

"Al igual que cualquier inversión peruana, la inversión extranjera tiene que respetar el derecho interno; desde las normas procedimentales hasta las normas sustantivas, salvo que exista un contrato entre el Estado y el inversionista que indique lo contrario."

Los tratados que promueven la inversión no son un impedimento para la implementación de normas ambientales: Breve ensayo a partir del capítulo sobre inversión del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos

Víctor A. Saco Chung*

A nivel político se ha emitido el argumento de que es imposible afectar a las inversiones internacionales en nuestro país, pues ello significaría una demanda internacional con un correspondiente alto costo para el ente¹. Ello me ha motivado a escribir el presente ensayo, el cual nos explica los reales límites que enfrenta el Estado luego de ratificar un Acuerdo Internacional de Inversiones, si realmente se vuelve tan indefenso, como parecieran indicar algunos políticos.

Un compromiso internacional puede afectar varios sectores; los tratados sobre inversiones afectan el actuar del Estado y su derecho administrativo². Por motivos académicos, hemos limitado la exposición de nuestras ideas al tema de las reformas legales ambientales y sólo a un acuerdo internacional el Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos (en adelante TLC)³.

La hipótesis que queremos demostrar en este documento es: Las obligaciones del Perú que nacen del TLC no restringen su poder soberano de regular el medio ambiente, y por tanto puede modificar su legislación y políticas ambientales, pero al hacerlo deberá respetar ciertas reglas a las que se comprometió. Para probar esta hipótesis, primero se confirmará que cuando un Estado ratifica un Tratado auto-limita su poder soberano; segundo, que esta auto-limitación se debe dar de acuerdo con los términos del tratado; finalmente, se verán ejemplos de las normas a tener en cuenta al momento de modificar normas ambientales sin caer en la violación del tratado. Este es el esquema del presente documento.

* Profesor Ordinario del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. LLM en Derecho Internacional y Europeo por la Universidad Católica de Lovaina. Investigador doctoral del World Trade Institute de la Universidad de Berna, victor.saco@puap.edu.pe

1 LA REPÚBLICA. *Si Yanacocha nos denuncia la indemnización sería enorme*. <<http://www.larepublica.pe/23-01-2012/si-yanacocha-nos-denuncia-la-indemnizacion-seria-enorme>>

2 Ver por ejemplo: DOLZER, Rudolf. The impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law. En: *NYU Journal of International Law and Politics*. Vol. 37, 2005; pp. 953-972.

3 Este ensayo se enmarca de un trabajo de investigación mayor acerca de la relación de las normas de inversiones y otras reglas internacionales en el marco de nuestra tesis de doctorado en el World Trade Institute de la Universidad de Berna, por lo que cualquier comentario es bienvenido a la dirección electrónica mencionada.

1. EL RESPETO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Los tratados como cualquier otra norma de derecho internacional tienen un efecto a nivel internacional y otro a nivel interno. A nivel internacional, un Estado que se compromete mediante un tratado, está obligado con su contraparte a cumplirlo. A nivel interno, el efecto en el ordenamiento jurídico dependerá mucho de la decisión de cada Estado.

1.1. A nivel internacional

Los tratados de inversión generan obligaciones internacionales entre Estados, los cuales se comprometen a respetar los términos del tratado. Estos acuerdos también generan obligaciones internacionales del Estado respecto a los inversionistas, otorgándoles la libertad de hacerlos valer por sí mismos. En este último aspecto, son diferentes los Tratados sobre el Medio Ambiente porque no reconocen derechos a los individuos⁴, las obligaciones y derechos en materia internacional ambiental están destinados a los Estados.

En este sentido, a nivel del ordenamiento internacional, el incumplimiento por el Estado de una de las obligaciones contenidas en un tratado generará responsabilidad internacional para este por su actuar. Será irrelevante, en principio⁵, el motivo por el cual el Estado haya faltado a sus obligaciones, tampoco tendrá validez como excusa la jerarquía de la norma interna que justifique la medida violatoria del tratado; por ejemplo, si como producto de reformar o cambiar la Constitución se contradice el texto de un tratado⁶.

Por lo tanto, si en el ámbito del Derecho Internacional se vulnera un tratado sobre inversiones, el Estado deberá reparar al inversionista y en ciertos casos también a otro Estado⁷. Desde un punto de vista positivista, el Derecho Internacional sería un compartimiento estanco distinto del derecho nacional, las medidas que se adopten en el Derecho Interno no podrían afectar nunca las obligaciones internacionales; sólo un acto internacional podría modificar el tratado (por ejemplo, la denuncia, retiro, del tratado).

