

Tensiones entre el sistema de protección de inversiones internacionales, la soberanía estatal y los derechos

Tensions between the international investment protection system,
state sovereignty, and human rights

Julio-Marcelo Prieto-Méndez  

Coordinador del Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) - Ecuador

Resumen

Este artículo examina las tensiones estructurales entre los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), la soberanía estatal y los derechos humanos, argumentando que el sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS) prioriza los intereses corporativos sobre el bienestar público y la gobernanza democrática. Mediante un análisis jurídico crítico y estudios de casos comparativos —como *Chevron vs. Ecuador*, *Vattenfall vs. Alemania* y *Copper Mesa vs. Ecuador*—, el estudio revela cómo los tribunales ISDS pueden debilitar los sistemas judiciales nacionales, invalidar sentencias domésticas y disuadir a los Estados de implementar regulaciones en materia de salud, sostenibilidad ambiental y derechos indígenas. Los hallazgos destacan problemas sistémicos, como el efecto paralizante (*regulatory chill*), las dinámicas de poder asimétricas a favor de los inversores y la aplicación retroactiva de tratados para proteger a las corporaciones de responsabilidades. El análisis subraya la incompatibilidad de los TBI con los estándares internacionales de derechos humanos, particularmente en casos de degradación ambiental o crisis de salud pública. El artículo concluye abogando por reformas radicales, incluyendo la abolición del ISDS, la inclusión de cláusulas vinculantes de derechos humanos en los tratados de inversión y el avance de iniciativas multilaterales como el Tratado Vinculante de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos. Al centrar las voces de las comunidades afectadas y enfatizar la relevancia global de estos conflictos, este trabajo llama a reimaginar un orden económico internacional que priorice la justicia, la equidad y la primacía de los derechos humanos sobre el lucro corporativo.

Palabras clave: Tratados Bilaterales de Inversión (TBI); Solución de Controversias Inversionista-Estado; efecto paralizante; responsabilidad corporativa; derechos humanos; justicia ambiental.

Abstract

This article examines the structural tensions between Bilateral Investment Treaties (BITs), state sovereignty, and human rights, arguing that the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) system prioritizes corporate interests over public welfare and democratic governance. Through a combination of critical legal analysis and case studies—including *Chevron vs. Ecuador*, *Vattenfall vs. Germany*, and *Copper Mesa vs. Ecuador*—the study reveals how ISDS tribunals are able to undermine national judicial systems, invalidate domestic rulings, and deter states from enacting regulations to protect health, environmental sustainability, and Indigenous rights. Key findings highlight systemic issues such as regulatory chill, asymmetrical power dynamics favoring investors, and the retroactive application of treaties to shield corporations from accountability. The analysis underscores the incompatibility of BITs with international human rights frameworks, particularly in cases involving environmental degradation or public health crises. The article concludes by advocating for radical reforms, including the abolition of ISDS, the integration of binding human rights clauses into investment treaties, and the advancement of multilateral initiatives like the UN Binding Treaty on Business and Human Rights. By centering the voices of affected communities and emphasizing the global relevance of these conflicts, this work calls for a reimagined international economic order that prioritizes justice, equity, and the primacy of human rights over corporate profit.

Keywords: Bilateral Investment Treaties (BITs); Investor-State Dispute Settlement (ISDS); regulatory chill; corporate accountability; human rights; environmental justice

Introducción

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) han emergido como pilares del derecho internacional económico, promoviendo la protección de inversiones extranjeras mediante cláusulas que permiten a las corporaciones transnacionales demandar a Estados ante tribunales arbitrales privados. Sin embargo, estos mecanismos —encarnados en el sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS)— han tenido un impacto en la soberanía jurídica de los Estados, priorizando la protección de inversiones sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Este artículo demuestra que este fenómeno no es incidental, sino estructural: la protección de inversiones establece un sistema jurídico paralelo a las jurisdicciones nacionales, enfocado exclusivamente en la protección del inversionista extranjero.

El problema de fondo es que este sistema paralelo antepone el derecho del inversionista por sobre la capacidad de los Estados de legislar, juzgar y reparar violaciones de derechos humanos cometidas por actores privados, lo cual, en el caso ecuatoriano, provoca una contradicción normativa con la Constitución, que en su artículo 11 establece que: *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos garantizados en esta Constitución”*. El hecho de que los TBI demandan que el Estado ecuatoriano cumpla con sus laudos ha resultado en la subordinación de los derechos humanos ante el ISDS. Esto refleja una jerarquía normativa invertida, donde el derecho internacional económico prevalece sobre la Carta Magna, aunque ésta dispone de manera expresa una jerarquía suprema de los DDHH.

El caso Chevron-Texaco en Ecuador ilustra esta dinámica al pie de la letra. En 2011, tras un proceso judicial que inició en 1993, las cortes ecuatorianas condenaron a Chevron a pagar aproximadamente USD 9 600 millones por contaminar la Amazonía y vulnerar los derechos de sus habitantes mientras operaba entre 1972 y 1990. No obstante, un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje de la Haya (PCA), actuando bajo un TBI firmado entre Ecuador-EE.UU. en 1997, declaró la sentencia «inejecutable» y ordenó al Estado ecuatoriano bloquear su cumplimiento. Este desenlace no solo ordena invalidar una decisión judicial nacional avalada por cuatro instancias, sino que expuso una contradicción normativa: los TBI, diseñados para proteger inversiones, pueden convertirse en herramientas para evadir responsabilidades por violaciones de derechos humanos.

Este conflicto normativo no es aislado. En *Vattenfall vs. Alemania* (2012), la empresa energética sueca demandó al Estado alemán por USD 6 000 millones tras la decisión de eliminar progresivamente la energía nuclear, alegando que la política ambiental afectó sus «expectativas legítimas de ganancia». En *Philip Morris vs. Uruguay* (2016), la empresa cuestionó las regulaciones de salud pública contra el consumo de cigarrillo bajo el TBI Suiza-Uruguay, obligando al Estado a gastar fuertes sumas de dinero en su defensa. Estos casos revelan un patrón sistémico: los TBI limitan la capacidad de las cortes nacionales y de los gobiernos para actuar como garantes últimos de derechos fundamentales, subordinando su autoridad a tribunales arbitrales que carecen de mandato para proteger intereses públicos.

