

REGULACIÓN DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE EN TRATADOS DE INVERSIÓN  
EXTRANJERA: EL DERECHO A REGULAR DE LOS ESTADOS.

Lorena Pascual Rathgeb  
Ayudante Derecho Comercial  
Escuela de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

INTRODUCCIÓN

La relación entre el derecho de inversión extranjera y las prerrogativas de cada Estado orientadas a implementar medidas de protección al medio ambiente es innegable. Desde los años noventa es posible constatar cómo ha ido evolucionando el derecho internacional de inversión extranjera en orden a regular e incorporar cláusulas de protección al medio ambiente en tratados de inversiones. Esto se explica, desde una perspectiva fáctica, en tanto las inversiones extranjeras pueden afectar negativamente el medioambiente del Estado anfitrión<sup>1</sup> y, desde una perspectiva legal, toda vez que los tratados de inversiones definen como las partes balancean la protección de los derechos del inversionista con objetivos políticos del Estado<sup>2</sup>.

En el presente artículo se dará una breve visión sobre como el derecho de inversión extranjera, ha mermado la soberanía de los Estados para tomar medidas en orden a proteger el medioambiente, y cómo la nueva tendencia de integración de cláusulas medioambientales, ha restaurado el derecho a regular de los mismos.

INVERSIÓN EXTRANJERA Y SOBERANÍA

*“In its World Investment Report 2016, UNCTAD ranked Chile as the world’s 19th largest recipient of foreign direct investment (FDI)”*<sup>3</sup>

La inversión extranjera para Chile juega un rol decisivo en el crecimiento y desarrollo económico de Chile. *“Los flujos de IED [...] contribuyen a la competitividad de la economía, aportando no sólo recursos y nuevos mercados, sino también un mayor desarrollo tecnológico, conocimientos especializados e insumos para un ambiente de innovación y emprendimiento”*.<sup>4</sup>

Así como para Chile, la inversión extranjera juega un rol fundamental en su economía, para el resto del mundo, también es un aspecto de gran relevancia. Esto ha

---

1 VIÑUALES, Jorge, *Investment Law and Sustainable Development: The Environment breaks into Investment Disputes*, en BUNGENBERG, Marc; GRIEBEL, Jörn; HOBE, Stephan; REINISCH, August (ed.), *International Investment Law: A Handbook* (Alemania, 2015), pp. 1715

2 GORDON, Kathryn. and POHL, Joachim., *Environmental concerns in International Investment Agreements: A Survey*, en OECD working Papers on International Investment (2011), pp. 7  
*“International investment agreements define how the treaty partners balance investor protection with other public policy objectives”*.

3 INVESTCHILE, disponible en <http://www.investchile.gob.cl/es/inversion-en-chile/> [última visita: 10 de abril de 2017]

4 Íbid.

llevado a articular un derecho de inversión extranjera donde el potencial Estado anfitrión deliberadamente renuncia a una cuota de su soberanía, en orden a brindarle garantías legales a los futuros inversionistas<sup>5</sup>

Si bien parece razonable que las relaciones entre los inversionistas y los Estados se encuentren reglamentadas por un tratado, cuando el Estado compromete su soberanía, el balance entre sus intereses y aspiraciones ya no está sujeto a una decisión unilateral<sup>6</sup>, por lo que ya no podrá a su arbitrio dictar medidas, si estas afectan los derechos del inversionista.

En este sentido, parece una necesidad que los tratados de inversiones integren cláusulas que permitan recuperar una parte de la soberanía de los Estados para regular cuestiones medioambientales. Así la inversión extranjera directa “[...] *no va a constituir un factor coadyuvante para la degradación del medioambiente, sino, por el contrario, contribuirá con la elevación de los niveles de protección medioambiental*”<sup>7</sup>.

#### CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE

Según el estudio realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el año 2011, se han incluido siete cláusulas con lenguaje relacionado a cuestiones medioambientales<sup>8</sup>. Para efectos de este análisis nos interesan tres cláusulas: una cláusula general de reserva de márgenes de regulación y actuación sobre cuestiones medioambientales, denominada, ‘derecho a regular’; y otras dos cláusulas complementarias conocidas como cláusula de ‘preclusión de compensación en caso de demandas por expropiación indirecta cuando se basen en medidas de protección al medioambiente’ y cláusula de ‘no bajar los estándares de protección al medioambiente con el objetivo de atraer inversiones’.