1.2. A nivel interno.

La situación se presenta de manera similar dentro del ordenamiento jurídico nacional, el Derecho Interno parece desconocer el Derecho Internacional. Para el Derecho Interno la base del ordenamiento jurídico es la Constitución, le indicará cual es el valor de los tratados internacionales respecto a ella. En el caso peruano, la Constitución no otorga expresamente un rango jurídico a los tratados sobre inversión o ambiente⁸, estos y sus disposiciones incluso podrían ser declarados inconstitucionales⁹. Esta situación requiere que las instituciones del Estado realicen un mayor trabajo de prevención para evitar caer en responsabilidad internacional.

1.3. Salvando la dicotomía.

En un mundo tan interconectado, a un Estado no le conviene desconocer sus obligaciones internacionales, pues esto generaría desconfianza en sus contrapartes. En el ámbito de las inversiones, esto implicaría alejar estas del Estado que incumple con sus tratados, lo cual puede afectar su economía, pues ha sido demostrado que, bien administrada, la inversión extranjera puede generar desarrollo¹⁰.

Además, esta postura es coherente, pues el Estado antes de prometer alguna conducta internacionalmente hizo un análisis de sus posibilidades, y prometió algo que era realizable. Posteriormente, conociendo su promesa, su conducta debería ser de respeto a aquella promesa. Esta postura de coherencia tiene sustento en la teoría, sin embargo en la práctica puede suceder todo lo contrario. Jurídicamente, la búsqueda de relacionar el derecho internacional con el derecho interno ha sido estudiada por dos teorías: el monismo y el dualismo¹¹.

De acuerdo con el monismo, ambos ordenamientos jurídicos constituyen uno sólo. Siguiendo al dualismo, nos encontramos frente a dos ordenamientos diferentes. Para el monismo, un tratado en vigor será tanto una norma internacional, como de derecho interno. Para el dualismo, las disposiciones del tratado deberán traducirse a una normativa interna si es que quieren ser obligatorias en el plano nacional (durante el período de adaptación,

4 Esto es distinto de los tratados de derechos humanos que directa o indirectamente reconocen el derecho a los individuos a gozar de un medio ambiente sano.

5 “En principio”, pues en casos especiales las partes pueden haber acordado que la motivación sea tomada en cuenta, para violar o no violar el tratado.

6 De acuerdo con el derecho internacional, el ordenamiento interno de un Estado es sólo un “hecho”, el derecho interno no puede ser una excusa para incumplir el derecho internacional; por lo tanto, si un Estado se comprometió a nivel internacional, deberá honrar su compromiso. Este ha sido el criterio adoptado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 27.

7 Las reglas para la responsabilidad internacional son consuetudinarias, en su mayoría han sido recogidas en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53° período de sesiones (A/56/10) y anexo por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

8 Habría sí una distinción en cuanto a la aprobación interna de éstos, pues los recursos naturales y el medio ambiente, pueden estar ligados al término “integridad del Estado contenido en el artículo 56 de la Constitución.

9 Se han dado dos procesos de inconstitucionalidad contra los TLC con Chile y Estados Unidos.

10 Existe el debate entre si la inversión extranjera o no genera desarrollo, la respuesta parece ser que la inversión puede generar desarrollo, si se cuentan con herramientas para ordenarla y aprovecharla. Ver un resumen de las teorías “benignas” y “malignas” de este debate en esta publicación del Peterson Institute for International Economics, disponible en: <http://www.iie.com/publications/chapters_preview/53/1iie258x.pdf (p.19)>.

11 Para profundizar sobre estas teorías, se puede revisar: SHAW; Malcom. *International Law* (6 ed.); New York: Cambridge University Press, 2008; p. 131 y ss.

es posible que subsistan normas incoherentes entre ambos ordenamientos).

En su Constitución de 1993, Perú se ha reconocido como un Estado “monista”¹², al reconocer que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”¹³, por lo cual no se presentarían los problemas de incoherencia del dualismo, por lo menos de manera formal. De manera práctica, dependerá del trabajo previo de los órganos del Estado evitar las incoherencias compatibilizando sus normas con sus obligaciones internacionales.

Para cumplir con la labor de evitar contradicciones con el derecho internacional, el Estado tiene como incentivos lograr una buena reputación, ser conocido como respetuoso del derecho internacional; evitar demandas internacionales y posibles reparaciones¹⁴; y, en materia de inversiones, atraerlas generando un buen clima para éstas. Una forma de compatibilizar sus obligaciones internacionales con las internas es haciendo que las primeras sean también vigentes en el ordenamiento interno.