Aunque las corporaciones controladas por inversionistas extranjeros están sometidas al foro local, el ISDS las puede liberar de su obligación de someterse ante un foro nacional o independiente, como sucedió en el caso Chevron, en Ecuador. En este caso el Tribunal arbitral, mediante un proceso que fue secreto para las víctimas de la contaminación, declaró que las pruebas científicas de contaminación no eran relevantes para determinar el fraude procesal.¹ Levin, y otros, explican que los problemas estructurales no pueden resolverse con mecanismos diseñados por los mismos responsables de las violaciones. Levin se refiere al cambio climático, pero podemos notar que el mismo fenómeno ocurre con la responsabilidad corporativa transnacional: “Para abordar “wicked problems” como el cambio climático, se deben idear soluciones que no dependan de los compromisos voluntarios de los mismos actores responsables de su creación” (Levin, 2021, p.25).

Los TBI crean un sistema jurídico paralelo que no solo limita la capacidad regulatoria de los Estados, sino que favorece la impunidad corporativa al tener la capacidad de invalidar decisiones judiciales nacionales y limitar la capacidad de establecer políticas públicas por parte de los gobiernos. Este sistema, según

1 Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, de 27 de febrero de 2012, caso Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador, Laudo Arbitral emitido el 30 de agosto de 2018, Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-23)

Schneiderman (2008), refleja una arquitectura jurídica que prioriza la protección del capital transnacional frente a los derechos humanos. Este artículo busca demostrar que los TBI, a través de mecanismos como el ISDS, inhabilitan a los gobiernos y las cortes nacionales para garantizar derechos humanos frente a abusos corporativos. Para ello, se plantean tres objetivos específicos:

- **Estudiar del marco jurídico de los TBI** para evidenciar cómo sus cláusulas —en particular, el ISDS— subvierten la jurisdicción nacional. Se analizará cómo tribunales arbitrales, compuestos mayoritariamente por abogados corporativos, pueden reinterpretar el derecho interno para favorecer a inversores.
- **Analizar casos paradigmáticos** que ilustren la colisión entre TBI y derechos humanos. *Chevron vs. Ecuador*: anulación de una sentencia nacional por contaminación ambiental; *Vattenfall vs. Alemania*: demandas por políticas públicas ambientales; *Copper Mesa vs. Ecuador*: criminalización de protestas indígenas mediante arbitraje; *Lone Pipe vs. Canada*: efecto paralizante.
- **Identificar patrones sistémicos de impunidad corporativa**, demostrando que los TBI operan como instrumentos para evadir responsabilidades legales, incluso en casos de violaciones graves de derechos humanos.

Para cumplir estos objetivos, el artículo emplea los conceptos acuñados por Harten (2007) y Perrone (2016) para definir lo que se entiende por *subvertir la jurisdicción nacional* y *patrones sistémicos*, que pretenden ser identificados en este trabajo. En el primer caso, tenemos que subvertir la jurisdicción nacional fue definido como un proceso mediante el cual los TBI y el ISDS desplazan la autoridad de los tribunales nacionales, reemplazándola con un sistema arbitral privado que prioriza los intereses corporativos (Van Harten, 2007). Para identificar si estamos ante un fenómeno de esta naturaleza se utilizan los siguientes criterios de identificación: invalidación de sentencias judiciales nacionales por tribunales arbitrales (ej. *Chevron vs. Ecuador*); imposición de estándares internacionales que reinterpretan el derecho interno (Schneiderman, 2008: ‘constitucionalización neoliberal’); exclusión de víctimas y actores locales en procesos arbitrales (Sornarajah, 2015: ‘violencia epistémica’).

En el segundo caso, patrón sistemático, se define como la repetición estructurada de prácticas que favorecen a inversores, erosionando la soberanía estatal (Perrone, 2016). Como criterios de identificación utilizaremos la recurrencia de casos similares: demandas por políticas ambientales (*Vattenfall vs. Alemania*), salud pública (*Philip Morris vs. Uruguay*), o conflictos comunitarios (*Copper Mesa vs. Ecuador*); el efecto acumulativo: *regulatory chill* documentado en estudios (UNCTAD, 2021) que señalan que el 14% de Estados evitan regulaciones por miedo a ISDS; y la Asimetría normativa: TBI omiten obligaciones corporativas mientras amplían derechos de inversores (Tan, 2015).

En el plano empírico, se aplican dos enfoques metodológicos complementarios:

Análisis Crítico del Derecho (ACD)

Mediante el ACD, se deconstruirán textos jurídicos clave —TBI, laudos arbitrales y sentencias nacionales— para revelar las estructuras de poder que los sustentan. Este enfoque, inspirado en teóricos como David Kennedy y Martti Koskenniemi, permite cuestionar la neutralidad del derecho internacional económico y exponer su sesgo pro corporativo. Por ejemplo, se examinará cómo el laudo en *Chevron vs. Ecuador* (PCA, 2018) invocó el concepto de «denegación de justicia» para deslegitimar una sentencia judicial interna, aun cuando esta fue respaldada por múltiples instancias.

Estudio comparativo de casos

Este artículo emplea una metodología mixta: (1) *análisis cualitativo de casos emblemáticos* (*Chevron**, *Vattenfall*), seleccionados por su relevancia en derechos humanos y (2) *análisis cuantitativo* basado en la base de datos de la UNCTAD (2023), que abarca 1 223 casos ISDS para capturar el ‘efecto paralizante’. Los criterios de selección, basados en la clasificación de la UNCTAD (2023) excluyen casos comerciales sin impacto en políticas públicas.

Es así que, el análisis comparativo de casos en esta investigación adquiere ciertos matices especiales,

pues, analizar solo casos donde los Estados pierden ignora que el 42% de los laudos favorecen total o parcialmente a los Estados. Nicolás Perrone (2020) argumenta que las estadísticas oficiales omiten casos retirados por presión corporativa, ya que *el efecto paralizante* no se refleja en los datos de laudos, sino en los miles de casos no presentados donde Estados retroceden ante amenazas (Perrone, 2020). Perrone también coincide en que el miedo a demandas ISDS disuade regulaciones, incluso si los Estados ganan la mayoría de los casos (*Ibíd.*). Es decir, es necesario diferenciar entre los casos presentados: Aquellos que llegan a un laudo (ej: *Chevron vs. Ecuador*); los casos retirados: demandas archivadas por acuerdo (ej: *Lone Pine vs. Canadá*) y el efecto disuasorio: regulaciones no implementadas por amenazas (ej: moratoria a impuestos digitales en Kenia, 2020).

