Unidos." 1993. SICE - OAS. http://www.sice.oas.org/bits/usaec_s.asp.

"686(XXXV) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO 10 DE LA DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA Y." 2014. CEPAL. https://www.cepal.org/sites/default/files/pages/files/686xxxv-principio_10-esp.pdf.

Strange, Susan. 1970. "International Economics and International Relations: A case of mutual neglect." Blackwell Publishing 46 (2): 304-315.

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de las inversiones. 1993. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1066/download>.

“22 Anexo B CONTENIDOS DE SAN JOSÉ PARA EL INSTRUMENTO REGIONAL PRIMERA PARTE Preámbulo 1. La región y los países que la conforman.” 2014. Cepal. https://www.cepal.org/sites/default/files/pages/files/contenidos_de_san_jose.pdf.

“Visión de Lima para un Instrumento Regional sobre los Derechos de Acceso en Materia Ambiental.” 2013. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38733/S2013913_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

“World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspective.” 2003. UNCTAD. https://unctad.org/en/Docs/wir2003light_en.pdf.