Pareciera, a primera vista, que lo anterior se ha cumplido en el caso del Perú, pues las normas de los tratados son derecho nacional, sin embargo no queda claro que rango ostentan, aunque es posible entablar una acción de inconstitucionalidad contra ellas.

Igualmente, será necesario analizar el alcance de las normas contenidas en los tratados para su aplicación en el derecho interno. Existen normas que son meramente dispositivas y de ámbito internacional (por ejemplo, plazos de la entrada en vigor), otras que otorgan derechos a los inversionistas podrían aplicarse directamente, este es el caso de las dos disposiciones que veremos más adelante, a manera de ejemplo: el Nivel Mínimo de Trato y derecho a no ser expropiado de manera indirecta.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL ESPECÍFICO QUE SE DEBE RESPETAR EN MATERIA DE INVERSIONES

Es cierto que el Estado debe respetar sus obligaciones internacionales, por ello, es importante conocer el contenido de las mencionadas normas. En esta sección demostraremos que el contenido de las normas del capítulo de inversión del TLC permite que se mantengan, modifiquen y adopten nuevas normas de protección al medio ambiente. Para ello, es preciso recordar que a los inversionistas extranjeros se les aplican los derechos contenidos en el tratado y también los derechos y obli-

gaciones de la normatividad interna. En este sentido, se deben respetar las leyes del Estado en el que realizan la inversión para poder establecerse, y durante su permanencia en éste.

2.1. Derecho Interno y acceso de las inversiones al Estado.

De acuerdo con el Derecho Internacional, el Estado cuenta con el derecho a decidir si abrir o no su economía a inversionistas extranjeros, completamente o por determinados sectores, esta potestad se basa en su derecho a la soberanía territorial, en la dimensión económica de ésta. Así, el Estado conserva el derecho de admitir a inversionistas extranjeros, y este incluye la potestad de determinar las formas de admisión de estas inversiones y su establecimiento¹⁵.

El Derecho Internacional de las inversiones generalmente se aplica una vez que la inversión se ha establecido en el territorio del Estado y, como hemos mencionado, el Estado se reserva el derecho de permitir el ingreso de los inversionistas a su territorio. Sin embargo, este derecho se puede auto-limitar por la propia voluntad Estatal. Existen dos tendencias que reflejan lo anterior en los tratados sobre inversión, el modelo de la admisión y el modelo del establecimiento¹⁶ (sobre este último, podríamos incluso estar hablando técnicamente de un pre-establecimiento¹⁷, ya que son derechos que se aplican para lograr el establecimiento de la inversión en el Estado).

En el caso del modelo de admisión, el inversionista está protegido por el tratado luego que su inversión es admitida y establecida en el Estado, no cuenta con ningún derecho previo. En el caso del modelo de establecimiento, el tratado otorga cierta protección a los inversionistas incluso antes de que estos sean admitidos por el Estado, por ejemplo, la garantía de ser tratados sin discriminación durante el proceso de admisión. Otorgar estos derechos, no implica necesariamente que la inversión será admitida en el Estado, sólo es una obligación de comportamiento, si la inversión no cumple con los requisitos que impone el Estado o se encuentra dentro de excepciones a la aplicación del derecho de establecimiento, esta podrá ser rechazada.

Un ejemplo del modelo de admisión consta en el artículo 2 del Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza sobre la promoción y protección recíproca de inversiones¹⁸:

(1) Cada Parte Contratante promoverá en su territorio,

12 Alguna parte de la doctrina, reconoce al caso de Perú como “monismo moderado”.

13 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 55.

14 En virtud de las normas de responsabilidad internacional el incumplimiento de un tratado atribuible al Estado genera que el Estado deba reparar al Estado frente al cual incumplió su obligación (ver *supra* nota 7).

15 DOLZER, Rudolf and Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.80.

16 UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 – Trends in Investment Rulemaking*. New York and Geneva: United Nations, 2007, p. 21.

17 ECHANDI, Roberto. *Clase del Master in International and Economic Law-MILE*, World Trade Institute, Universidad de Berna. 17 al 20 de abril de 2012.

18 PREINVERSIÓN

<<http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=65>> Consulta: el 11 de junio de 2012

en la medida de lo posible, las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y las admitirá de acuerdo a sus leyes y reglamentaciones.

- (2) La Parte Contratante que haya admitido una inversión en su territorio, otorgará las autorizaciones necesarias relacionadas con dicha inversión, asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante facilitará, cuando así se requiera, las autorizaciones necesarias para las actividades de consultores u otras personas calificadas de nacionalidad extranjera.