En 2020, la UNCTAD reportó que un 65% de los casos ISDS conocidos hasta entonces habían concluido. Mientras que la UNCTAD (2021) advierte sobre la opacidad del sistema ISDS, donde solo el 15% de los laudos son públicos y urge a reformas para garantizar transparencia, especialmente en casos que afectan el interés público. Las críticas a la opacidad del ISDS en el informe se centran en asimetrías de información entre Estados e inversionistas y en los riesgos para el interés público al no conocer los términos de los acuerdos. Algunos estudios académicos (como los de *Pia Eberhardt* o *Corporate Europe Observatory*) han señalado que la mayoría de los acuerdos son confidenciales,

El informe *ICSID Caseload Statistics (2025-1)* al 31 de diciembre de 2024 indica que se han registrado un total de 1022 casos de arbitraje entre inversionistas y estados. Según este informe (Chart 16) el 66% de disputas son resueltas mediante laudo, de los cuales solamente el 49% (Chart 18) son favorables a los inversionistas. Sin embargo, aunque los laudos no muestran un sesgo claro a favor de los inversionistas, el alto porcentaje de casos resueltos extrajudicialmente (34%) podría ocultar una tendencia pro-inversionista en acuerdos confidenciales.

Es importante recalcar que el informe no revela si los acuerdos confidenciales incluyen compensaciones a inversionistas o concesiones estatales, por lo que no es posible analizar de un modo concluyente si los Estados prefieren acuerdos privados para evitar precedentes legales adversos. Esto quiere decir que, si consideramos los laudos contrarios a los estados y, además, los que resuelven de manera privada, los datos del ICSID muestran que *la mayoría de los casos no terminan en laudos favorables a inversionistas*, pero la opacidad de los acuerdos privados impide confirmar un sesgo sistémico.

Debido a este contexto y el sesgo estadístico que se presenta al analizar solamente los resultados de los casos que tienen un laudo final y definitivo. Este trabajo opta por un análisis cualitativo, por lo que se analizarán cuatro casos emblemáticos para identificar patrones comunes que ilustran cada uno de los defectos que la teoría crítica atribuye al ISDS:

1. *Chevron vs. Ecuador*: anulación de una sentencia nacional por contaminación ambiental.
2. *Vattenfall vs. Alemania*: uso del ISDS para desafiar políticas ambientales.
3. *Copper Mesa vs. Ecuador*: criminalización de la resistencia comunitaria mediante arbitraje.
4. *Lone Pine vs. Canada*: efecto paralizante

Mediante estos casos se pretende demostrar que los TBI tiene la capacidad de crear un sistema jurídico paralelo que puede limitar la capacidad regulatoria de los Estados y favorecer la impunidad corporativa. Para esto se utilizan indicadores particulares que permiten la verificación de ciertos hitos, como el uso de TBI de manera retroactiva, la existencia de demandas contra políticas ambientales, la criminalización de resistencia indígena, y el efecto paralizante (*regulatory chill*). Como se explica más adelante, no se trata de un simple análisis estadístico porque los datos ocultan muchas realidades.

En los casos seleccionados se procederá a considerar cuatro criterios principales, aunque con ciertas variaciones, dependiendo del caso. Los criterios son: transparencia (grado de acceso público a documentos y audiencias), resultado del laudo (grado de acceso público a documentos y audiencias), impacto regulatorio (efecto en políticas públicas (ej. ambiental, salud) y asimetría normativa (contraste entre derechos de inversores y obligaciones). Aunque reconocemos que estos casos emblemáticos no representan la totalidad del sistema, son un buen reflejo de los principales problemas que se presentan. La comparación permitirá demostrar que, independientemente del contexto regional o sector económico, los TBI pueden generar un efecto paralizante (*regulatory chill*) que es capaz de disuadir a los Estados de legislar en favor del interés público. Adicionalmente,

hacemos notar que estos casos son representativos de los distintos tipos de resultados que se pueden obtener ante el ISDS, del siguiente modo:

Resultado	Porcentaje	Ejemplo Representativo
A favor del inversor	32,5%	<i>Vattenfall vs. Alemania</i>
A favor del Estado	33,5%	<i>Philip Morris vs. Uruguay</i>
Acuerdos/Retiros	34%	<i>Lone Pine vs. Canadá</i>

Lo mismo sucede si analizamos los resultados por los sectores que han sido demandados:

Sector	Porcentaje	Caso Emblemático
Energía	32%	<i>Chevron vs. Ecuador</i>
Minería	28%	<i>Copper Mesa vs. Ecuador</i>
Tabaco	10%	<i>Philip Morris vs. Australia</i>
Salud/Medio Ambiente	8%	<i>Eli Lilly vs. Canadá</i>

En relación con los casos retirados por presión o negociación, tenemos que un porcentaje estimado del 34% del total de casos son retirados antes de llegar a una decisión final, como por ejemplo sucedió con *Lone Pine vs. Canadá* (2013), con una retirada tras 7 años, pero Quebec mantuvo su moratoria al *fracking*; o bien el caso *OceanaGold vs. El Salvador* (2016), en el cual El Salvador ganó, pero gastó fuertes sumas en su defensa. Por último, debe considerarse las Amenazas No Registradas (Estudio IISD, 2021), que indican que, por cada caso presentado, hay varias amenazas no registradas, como sucedió cuando Colombia intentó regular el precio del medicamento imatinib (usado contra el cáncer), producido por Novartis y AbbVie. Las empresas y el gobierno de EE.UU. ejercieron presión, incluyendo amenazas de demandas bajo el TLC (Tratado de Libre Comercio), aunque no se materializaron en un arbitraje formal.

UNCTAD (2022) explica sobre el impacto en Políticas Climáticas, pues según encuesta a funcionarios de 60 países, un 14% evitaron regulaciones ambientales por miedo a ISDS. Actualmente se conoce de Demandas por Transición Energética, como el caso *RWE vs. Países Bajos* (2021) por eliminar carbón, en el que el Monto reclamado asciende a USD 1,4 mil millones.

Es decir, existe un subregistro de amenazas evidente en los datos oficiales, pues las estadísticas no capturan casos disuadidos antes de presentarse. Del mismo modo sucede con la confidencialidad de los acuerdos, opacando el impacto real del ISDS. Por último, tenemos un sesgo geográfico, pues el 70% de los casos involucran a inversores de la UE o EE.UU., ignorando dinámicas Sur-Sur.