Una de las herramientas para reafirmar la soberanía de los Estados en aspectos de regulación medioambiental, es articular en los tratados de inversiones el no abandono de los poderes soberanos de actuar para propósitos públicos<sup>9</sup>, es decir, establecer cláusulas que

---

5 DOZLER, Rudolf; SCHREUER, Cristoph, *Principles of International Investment Law*<sup>2</sup>, (2008, Reino Unido, Oxford University Press, 2012) pp. 20

*“In an investment treaty the host state deliberately renounces an element of its sovereignty in return of a new opportunity: the chance better to attract new foreign investments which it would not have acquired in the absence of a treaty”*

6 *Íbid.*

*“Once the sovereign has committed itself to a treaty, the balancing of interests and aspirations is no longer subject to a unilateral decision”*

7 RODAS, Mauricio, *Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile*, en CEPAL-SERIE Medioambiente y Desarrollo, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos, (2006), 78, pp. 5

8 GORDON, Kathryn. and POHL, Joachim., *Environmental concerns in International Investment Agreements: A Survey*, en OECD working Papers on International Investment (2011), p. 6

Cláusulas que se señalan: General language in preambles, reserving policy space for environmental regulation, reserving policy space for environmental regulation for specific subjects, indirect expropriation, not lowering environmental standards to attract investments, environmental matters and investor-state dispute settlement and general promotion of progress in environmental protection and cooperation.

reserven márgenes de actuación a los Estados anfitriones en ciertas áreas como la seguridad, salud y el medio ambiente.

Esta cláusula se ha presentado de la siguiente manera en ciertos tratados de inversiones suscritos por Chile, en particular, en el capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio de Chile con Estados Unidos del año 2003:

Artículo 10.12: Inversión y medioambiente.

Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

Dicha cláusula permite en la práctica que ciertas medidas tomadas por el Estado, que no se sean discriminatorias, y que tengan por objetivo la protección al medioambiente, no se conviertan tan fácilmente en demandas compensatorias:

*“Tribunals, instead of focusing exclusively on the “sole effect” on the owner, have also often taken into account the purpose and proportionality of the governmental measures to determine whether compensation was due. Thus a number of cases were determined on the basis of recognition that governments have the right to protect, through non-discriminatory actions, inter alia, the environment, human health and safety, market integrity and social policies without providing compensation for any incidental deprivation of foreign owned property”<sup>10</sup>*

No obstante la tendencia de los tribunales arbitrales, esta cláusula parece no valerse por sí misma, toda vez que los criterios para determinar que una medida no es compensable y, por lo tanto, no constituye expropiación indirecta, quedará en manos del tribunal de turno.

Es por ello que existe una tendencia, un poco más reducida, por parte de algunos Estados de incluir cláusulas de preclusión de compensación en caso de demandas por expropiación indirecta cuando se basen en medidas de protección al medioambiente. Así lo ha consagrado el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Australia en su capítulo de inversiones:

Anexo 10-B 3 (b)

Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

Una vez integradas las cláusulas precedentes, es necesario determinar qué tipos de medidas estarían facultados los Estados a adoptar. En este sentido, se podría esperar que el derecho a regular de los Estados se interprete como un incentivo para que estos tengan un mayor estándar en sus normas de protección al medio ambiente. Sin embargo, es lógico que

---

9 ROMSON, Åsa, *Environmental Policy Space and International Investment Law* (Stockholm, Acta Universitatis Stockholmiensis, 2012), p. 301

*“One way for the states to affirm their right to regulate is to articulate in the IIA that they are not abandoning their sovereign power to act on public purposes”*

10 OECD, *“Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law*, en *OECD Working Papers on International Investment*, (2004) p. 22

si devolvemos esta cuota de soberanía a los Estados anfitriones en orden a establecer las medidas necesarias para proteger al medio ambiente, el derecho a regular, al ser una cláusula que no establece ninguna norma sustancial de protección al mismo, también podría implicar una rebaja en los estándares de protección<sup>11</sup>. Es por ello que creemos que debe estar necesariamente integrada a los tratados de inversiones, la cláusula conocida como *not lowering standard clause*.

Dicha cláusula se ha regulado de la siguiente manera en el artículo G-14 (2) del capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Chile:

Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio.

#### CONCLUSIONES

Cuando un Estado decide efectuar cambios en sus políticas económicas, hay una potencial amenaza a las inversiones extranjeras<sup>12</sup>. Es por ello que el derecho de inversiones se desarrolla con el objetivo último de proteger al inversionista frente a cualquier perturbación en los derechos que el tratado le confiere y, en particular, en su derecho de propiedad. No obstante, creemos que este objetivo no debe llevarse a cabo prescindiendo de regulaciones tan importantes como lo es la protección al medio ambiente.

Por lo tanto, es necesario continuar en la evolución de un derecho de inversión extranjera que incorpore las cláusulas de protección al medio ambiente antes descritas y, consecuentemente, que permitan a los Estados recuperar, en materia medioambiental, su ‘derecho a regular’.

---

11 ROMSON, Åsa, *Environmental Policy Space and International Investment Law* (Stockholm, Acta Universitatis Stockholmiensis, 2012), p. 302

*“However, it should be noted that the right to regulate also might imply the right for states to have lower environmental standards and to use their natural resources in a short-sighted way”*

12 SORNARAJAH, M, *The International law on Foreign Investment*<sup>3</sup>, (1994, Reino Unido, Cambridge University Press, 2010), pp. 70