Como se puede apreciar de la disposición transcrita, Suiza y Perú mantienen el derecho de admitir o no las inversiones de acuerdo a sus leyes, no se ofrece ninguna protección adicional (primer párrafo). Además, con respecto a las inversiones, estas empiezan a gozar de los derechos contenidos en el tratado a partir de haber sido admitidas (ejemplos en el segundo párrafo: autorizaciones, asistencia técnica).

En cuanto al modelo de “establecimiento”, donde se otorgan derechos antes de la admisión, un ejemplo de tratado lo constituye justamente el TLC¹⁹.

Artículo 10.3: Trato Nacional

1. *Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.*
2. *Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones. [...]*

Como se puede apreciar del primer acápite, primero, se otorga protección a los “inversionistas” y no a las “inversiones”. En ese sentido, el término “inversiones” implicaría ya una aceptación y establecimiento. Segundo, a los y las “inversionistas” se les otorgará un trato no discriminatorio en lo referente al proceso de establecimiento en el territorio sea de Perú o de Estados Unidos. Por ello, algunos autores consideran que este modelo otorga al inversionista una suerte de “acceso al mercado”²⁰. Fi-

nalmente, este derecho a no ser discriminado se potencia con el derecho al trato de Nación Más Favorecida, por lo tanto, si por otro tratado se le otorgan mayores beneficios a los nacionales de otros Estados, también tendrán que otorgárselos a los inversionistas peruanos en Estados Unidos y viceversa²¹.

En este último modelo, el “derecho a establecerse” con el que cuentan los inversionistas no es ilimitado; en la práctica este derecho se otorga de manera restringida, utilizando el sistema de lista positiva o negativa. La lista positiva es aquella donde se enumeran todos los sectores en los cuales se permite el acceso a los inversionistas extranjeros; la lista negativa, contiene los sectores a los cuales no pueden acceder libremente los inversionistas extranjeros²².

En el caso del TLC, se aplica el sistema de lista negativa, especificando cuales son las disposiciones del tratado que no se aplican, entre ellas el derecho al Trato Nacional²³, en los sectores específicos que fueron enumerados en el tratado. Esto, de acuerdo con el artículo 10.13 (Medidas Disconformes), los Anexos I y II y sus listas acompañantes.

Específicamente las partes se pusieron de acuerdo en que pueden mantener medidas restrictivas existentes o adoptar medidas nuevas o adicionales que no estén conformes con las obligaciones del tratado, en específico el Trato Nacional que otorga el derecho de acceso al igual que el Trato de Nación Más Favorecida que complementa al anterior.

Recordemos que en el TLC el artículo que regula el Trato Nacional es el que permite el “derecho al establecimiento” de los inversionistas. Por lo tanto, si se pueden mantener medidas restrictivas, significa que en determinados sectores se puede prohibir el ingreso de inversionistas (por ejemplo, en la lista del Anexo I, de medidas existentes, se reconoce que solamente “pueden ser titulares de autorizaciones y licencias de servicios de radiodifusión nacionales peruanos o personas jurídicas constituidas conforme a legislación Peruana y domiciliadas en el Perú”).

No sólo se pueden mantener las diferenciaciones que se hacen en la actualidad entre los inversionistas nacionales y los estadounidenses; si no, además, en el futuro se pueden crear normativas que diferencien entre inversionistas (por ejemplo, en la lista peruana del anexo II se menciona que Perú ha decidido reservarse el derecho de otorgar el Trato de Nación Más Favorecida en todos los sectores).

19 MINCETUR http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80 Consulta el 11 de Junio del 2012.

20 DOLZER, Rudolf and Christoph SCHREUER, Op. Cit. p. 81.

21 Artículo 10.4 del TLC. El texto del acuerdo ha sido bien claro en no extender estos beneficios al mecanismo de solución de diferencias.

22 DOLZER, Rudolf and Christoph SCHREUER, Loc.cit.

23 Las otras excepciones son el artículo 10.4 que contiene el Trato de Nación Más Favorecida, el artículo 10.9 referido a los Requisitos de Desempeño y el 10.10 en lo que respecta a las atribuciones de los Altos Ejecutivos y Juntas Directivas.

No transcribiremos completamente la lista negativa de Perú en materia de inversiones²⁴, sin embargo es preciso resaltar que, respecto a todo asunto relacionado con Comunidades Indígenas, Campesinas y Nativas y Minorías, nuestro Estado se ha reservado a futuro el derecho de no otorgar Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida, Presencia Local, Requisitos de Desempeño o derechos respecto a los Altos Ejecutivos y Juntas Directivas.