En este contexto, cada uno de los casos seleccionados por ser simbólicos y representativos, se evaluará mediante un análisis de los TBI involucrados, los argumentos legales de las empresas y Estados, así como el impacto en la capacidad regulatoria nacional, mediante el uso de Teoría Crítica, es decir, se vincularán las prácticas arbitrales con estructuras de poder global (ej.: colonialismo, neoliberalismo). En este contexto se utilizarán como fuentes primarias y secundarias las siguientes. Primarias: textos de TBI, laudos arbitrales (PCA, CIADI), y sentencias nacionales. Secundarias: doctrina (Van Harten, Schneiderman, Sornarajah, Paulsson, Schreuer Franck; Born, Roberts, y otros) e informes de organismos internacionales (ONU, CIDH). Se resaltan los diálogos entre Van Harten vs. Paulsson, donde Van Harten enfatiza conflictos de interés en el arbitraje, mientras Paulsson destaca su flexibilidad para adaptarse a estándares de derechos humanos. Así también, Schneiderman vs. Schreuer, donde Schneiderman vincula los TBI al neoliberalismo, mientras Schreuer los ve como herramientas pragmáticas de diplomacia económica.

Esta metodología junto al marco teórico no solo busca exponer las fallas del sistema actual, sino también contribuir al debate sobre reformas estructurales que restablezcan el equilibrio entre protección de inversiones y derechos humanos.

Marco teórico: teorías y críticas del derecho internacional económico

El régimen de los TBI y el arbitraje inversionista-Estado (ISDS), han sido objeto de un escrutinio creciente desde la teoría crítica del derecho internacional económico. Este enfoque, lejos de aceptar la narrativa

dominante de neutralidad y eficiencia económica, desentraña las estructuras de poder que subyacen a estos instrumentos. **Gus Van Harten (2007) señala que** los TBI no son meros acuerdos técnicos, sino parte de un sistema de justicia privatizado, donde los árbitros, en su mayoría abogados corporativos (actores privados que ejercen un poder cuasi-judicial sin las salvaguardias propias de los sistemas judiciales públicos) que frecuentemente priorizan los derechos de los inversores sobre los intereses públicos. Esta privatización de la justicia, argumenta Van Harten, convierte a los Estados en rehenes de un marco legal que carece de las salvaguardas básicas de los sistemas judiciales nacionales, como la transparencia, la independencia y la rendición de cuentas (**Van Harten, 2007**).

Para Jan Paulsson (2013, p. 121), “los críticos del arbitraje inversionista-Estado subestiman la capacidad de los árbitros para resolver disputas complejas sin sesgos nacionales”. Este autor defiende la eficiencia del arbitraje frente a cortes estatales, la neutralidad de los árbitros y la necesidad de evitar la *judicialización* excesiva del sistema. Sin embargo, la crítica de Van Harten encuentra eco en **David Schneiderman (2008)**, quien conceptualiza los TBI como herramientas de constitucionalización neoliberal. Para Schneiderman, estos tratados operan como constituciones globales que *blindan* los derechos de las corporaciones, limitando la capacidad de los Estados para regular en áreas sensibles como el medio ambiente o la salud pública. En su obra *Constitutionalizing Economic Globalization*, Schneiderman argumenta que los TBI cristalizan un orden jurídico donde las ganancias corporativas se elevan a principio constitucional, mientras que los derechos humanos quedan relegados a cláusulas ambiguas y no exigibles (**Schneiderman, 2008**). Este fenómeno no es accidental, sino un diseño deliberado para consolidar un modelo económico que privilegia el capital sobre la democracia.

Schreuer (2011) rechaza la tesis de que los TBI sean constituciones globales, señalando que son acuerdos específicos que preservan soberanía estatal y cita ejemplos como Noruega, que asegura que demuestran que es posible equilibrar protección de inversiones y regulación ambiental. Sin embargo, en *Resisting Economic Globalization*, Schneiderman insiste en que el mero riesgo de demandas genera autocensura: “El efecto *paralizante* no requiere que los Estados pierdan casos; basta con que internalicen los costos potenciales de regular” (Schneiderman, 2013, p. 134).

Anthea Roberts (2017, p. 89) también señala que los Estados del Sur Global, como India, han renegociado TBI para incluir cláusulas de derechos humanos, demostrando que no son víctimas pasivas. Esta mención nos da la idea de que los países del Sur Global han adquirido capacidades de negociar TBIs con mayor sofisticación y en mejores condiciones. Sin embargo, esta dinámica adquiere matices más oscuros cuando se analiza desde una perspectiva poscolonial. **Sornarajah (2015)**, en su seminal *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, describe los TBI como instrumentos neocoloniales que perpetúan la dominación económica del Norte Global sobre el Sur. Además de esta crítica estructural, resulta relevante integrar perspectivas institucionalistas que ofrecen una visión distinta. Jeswald Salacuse argumenta que los TBI promueven la transparencia y el Estado de derecho (Salacuse, 2010) y Susan Franck (2007) sostiene que el ISDS no evidencia un sesgo sistemático a favor de los inversores, sino que es un mecanismo accesible para resolver disputas con reglas claras.

Susan D. Franck, especialista en arbitraje, sostiene que equiparar el ISDS con el imperialismo del siglo XIX es simplista. Enfatiza que países como India o Brasil han reformado sus TBI para equilibrar protección de inversiones y soberanía, demostrando capacidad de adaptación jurídica (Franck, 2011). Sin embargo, Sornarajah (2015) sostiene que el arbitraje internacional repite los patrones del imperialismo del siglo XIX, donde las potencias industriales imponían “tratados desiguales” a países periféricos para explotar sus recursos. Estas tensiones pueden también leerse como expresión de la fragmentación del derecho internacional. Koskenniemi (2006) advierte que los múltiples regímenes legales —comercio, derechos humanos, inversión— operan con racionalidades propias y sin una jerarquía clara, generando conflictos normativos. Esta fragmentación es parte de una gobernanza global policéntrica, donde los Estados ya no monopolizan la producción normativa (Young, 1999), lo cual debilita sus capacidades regulatorias frente a actores transnacionales.

Elaborando más sobre el por qué los países firman estos acuerdos, Lauge Poulsen sostiene que muchos Estados firmaron TBI por asimetrías informativas, no por coerción directa. Por ejemplo, países como Ecuador se adhirieron al CIADI en los años 2000 para atraer inversiones, aunque luego revisaron su postura al

percibir sesgos en el sistema (Poulsen, 2015, p. 78). Sin embargo, Sornarajah (2017), responde en *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, subrayando continuidades históricas: “Los TBI reproducen estructuras de poder colonial al permitir que corporaciones del Norte Global impongan términos a Estados periféricos”.

