



Especialista en derecho ambiental. Profesor en la Universidad de Costa Rica y abogado de Inbio.

# ¿Hay conflicto entre inversiones y protección ambiental?

..... || **Jorge Cabrera** .....



La atracción de inversión extranjera y las medidas dispuestas para otorgar seguridad jurídica a esta, y la conservación de los recursos naturales y el desarrollo sostenible, son objetivos legítimos e importantes que deberían poder alcanzarse de manera simultánea. No obstante, la manera para compatibilizar tales metas no ha estado exenta de tensiones y controversias, incluso en nuestro país.

La experiencia vivida por las inversiones extranjeras en algunos Estados impulsaron la creación de un régimen jurídico especial para la protección de los inversores. Nacionalizaciones y expropiaciones sin pago, medidas discriminatorias y otros actos condujeron al establecimiento de normativas que garantizaran la legalidad de tales actos, la compensación y reparación de los daños causados con tal proceder y, finalmente, la opción del inversor de demandar al Estado ante tribunales arbitrales imparciales. De esta manera, se negociaron convenios internacionales (especialmente el Convenio del Centro para el Arreglo de Disputas de Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados -o Icsid-), se redactaron acuerdos bilaterales de inversión, se integró el tema en las agendas de comercio (por ejemplo, el Nafta en su Capítulo 11 y el Cafta-DR en su Capítulo 10) y se intentó negociar instrumentos comprensivos (verbigracia, el fallido Acuerdo Multilateral de Inversiones negociado en



[Volver al índice](#)

el seno de la Oede). Según cálculos de la Unctad, entre los distintos tipos de estos acuerdos se contabilizan unos 5.940: más de 2.750 acuerdos bilaterales de inversión, 2.894 acuerdos de doble imposición tributaria y unos 295 de comercio o cooperación con un contenido en materia de inversiones.

Inicialmente, estas reglas de protección y promoción tuvieron por objetivo aspectos que se podrían calificar de estrictamente comerciales (incumplimiento de concesiones o compromisos contractuales, expropiaciones, etc.) para los cuales las normas arbitrales comerciales resultaban adecuadas. No obstante, cuando las controversias radicaron en la generación e implementación de legislación ambiental (prohibición del uso de sustancias, nuevas disposiciones de manejo de residuos peligrosos, etc.) la situación empezó a ser vista de manera diferente. Los procedimientos en esta materia (usualmente confidenciales y con poca o nula posibilidad de participación del público general o de terceros) han sido objeto de un nuevo escrutinio. De los 357 casos de disputas entre Estados e inversionistas hasta finales de 2009, según datos de Unctad (posiblemente sean más), aproximadamente unos 35 correspondieron a temas ambientales, en los cuales el inversor ha reclamado contra regulaciones tales como denegatoria de permisos, restricciones en el uso de sustancias o acceso a recursos naturales. Esta realidad ha llevado a cuestionar, con diferente grado de profundidad, el funcionamiento actual del derecho de las inversiones y la forma como este puede o debe integrar aspectos como derechos humanos y el desarrollo sostenible.

En este contexto ha surgido la inquietud sobre si los marcos jurídicos diseña-



**Costa Rica**

E. Duarte OVSICORI-UNA

dos para atraer la inversión y protegerla están causando problemas para implementar leyes ambientales. ¿Es posible que la aplicación en forma no discriminatoria de leyes ambientales sea considerada un obstáculo a la inversión o una medida equivalente a la expropiación (expropiación indirecta)? ¿Están los regímenes legales limitando a los Gobiernos en la promulgación de nor-

mas relativas a la defensa del medio y la salud, por el temor de que sean impugnadas ante tribunales arbitrales (fenómeno conocido como el *chilling effect* o “efecto paralizante”)? Han emergido de esta manera dos cuestiones fundamentales: ¿Pueden las reglas de inversión menoscabar los esfuerzos para promulgar legislación ambiental? ¿Puede requerirse que los Gobiernos paguen una compensación a los contaminadores por detener la contaminación aun si sus actividades tienen un impacto adverso sobre la salud y el medio (es decir pagarle al contaminador por abstenerse de contaminar)?

Como lo plantea un autor, las disposiciones de acuerdos de inversión han cambiado la situación del “escudo a la espada”. Ellos fueron originalmente formulados con miras a servir de protección o “escudos” contra las actividades gubernamentales tendientes a expropiar -o discriminar- las inversiones; fueron diseñados para convertirse en el último recurso a ser utilizado por los inversionistas ante situaciones discriminatorias, inicialmente mediante reclamos entre Estados (el de la nacionalidad del inversor y el huésped) hasta incluirse posteriormente la posibilidad de acciones directas del inversionista contra el Estado. ¿Podría sostenerse que esos acuerdos de inversión se han convertido en una “espada” que amenaza las regulaciones ambientales, utilizada como primera opción en una disputa con la pretensión de hallar compensación por medidas ambientales gubernamentales que impactan la rentabilidad de la empresa?

Un análisis serio y objetivo de estos temas requiere contestar al menos estas otras preguntas: ¿En qué consisten las “ex-

pectativas legítimas del inversor” (tuteladas por algunos de estos esquemas de inversión) y cuál es su verdadero alcance? ¿Qué responsabilidad tiene el Estado al asegurar u orientar respecto de los trámites y requisitos legales, incluyendo los ambientales? ¿Quién y cómo debe asumir los riesgos por el cambio de las reglas del juego debido a nueva información ecológica?

Contestar estas preguntas no es sencillo debido, entre otros motivos, a que los fallos arbitrales previos no son vinculantes para resolver nuevos casos ni existe un único sistema. Pero el enfrentamiento de esas preguntas deviene imprescindible para el desarrollo sostenible.