En realidad, son pocos los sectores que se han enumerado en la lista negativa. Esto se puede deber a la política de inversiones de Perú, que pretende ser un “hub” para el comercio internacional. La idea del hub o centro de conexión/distribución se entiende mejor desde el punto de vista del planeamiento de la política de inversiones con miras a atraer a las “*efficiency seeking multinational enterprises*”²⁵. De acuerdo con esta política, un Estado busca que empresas internacionales abran sus fábricas productoras en su territorio, ya que gracias a los acuerdos de libre comercio podrán exportar a precios menores a los destinos con los que el Estado tiene acuerdos de libre comercio con aranceles preferenciales²⁶.

Un segundo argumento sería la eficiencia económica, lo que importa en sí es la inversión, no importando el origen del dinero, ni lo que se quiere lograr con ella. Ello implica también que el Estado tenga reglas claras para todos los inversores, sean estos nacionales o extranjeros y, de preferencia, que tenga también una política de que hacer con las inversiones, por ejemplo, pasar de ser un país exportador de Recursos Naturales a uno de producción.

Luego de este primer acápite, podemos concluir respecto a las inversiones extranjeras, en especial aquellas que estarían protegidas por el TLC, que estas tienen derecho a establecerse en el Perú, siempre y cuando cumplan con la normativa del Estado, la cual puede variar. Si el inversionista no cumple con los requisitos de la normativa peruana, o si el sector en el que quiere invertir fue reservado en las listas del TLC, la inversión estadounidense no se podrá establecer en el Perú.

2.2. La normativa interna que el inversionista debe respetar. El caso del Medio Ambiente.

Una vez admitidos, las inversiones deben respetar todo el derecho interno de un Estado; en materia de medio ambiente, desde la Constitución, que define la Política Nacional Ambiental²⁷:

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho: 22) A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo

libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.”

“Artículo 66°. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

“Artículo 67°. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.”

“Artículo 68°. El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.”

Luego, la Constitución deberá concordarse con la Ley General del Ambiente y leyes conexas, en especial, dado que se está estudiando la relación entre la inversión y el medioambiente, la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, la Ley General de Minería, Ley de Recursos Hídricos, entre otras.

Pongamos un ejemplo. De acuerdo con la Ley de Recursos Hídricos, el agua deberá utilizarse tomando en cuenta el medioambiente, la salud pública y la seguridad nacional; existen tres tipos de uso de agua, el primario, el poblacional y el productivo; este es también el orden de prioridad en la asignación del recurso, en caso de escasez se asigna primero el agua al uso primario y no al productivo (por ejemplo, minería); el agua se asigna mediante licencias para el uso productivo del agua, estas licencias se pueden suspender o modificar si es que se pone en riesgo la salud pública o el medio ambiente²⁸. Si la Autoridad Nacional del Agua, descubre que una mina de capitales estadounidenses está contaminando el agua con sus procesos, podría revocarle la licencia, aunque esto significa el fin de la inversión, pues la actividad minera depende en gran medida del uso del agua (esto podría ser considerado como una expropiación indirecta, prohibida por el TLC como veremos más adelante).

Es válido plantearse una pregunta en este momento, aquella acerca del valor y la fuerza de los tratados internacionales referentes al medioambiente en la normativa interna y el deber de los inversionistas extranjeros de respetarlos.

24 La lista completa se encuentra en la lista del Anexo II del Tratado, disponible en: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Anexo_II_PERU.pdf

25 DUNNING, John H. and Sarianna M. LUNDAN, *Multinational Enterprises and the Global Economy (2 ed.)*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 68 y ss.

26 Sin embargo, es preciso considerar que las empresas no sólo requieren de los acuerdos, necesitan especialmente las herramientas para poder producir en el país: mano de obra calificada, tecnología, seguridad, infraestructura, entre otros.

27 Ministerio del Ambiente. Viceministerio de Gestión Ambiental, Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental. *Compendio de la legislación Ambiental Peruana*. Volumen I: Marco Normativo General (Documento Preliminar); p. 3. Disponible en: <http://cdam.minam.gob.pe/novedades/Compendiolegislacion01.pdf>

28 “Ley de Recursos Hídrico”, Ley N° 29338, Artículos 35, 43, 53 y 55

Como se mencionó anteriormente, los tratados en vigor forman parte de la legislación peruana y son obligatorios. Sin embargo, el segundo paso es determinar cuales son las obligaciones contenidas en estos tratados y si estas vinculan a los inversionistas²⁹. Sin embargo, por la naturaleza de estos tratados las obligaciones están destinadas a los Estados, por ello, son los Estados que deberán reforzar e implementar las normas contenidas en estos instrumentos internacionales, una vez que esto suceda serán obligatorias para los inversionistas.