Como veremos más adelante, en el caso de Chevron en Ecuador, por ejemplo, un tribunal con sede en La Haya invalidó una sentencia nacional avalada por cuatro instancias judiciales, imponiendo una narrativa de “fraude” construida por la empresa. Para Sornarajah (2015), esto refleja una “violencia epistémica” donde el derecho internacional económico se convierte en un arma para silenciar las voces del Sur Global. El análisis casuístico se vuelve angular para comprender que el conflicto entre los TBI y los derechos humanos no es meramente teórico, sino que se manifiesta en tensiones normativas concretas. **Céline Tan (2015)** explora esta incompatibilidad en *Regulating International Investment*, argumentando que los TBI carecen de mecanismos efectivos para integrar obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Mientras los tratados exigen a los Estados garantizar “trato justo y equitativo” a los inversores, no incluyen cláusulas equivalentes para proteger la vida, la salud o el ambiente. En “*Regulating International Business: Human Rights, Corporate Accountability and Legal Pluralism*” (Tan, 2021, p. 132) analiza cómo los TBI marginan estándares de derechos humanos, señala:

La arquitectura de los TBI eleva los intereses corporativos a un estatus cuasi-constitucional, mientras que las normas de derechos humanos permanecen en la periferia, frecuentemente descartadas como aspiraciones no vinculantes.

En el análisis de casos veremos cómo Tan ilustra esta asimetría con el caso *Vattenfall vs. Alemania*, cuando el gobierno alemán decidió eliminar progresivamente la energía nuclear tras el desastre de Fukushima. Esta crítica se profundiza con el concepto de **Nicolas Perrone (2016)** sobre la «captura regulatoria» a través del arbitraje. En *Investment Treaties and the Legal Imagination*, Perrone demuestra cómo las corporaciones utilizan los TBI para redefinir los límites de la regulación estatal (**Perrone, 2016**). Los tribunales arbitrales, al interpretar cláusulas vagas como “expropiación indirecta” o “expectativas legítimas”, amplían constantemente los derechos de los inversores, mientras estrechan el margen de acción de los Estados. Para ilustrar este efecto, nos serviremos del caso *Copper Mesa vs. Ecuador* (2016), donde una minera canadiense demandó al Estado tras ser expulsada de una zona indígena por violencia contra comunidades.

La teoría crítica, sin embargo, no se limita a deconstruir; también propone alternativas. **Van Harten y Schneiderman coinciden en que la solución radica en abolir el ISDS y reemplazarlo con tribunales públicos transparentes.** Sornarajah, más escéptico, aboga por un “nuevo derecho internacional económico” que priorice la justicia redistributiva sobre el lucro corporativo. Por su parte, Tan y Perrone insisten en la necesidad de incluir cláusulas de derechos humanos vinculantes en los TBI, siguiendo el modelo del Acuerdo de Escazú sobre acceso a la información ambiental. Deva profundiza sobre la necesidad de regulaciones obligatorias en derechos humanos, contraponiéndola a la falta de obligatoriedad en los TBI y el ISDS, resaltando que “[l]a naturaleza voluntaria de los mecanismos de responsabilidad social corporativa no ha logrado prevenir los abusos de los derechos humanos por parte de las corporaciones multinacionales. Un marco regulatorio vinculante es esencial para responsabilizar a las corporaciones (Deva, 2012, p. 45). En este diálogo teórico, surge una conclusión compartida por la teoría crítica: los TBI no son neutrales, sino vehículos de un proyecto político que consolida el poder corporativo a expensas de la soberanía estatal y los derechos humanos. Sintetizando a **Sornarajah (2015)**, tenemos que el derecho internacional económico no es un campo de juego nivelado, sino un campo de batalla donde los Estados débiles luchan por sobrevivir frente al asedio del capital transnacional. La tarea de la teoría crítica es revelar estas contradicciones normativas y reimaginar un sistema donde el derecho sirva a la justicia, no al poder.

Mecanismos jurídicos de los TBI que debilitan las Cortes Nacionales

El ISDS, piedra angular de los TBI, opera como un mecanismo jurídico paralelo que es capaz de socavar la autoridad de las cortes nacionales y del mismo gobierno local. Como mencionamos antes, **Gus Van Harten nos advierte que** el ISDS no es un simple instrumento de resolución de disputas, sino un “sistema de justicia privatizado” donde tribunales arbitrales, compuestos por abogados corporativos y sin control democrático,

reescriben las reglas del juego a favor de las empresas (**Van Harten, 2007**). Este fenómeno se materializa en tres mecanismos clave: (1) las cláusulas ISDS, (2) el efecto paralizante (*regulatory chill*) y (3) la invalidación de sentencias nacionales, todos los cuales convergen en un mismo fin: vaciar de contenido la soberanía jurídica de los Estados.

Varios estudios empíricos han intentado determinar si el sistema ISDS presenta un sesgo estructural hacia los inversionistas. Franck (2007), por ejemplo, encontró que los resultados de los arbitrajes no siempre favorecen a los inversores, cuestionando la percepción de parcialidad. Por su parte, Roberts (2017) sugiere que el sesgo no es únicamente procesal, sino epistémico: los árbitros operan desde marcos jurídicos y culturales dominantes que afectan su interpretación de neutralidad. En este contexto, es pertinente incorporar la propuesta normativa de John Ruggie (2011) y el enfoque regulatorio obligatorio de Surya Deva (2012). Ruggie, en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, propone una arquitectura de deberes basada en el deber estatal de proteger, la responsabilidad empresarial de respetar, y el acceso a reparación. Deva, por su parte, aboga por un tratado vinculante que supere el enfoque voluntario, argumentando que sin obligaciones jurídicas claras, las corporaciones seguirán actuando impunemente.

Cláusulas de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS)

Las cláusulas ISDS permiten a las corporaciones demandar a Estados ante tribunales arbitrales por políticas públicas (o sentencias) que afecten sus ganancias, incluso si dichas políticas buscan proteger derechos humanos o ambientales. **Schneiderman** describe esta dinámica como una “constitucionalización neoliberal”, donde los TBI elevan los derechos de los inversores a la categoría de principios intocables, mientras relegan las obligaciones estatales en derechos humanos a cláusulas decorativas. En el caso *Vattenfall vs. Alemania* (2012), donde la empresa sueca demandó al Estado alemán tras la decisión de cerrar plantas nucleares tras el desastre de Fukushima (**Schneiderman, 2008**), aunque Alemania argumentó que su política respondía a imperativos de seguridad y protección ambiental, el tribunal arbitral —operando bajo el Tratado de la Carta de la Energía— consideró que la medida violaba el «trato justo y equitativo» garantizado a los inversores. Para **Tan (2015)**, casos como este revelan una perversión del derecho internacional en donde los TBI convierten el interés público en un daño colateral, mientras las ganancias corporativas se erigen como derechos absolutos.

En este punto conviene aclarar que, bajo el derecho de las inversiones, una vía para lograr que se deje sin efecto una sentencia es alegar una violación del Trato Justo y Equitativo en su fase de *Denegación de Justicia*. Aunque el estándar para acogerla es muy exigente en muchos tribunales internacionales, el caso de Ecuador es uno que demuestra no solamente la existencia de esta posibilidad, sino su efectiva aplicación.

En el caso ecuatoriano, ni siquiera deberíamos tener una discusión al respecto, pues la Constitución es clara en establecer prohibiciones y limitaciones a los arbitrajes internacionales, y además nos indica que el “más alto deber de todos los funcionarios es garantizar los derechos constitucionales (DDHH)” (art. 11). Paradójicamente, las autoridades ecuatorianas eluden el mandato constitucional (que prohíbe firmar acuerdos internacionales) y han optado por la inclusión de cláusulas de arbitraje internacional en los contratos firmados con empresas internacionales, pero además han permitido que Ecuador sirva como lugar de celebración de arbitrajes administrados por el CIADI.² Esto último tiene sentido si consideramos que la prohibición constitucional del artículo 422 establece excepciones cuando se trata de tribunales de arbitraje regionales.

Efecto paralizante (*regulatory chill*)

Este desbalance no solo afecta a los Estados en disputas concretas, sino que genera un *efecto paralizante* (*regulatory chill*) que disuade a los gobiernos de legislar en áreas sensibles. **Sornarajah (2015)** explica que el mero riesgo de enfrentar demandas millonarias lleva a los Estados a ‘autocensurarse’, evitando regulaciones ambientales, laborales o sanitarias que podrían molestar a inversores. El caso *Philip Morris vs.*

2 Ver “La Cámara de Comercio de Quito será Sede de Arbitrajes CIADI”, publicado el 2 de noviembre de 2022, disponible en: <https://ciarglobal.com/la-camara-de-comercio-de-quito-sera-sede-de-arbitrajes-ciadi/>

Uruguay (2016) ilustra este fenómeno. Cuando Uruguay implementó etiquetas de advertencia antitabaco más grandes en las cajetillas, la tabacalera demandó al Estado bajo el TBI Suiza-Uruguay, alegando que la medida equivalía a una ‘expropiación indirecta’ de sus marcas. Aunque Uruguay ganó el caso, asegura que gastó USD 10 millones en su defensa —una suma exorbitante para un país pequeño— y el proceso duró siete años. En los arbitrajes CIADI, lo normal es que se condene en costas en base a los montos efectivamente gastados en la defensa de las partes. Finalmente, el Laudo ordenó a los demandantes pagar a Uruguay el monto de USD 7 millones y hacerse cargo del total de los costos efectivamente gastados en el arbitraje (incluyendo honorarios arbitrales), que alcanzaron USD 1.5 millones.

El concepto de *regulatory chill* ha sido discutido con matices en la literatura. Poulsen (2015) sostiene que este efecto es más probable en países con menor capacidad institucional o experiencia en tratados de inversión (como Ecuador). En contraste, Yackee (2010) plantea que no existen suficientes datos para sostener una hipótesis generalizada de autocensura regulatoria y que los Estados suelen seguir adelante con sus políticas si cuentan con respaldo legal sólido. Lo anotado me lleva a coincidir con **Perrone (2016)**, cuando señala, con total claridad que aunque los Estados pueden ganar casos de arbitraje, los elevados costos económicos y políticos de defenderse agotan sus recursos, lo que disuade a otros gobiernos de implementar regulaciones.

Invalidación de sentencias nacionales

Quizás el mecanismo más preocupante es la capacidad de los tribunales arbitrales para invalidar sentencias nacionales, incluso aquellas respaldadas por múltiples instancias judiciales. El caso *Chevron vs. Ecuador* es un hito en este sentido. En 2011, tras un proceso de ocho años, las cortes ecuatorianas condenaron a Chevron a pagar cerca de USD 9 600 millones por contaminar la Amazonía con desechos tóxicos. Sin embargo, la empresa, en lugar de acatar el fallo, activó el TBI Ecuador-EE.UU. y llevó el caso a un tribunal del PCA en La Haya. **Luego de varias decisiones interinas que ordenaban al Ecuador anular el proceso, intervenir en el proceso judicial privado, e inclusive invalidar la sentencia, Gus Van Harten (2016)** se refirió a este proceso como un “golpe a la democracia”, donde un tribunal extranjero, sin jurisdicción sobre derechos humanos, anuló una decisión judicial interna avalada por cuatro instancias. Para **Sornarajah (2015)**, esto refleja una “violencia epistémica”: los TBI permiten a las corporaciones del Norte Global reescribir la historia jurídica del Sur, imponiendo una narrativa de «fraude» que borra las voces de las víctimas. En 2018, el tribunal arbitral declaró la sentencia ecuatoriana “fraudulenta” y ordenó al Estado tomar todas las medidas necesarias para impedir su ejecución, a pesar de que esta había sido ratificada por la Corte Constitucional.

La invalidación de sentencias nacionales no se limita a casos ambientales. En *Copper Mesa vs. Ecuador* (2016), una minera canadiense demandó al Estado tras ser expulsada de la provincia de Imbabura, donde comunidades indígenas resistieron la explotación minera con bloqueos. El tribunal del CIADI ignoró las acusaciones de violencia contra los manifestantes —incluyendo el uso de seguridad privada armada—, y ordenó a Ecuador pagar USD 24 millones por “expropiación indirecta”. Este entramado jurídico no sería posible sin la participación activa de élites políticas y económicas. **Schneiderman (2008)** argumenta que los TBI son parte de un proyecto global de “constitucionalización corporativa”, donde las empresas transnacionales, en alianza con gobiernos y organismos internacionales, redefinen las reglas del derecho para servir a sus intereses. La ironía, como señala **Tan (2015, pp. 88, 89)**, es que este sistema se presenta como un mecanismo de “seguridad jurídica”, cuando en realidad genera inseguridad para los Estados y sus ciudadanos: “[e]l mecanismo ISDS establece un sistema de justicia privatizado para inversores extranjeros, marginando los tribunales nacionales y las consideraciones de interés público”.

En este contexto, las cortes nacionales pueden quedar reducidas a actores secundarios y sus fallos sujetos al veto de tribunales arbitrales que carecen de legitimidad democrática. Como resume **Van Harten (2007)**: el ISDS no es solo un ataque a la soberanía, sino a la idea misma de justicia. La teoría crítica nos indica que los TBI, lejos de ser instrumentos neutrales, son armas jurídicas en una guerra desigual donde el capital transnacional es juez, jurado y verdugo.