Otro tema distinto, es el de si los miembros de los tribunales que revisan un caso sobre inversiones deben tomar en cuenta otros tratados, entre ellos los referidos al medioambiente, al resolver un caso. Este tema si bien interesante, sobrepasa el objetivo del presente ensayo³⁰.

3. EL DERECHO INTERNACIONAL A RESPECTAR EN CASO DE AFECTACIONES A LOS INVERSIONISTAS EN MATERIA AMBIENTAL

Al igual que cualquier inversión peruana, la inversión extranjera tiene que respetar el derecho interno; desde las normas procedimentales hasta las normas sustantivas, salvo que exista un contrato entre el Estado y el inversionista que indique lo contrario. De no respetarse estas normas, al igual que cualquier nacional, se le podrá cancelar la licencia de funcionamiento o impedir de otra forma que continúe ejerciendo su actividad económica. En paralelo, el Estado deberá respetar respecto a los inversionistas los derechos reconocidos en el TLC.

En caso el Estado tenga que cancelar una licencia a una empresa estadounidense, se deberá evitar expropiar indirectamente a la empresa o tratarla por debajo del derecho al mínimo de trato. Analizaremos brevemente estos dos casos.

Respecto a la expropiación indirecta, esta se encuentra regulada en el artículo 10.7 y el Anexo 10-B del TLC de la siguiente manera:

Artículo 10.7: Expropiación e Indemnización

1. *Ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea:*

- (a) *por motivos de propósito público*
- (b) *de una manera no discriminatoria;*
- (c) *mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y*

(d) *con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5 [sobre Trato Mínimo que veremos a continuación] [...]*

ANEXO 10-B EXPROPIACIÓN

Las Partes confirman su común entendimiento de que:

1. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.
2. El Artículo 10.7.1 aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
3. La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
 - (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:
 - (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
 - (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y
 - (iii) el carácter de la acción gubernamental.
 - (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 [el subrayado es nuestro][lista no exhaustiva de acuerdo con la nota la pie].

29 Una lista de tratados sobre materia ambiental que son obligatorios para Perú se encuentra disponible en: Ministerio del Ambiente. Viceministerio de Gestión Ambiental, Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental. Compendio de la legislación Ambiental Peruana. Volumen I: Marco Normativo General (Documento Preliminar), <http://cdam.minam.gob.pe/novedades/Compendiolegislacion01.pdf>

30 En cuanto al derecho internacional, de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al interpretar los tratados se debe tomar en cuenta otras normas de derecho internacional que sean relevantes. En este sentido, el texto del capítulo de inversiones del TLC con Estados Unidos, puede ser interpretado a la luz de otros tratados internacionales que permitan aclarar su contenido e incluso su aplicación.

Como se puede apreciar de estas normas, el Estado puede modificar su legislación, incluso en materia medio ambiental puede ser más proteccionista, lo cual puede afectar a inversionistas extranjeros.

El Estado sigue manteniendo su poder de regular en materia de medioambiente, siempre y cuando lo haga de manera no discriminatoria. Por ejemplo, si decide prohibir el uso de cianuro en la actividad minera por considerarlo altamente contaminante, deberá prohibirlo para todo tipo de actividad minera con el fin de proteger legítimamente el medioambiente, esto último implica que no lo hará para dar ventaja a competidores sobre otros. En este ejemplo, todas las empresas deberán utilizar un nuevo producto si quieren seguir dedicándose a la minería, si una empresa no puede adaptarse al cambio y por lo tanto no seguir en esa actividad, el supuesto podría caer bajo el concepto de expropiación indirecta, pues se trata de un acto regulatorio que no le permite seguir utilizando su empresa, sin embargo, siguiendo el literal (b) del numeral 3 del Anexo 10-B, al ser una medida destinada a proteger el medioambiente, no podría ser considerada como una expropiación indirecta³¹.

En el ejemplo anterior, si bien no se puede producir una expropiación indirecta, no obstante, si se podría violar otra norma, no por el resultado (la expropiación), si no por el proceso; por ello es interesante analizar la norma que protege el Nivel Mínimo de trato, regulado en el artículo 10.5 del TLC:

Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contenciosos administrativos, de acuerdo con el princi-

pio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.

(Nota al pie del artículo: El Artículo 10.5 será interpretado de conformidad con el Anexo 10-A.)

**ANEXO 10-A
DERECHO INTERNACIONAL
CONSUEUDINARIO**

Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario”, de manera general y tal como está específicamente referido en el artículo 10.5, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al artículo 10.5, el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros.

Estas disposiciones recogen la evolución jurisprudencial y doctrinaria que estas figuras han seguido en contexto del NAFTA (siglas en inglés para el Tratado de Libre Comercio de América del Norte)³². Por ello, se ha decidido limitar al máximo el concepto de “nivel mínimo de trato”, tal vez teniendo en cuenta y manteniendo la doctrina del caso *Neer*³³, por la cual:

“[T]he treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency to governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognise its insufficiency”³⁴.

Como se puede apreciar, el estándar es bastante alto ya que para lograr cumplirlo no debería quedar duda que se produjo la negligencia, lo cual es difícil de demostrar. Consideramos que el deseo de mantener el estándar del caso *Neer* se manifiesta, primero, en el hecho de que el artículo 10.5 es muy similar a la nota de interpretación que

31 Aunque reconocemos lo simplista del ejemplo y sabemos que con mayores detalles se podría ahondar en el estudio de la figura de la expropiación, consideramos que cumple con los propósitos del presente artículo, cuyo fin no es estudiar las figuras del derecho internacional de inversiones a profundidad, sino analizar su relación con el medio ambiente. Para ahondar sobre la expropiación indirecta, se puede revisar: DOLZER, Rudolf and Christoph SCHREUER. Loc. Cit.

32 Al respecto, se puede revisar KLÄGER, Roland. *Fair and Equitable Treatment* in International Investment Law. New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 48 y ss.

33 Este es un caso de 1926, en el cual la esposa y la hija de Paul Neer demandan a México por la falta de diligencia en la investigación y castigo de los asesinos del señor Neer, ante la General Claims Comisión United States and Mexico.

34 Citado por KLÄGER, Roland. Op. Cit. p. 52, citas omitidas.

se hiciera al artículo 1105 del NAFTA, que es parecido a la versión en inglés del texto del TLC.

El primer párrafo del artículo 1105 del NAFTA es idéntico al párrafo primero de nuestro artículo 10.5. El tercer párrafo de la nota de interpretación al artículo 1105 del NAFTA es idéntico al tercer párrafo del artículo 10.5; la única diferencia radica en el segundo párrafo pues en la nota interpretativa del NAFTA abre espacio a la costumbre internacional, mientras en nuestro texto el estándar es más restrictivo y se desarrollan los conceptos de Trato Justo y Equitativo y Protección y Seguridad Plenas.

En segundo lugar, y tomando en cuenta la similitud de ambas disposiciones, debemos recordar que la nota aclarativa al artículo 1105 del NAFTA se dio justamente para restringir el concepto de Trato Mínimo al estándar adoptado en el caso *Neer*³⁵. Sin embargo, dado que las diferencias que puedan producirse respecto a la interpretación y aplicación de los términos se resolverán por tribunales arbitrales bajo el sistema del caso por caso, es posible avizorar otro tipo de interpretación.

Esta nueva interpretación tendrá que tomar en cuenta el texto del TLC, en especial el concepto de “derecho consuetudinario”. Así, se deberá demostrar que la costumbre internacional respecto al “Nivel Mínimo de Trato” ha evolucionado. Además, en el TLC, a diferencia de otros tratados, los conceptos de Seguridad Plena y Trato Justo y Equitativo parecen estar bastante restringidos.

El carácter restrictivo de estos conceptos hace que sean más difíciles de violar, a diferencia de otros tratados que al ser interpretados por tribunales arbitrales llevaron a configurar distintas definiciones, lo cual generó una crítica de parte de la doctrina considerándolos como “cajones de sastre” y una reacción de parte de los gobiernos pues no sabían claramente a que atenerse. Fruto de esto último es la nota de interpretación al artículo 1105 del NAFTA que comentamos anteriormente.

En general, el Trato Justo y Equitativo generaría siete principios a respetar que no son más que elementos del Estado de Derecho, de acuerdo con SCHILL:

“In view of the existing arbitral jurisprudence on fair and equitable treatment, seven specific normative elements can be discerned that occur in recurring fashion in the reasoning of arbitral tribunals and are presented as elements of fair and equitable treatment. These elements are (1) the requirement of stability, predictability and consistency of the legal framework, (2) the principle of legality, (3) the protection of investor confidence or legitimate expectations, (4) procedural due process and denial of justice, (5) substantive due process or protection against discrimination and arbitrariness, (6) the requirement of transparency and (7) the requirement of reasonableness and proportionality. These elements also fi-

*gure prominently as sub-elements or expressions of the broader concept of the rule of law in domestic legal systems.”*³⁶

En el texto del TLC, bastará con seguir un debido proceso al momento de aplicar los cambios legislativos que planteamos para nuestros ejemplos mineros anteriores. Así, una norma que ha sido pública desde sus debates y que termine cambiando los estándares medioambientales no configuraría una violación del Nivel Mínimo de Trato, a pesar de afectar a la inversión extranjera.