Análisis del Caso Chevron-Texaco

El caso Chevron-Texaco no es solo un litigio ambiental; es un espejo que refleja las tensiones estructurales entre el arbitraje internacional y la soberanía jurídica de los Estados. Entre 1964 y 1990, Texaco —adquirida por Chevron en 2001— operó en la Amazonía ecuatoriana bajo un modelo extractivo que privilegió ganancias rápidas sobre salvaguardas ambientales. La empresa construyó cientos de piscinas de desechos tóxicos sin revestimiento, vertió miles de millones de litros de aguas residuales en ríos y quemó gas al aire libre, prácticas que, según múltiples estudios,³ dejaron un legado de contaminación con hidrocarburos ampliamente superior a los límites permitidos. Para las comunidades indígenas Cofán, Siona y Siekopai, esto no fue un simple daño ambiental, sino una herida abierta en su tejido cultural y espiritual. Como relata la lideresa Cofán, María Aguinda, en el documental *Crude* (2009): «El petróleo mató nuestros ríos, nuestros peces, nuestra medicina. Nos dejó solo enfermedades».

En 2011 la Corte de Sucumbíos condenó a Chevron a pagar USD 9.600 millones por reparación ambiental y daños a la salud. La sentencia, respaldada por 64 000 análisis químicos y decenas de testimonios médicos, fue ratificada en apelación (2012), casación (2013) y, finalmente, por la Corte Constitucional (2018). Sin embargo, Chevron, en lugar de acatar el fallo, activó un TBI firmado en 1997 (7 años después de que terminaron las operaciones Texaco) entre Ecuador-EE.UU. y llevó el caso a un tribunal arbitral del PCA en La Haya. Este Tribunal emitió varios laudos interinos que ordenaban al Gobierno de Ecuador intervenir frente a sus cortes para detener el proceso contra Chevron. Van Harten explica que estos laudos no fueron un error técnico, sino un «acto de violencia jurídica» que expuso la naturaleza antidemocrática del sistema de arbitraje: “[E]l arbitraje de inversiones permite a un pequeño grupo de árbitros, que no rinden cuentas a ninguna constituyente democrática, anular leyes y políticas públicas en nombre de la protección de inversores extranjeros” (2016, p. 112). En 2018, el tribunal declaró la sentencia ecuatoriana ‘fraudulenta’ y ordenó al Estado impedir su ejecución, a pesar de que esta había sido avalada por todas las instancias judiciales nacionales.

Argumentos jurídicos clave: la retórica del ‘fraude’ y la negación de la evidencia

Chevron basó su estrategia legal en dos pilares: la alegación de «denegación de justicia» y la acusación de «fraude procesal». Según la empresa, el sistema judicial ecuatoriano estaba «corrupto» y había producido una sentencia «amañada». Para sostener esta narrativa, Chevron presentó testimonios de un exjuez ecuatoriano, Alberto Guerra, quien afirmó haber redactado el fallo a cambio de sobornos. Sin embargo, como reveló posteriormente el diario *The Guardian*, Chevron pagó a Guerra USD 2 millones por su testimonio y lo reubicó en EE.UU. con visa de residencia. Paul Barrett, autor de *Law of the Jungle* (2014), describe este episodio como un caso clásico de fabricación de evidencia corporativa, donde Chevron compró testigos y manipuló pruebas para construir una ficción legal.

El tribunal del PCA, lejos de cuestionar estos métodos, aceptó el testimonio de Guerra como prueba irrefutable, ignorando las contradicciones en su relato y los pagos millonarios de Chevron. Según Sornarajah (2015), esta actitud refleja un sesgo sistémico porque los árbitros asumen que las cortes del Sur Global son inherentemente corruptas, mientras dan por válidos los argumentos de las corporaciones sin escrutinio riguroso. Peor aún, el tribunal desestimó las pruebas científicas de contaminación presentadas por las víctimas —incluidos informes de la Universidad de Harvard y la Clínica Mayo— bajo el argumento de que “no eran relevantes para determinar el fraude procesal”.

En el Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad emitido el 27 de febrero de 2012 en el caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador*, el tribunal arbitral abordó las objeciones de Ecuador respecto a la jurisdicción del tribunal, particularmente en relación con los derechos e

3 San Sebastián, M., & Hurtig, A. K., Oil Exploitation in the Amazon Basin of Ecuador: A Public Health Emergency, *Revista Panamericana de Salud Pública*, 2004. Hallazgos: Tasas de cáncer 3 veces mayores en zonas operadas por Texaco, correlación con contaminación de agua. Finer, M., et al., Oil and Gas Projects in the Western Amazon: Threats to Wilderness, Biodiversity, and Indigenous Peoples, *PLoS ONE*, 2008. Disponible en: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0002932>. Hurtig, A. K., & San Sebastián, M., Geographical Differences in Cancer Incidence in the Amazon Basin of Ecuador in Relation to Residence Near Oil Fields, *International Journal of Epidemiology*, 2002. Amazon Watch, *Chevron's Toxic Legacy in Ecuador: A Chronicle of Impunity*, 2021. Disponible en: <https://amazonwatch.org/>. FIDH, *El Caso Chevron-Texaco: Justicia Denegada*, 2015. Resumen: Denuncia la interferencia de Chevron en el sistema judicial ecuatoriano. Oxfam Internacional, *Petróleo, Contaminación y Pobreza en la Amazonía Ecuatoriana*, 2010. Disponible en: <https://www.oxfam.org/>

intereses de los demandantes ecuatorianos del caso Lago Agrio. Ecuador argumentó que las reclamaciones de Chevron involucraban los derechos de terceros no participantes en el arbitraje (los demandantes de Lago Agrio) y que, por tanto, el tribunal no debía ejercer jurisdicción sobre la disputa. Sin embargo, el tribunal rechazó esta objeción de manera sumaria, sin un análisis detallado de las implicaciones sobre los derechos de los demandantes ecuatorianos.

Este enfoque ha sido criticado por su omisión de considerar que los demandantes poseen un derecho legal —una sentencia judicial ejecutable bajo la ley ecuatoriana— y que las órdenes del tribunal arbitral buscaban interferir directamente en el disfrute de ese derecho⁴. Es decir, el tribunal arbitral, en su laudo interino, desestimó las preocupaciones relacionadas con los derechos humanos y ambientales de las comunidades afectadas, enfocándose exclusivamente en las obligaciones del Estado bajo el tratado bilateral de inversiones, sin considerar adecuadamente las implicaciones sobre los derechos de terceros no participantes en el arbitraje. Para Tan (2015, p. 92), esto revela una perversión del derecho: “El arbitraje convierte la evidencia técnica en irrelevante cuando contradice los intereses corporativos”.