Además, el debido proceso es un derecho que se debe aplicar a todos los ciudadanos en un Estado de Derecho y que a cualquier democracia le conviene tener entre sus principios rectores, no cumplir con esta norma para sólo afectar a inversionistas extranjeros resulta contraproducente. Ello nos lleva a pensar que no debería ser difícil para un Estado de Derecho cumplir con este principio en todas las reformas en materia de Derecho Ambiental, por lo que el artículo 10.5 del TLC no debería ser tan fácil de violar.

Hasta este momento podemos ya concluir lo siguiente:

- Los inversionistas extranjeros deben respetar la normativa interna de un Estado al acceder al territorio de este para realizar actividades económicas, esto se aplica incluso para los tratados que siguen el modelo del establecimiento.
- Los Estados mantienen el derecho a modificar su legislación interna, aunque siguiendo con los parámetros del tratado. Estos parámetros no constituyen ningún esfuerzo superior para el Estado con respecto a estándares que ya aplica en el derecho interno, por ejemplo, el de no discriminar con sus normas o el de respetar el debido proceso.
- Dos de los conceptos que a nivel del derecho internacional de las inversiones han generado más polémica en la delimitación de sus contenidos y con ello han generado incertidumbre en algunos actores, la expropiación indirecta y el Trato Justo y Equitativo, se muestran en el TLC como coherentes con las normas prevalecientes en un Estado de Derecho.
- En específico respecto al medioambiente, el TLC no se muestra como un impedimento para que el Estado Peruano tome acciones para su protección.

Un último argumento, en la relación inversiones-medioambiente, que no desarrollaremos aquí a profundidad, es el referente a los artículos 10.2 y 10.11 del TLC. La primera disposición reconoce que “En el caso de existir cualquier incompatibilidad entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad”. Ello nos llevaría a pensar que el capítulo dieciocho del TLC que regula el Medio Ambiente, debería primar sobre el capítulo de inversiones, sin

35 KLÄGER, Roland. Op. Cit. p. 71 (citas omitidas).

36 SCHILL, Stephan. *Fair And Equitable Treatment Under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. En: IJL Working Paper 2006/6. Global Administrative Law Series. www.ijl.org. p. 11.

embargo, consideramos que esta primacía es limitada por dos razones, primero, por que los siete convenios que cubren este capítulo no cubren la totalidad de problemas que pueden presentarse en la relación medioambiente e inversiones.

Segundo, porque el capítulo reconoce que sus objetivos son:

“[...] son contribuir a los esfuerzos de las Partes de asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente, promover la utilización óptima de los recursos de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible, y esforzarse por fortalecer los vínculos entre las políticas y prácticas comerciales y ambientales de las partes”

De acuerdo al sentido común de los términos, este capítulo se aplicaría a la relación comercio-ambiente y no necesariamente comercio-inversión. Esta última relación podría argumentarse sólo indirectamente a partir de la interpretación de que el término comercio incluye al de inversión o dentro del objetivo de “promover la utilización óptima de los recursos de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible”.

El artículo 10.11 es el que regula la relación entre “Inversión y el Medio Ambiente”, indica lo siguiente:

“Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga

o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

Esta disposición a primera vista, parecería demostrar la primacía de los objetivos ambientales sobre las normas de inversión; sin embargo no lo es, nótese que se indica que las medidas ambientales deben ser “compatible[s] con este Capítulo [las normas sobre inversiones]; por lo tanto no existe una primacía, sino una aplicación coherente que parece deseable, en tanto, como hemos analizado anteriormente, las normas de inversiones no parecen afectar el poder del Estado de regular en materia ambiental.

4. CONCLUSIONES

Consideramos que en este ensayo, hemos demostrado, por medio del análisis del texto del TLC³⁷, que el Estado mantiene su poder regulatorio en materia ambiental y que al ratificar el TLC no se ha privado de este poder. Por ello, no necesariamente el afectar una inversión extranjera por proteger un bien común como el medio ambiente va a generar una violación del tratado con una correspondiente indemnización.