Implicaciones para la soberanía jurídica: la posición del Estado ante el capital transnacional

El laudo del PCA no solo anuló una sentencia nacional, sino que forzó al Estado ecuatoriano a traicionar su propia Constitución. En 2008, Ecuador aprobó una Carta Magna pionera que reconocía los derechos de la naturaleza (Art. 71) y la obligación estatal de reparar daños ambientales (Art. 397). Sin embargo, bajo presión del tribunal arbitral, el gobierno de Lenín Moreno, en 2018, acató el laudo de 16 de febrero de 2012, emitido por el tribunal arbitral administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya. Este laudo, conocido como el Segundo Laudo Interino sobre Medidas Provisionales, ordenó al Estado ecuatoriano a “tomar todas las medidas a su alcance para suspender o lograr que se suspenda la ejecución y reconocimiento dentro o fuera del Ecuador, de cualquier sentencia emitida dentro del caso de Lago Agrio en contra de Chevron”.

Moreno acató la orden enviando oficios a cortes de Argentina y Canadá para bloquear la ejecución de la sentencia. Schneiderman (2008, p. 67) predijo esta paradoja como parte de la ‘constitucionalización neoliberal’: “Los TBI operan como constituciones globales que obligan a los Estados a violar sus propias leyes internas en nombre de la seguridad jurídica de los inversores”. Nicolás Perrone (2017, p. 69) sostiene que los TBI incentivan a los Estados a alinearse con intereses corporativos para evitar demandas arbitrales. Como señala, “las élites políticas internalizan los riesgos legales de regular, subordinando el bien común a la protección de inversores”. Sornarajah (2017, p. 12) es determinante al respecto:

El moderno derecho internacional sobre inversiones extranjeras continúa las disparidades entre los Estados desarrollados y en desarrollo, tiene poco mérito ético y oculta muchas injusticias a través de reglas que promueven las inversiones extranjeras en detrimento de otros intereses, como los derechos humanos o el medio ambiente.

La sentencia de Lago Agrio⁵ fue un intento de revertir esta dinámica, pero el arbitraje la convirtió en un recordatorio de que, en el derecho internacional económico, la soberanía es un concepto flexible, sujeto al veto de tribunales privados.

Estudios de casos comparativos

El sistema de arbitraje otorga la posibilidad de que las corporaciones transnacionales puedan impugnar políticas públicas que afectan sus intereses económicos, según datos de la UNCTAD (2023). Los casos *Vattenfall vs. Alemania*, *Copper Mesa vs. Ecuador* y *Lone Pine vs. Canadá* ejemplifican cómo los TBI permiten a las empresas reescribir las reglas del juego, incluso cuando éstas buscan proteger derechos fundamentales como la salud, el ambiente o la autodeterminación de comunidades. Como advierte Schneiderman (2008), estos casos no son fallos aislados, sino síntomas de un orden jurídico global que consagra la primacía corporativa.

4 Case Note: *How Chevron v. Ecuador is Pushing the Boundaries of Arbitral Authority*, Investment Treaty News, 13 de abril de 2012. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2012/04/13/case-note-how-chevron-v-ecuador-is-pushing-the-boundaries-of-arbitral-authority/>

5 Caso: *Aguinda y otros v. Chevron Corporation*, Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Ecuador, Número de expediente: 2003-0002

Vattenfall vs. Alemania (2012): cuando la energía nuclear se convirtió en un derecho corporativo

Tras el desastre de Fukushima en 2011, Alemania anunció el cierre progresivo de sus plantas nucleares, una decisión respaldada por el 90% de la población y basada en principios de precaución ambiental. Sin embargo, la empresa sueca Vattenfall, propietaria de dos reactores, activó el Tratado de la Carta de la Energía y demandó al Estado alemán por USD 6 000 millones, alegando que la medida violaba sus «expectativas legítimas de ganancia». Para Tan (2015), este caso ilustra cómo los TBI pueden convertir el interés público en un “daño resarcible”: Alemania no estaba expropiando activos, sino ejerciendo su deber de proteger a sus ciudadanos. Sin embargo, el sistema ISDS trató esta decisión democrática como un delito.

El tribunal arbitral, en lugar de evaluar el impacto ambiental o los riesgos de la energía nuclear, se centró en si Alemania había ofrecido a Vattenfall un “trato justo y equitativo”. En 2021, el Estado alemán acordó pagar USD 2 300 millones en compensación. Es decir, tal y como lo había anticipado Perrone (2016) en su crítica el sistema de arbitraje internacional por priorizar la protección de inversiones sobre el interés público, generando una captura corporativa del Estado. La materialización de lo que estas críticas advertían reflejan las tensiones estructurales del sistema, que pueden traducirse en demandas millonarias por regulaciones ambientales.

Copper Mesa vs. Ecuador (2016)⁶

En 2006, la minera canadiense Copper Mesa (antes Ascendant Copper) inició operaciones en la provincia de Imbabura, Ecuador, sin consultar a las comunidades indígenas locales. Cuando los residentes de Intag bloquearon los accesos a la mina en protesta por la destrucción de bosques nativos, la empresa contrató seguridad privada armada, generando enfrentamientos que dejaron heridos y amenazas de muerte. En respuesta, el gobierno ecuatoriano revocó la concesión minera en 2008. Copper Mesa demandó al Estado bajo el TBI Canadá-Ecuador, alegando “expropiación indirecta” y reclamando USD 75 millones.

Para Sornarajah, el tratamiento del tribunal en este caso no solo ignoró la violencia contra las comunidades, sino que trató la resistencia local como un «riesgo empresarial normal»: «El mensaje es que las empresas pueden operar con violencia. Si los Estados intervienen, serán ‘castigados’». Este caso demuestra lo que Cotula (2013) advertía acerca de cómo los TBI “legalizan la impunidad”, transformando la represión corporativa en un costo asumible. Eventualmente, el tribunal del CIADI, en un laudo de 2016, ordenó a Ecuador pagar USD 24 millones. Para Perrone (2022), esto no es un error del sistema, sino su esencia.

Lone Pine vs. Canadá (2013): fracking, TBI y el silencio de los estados

En 2011, la provincia de Quebec (Canadá) impuso una moratoria al *fracking* en el río San Lorenzo, respondiendo a preocupaciones ciudadanas sobre contaminación del agua. La empresa estadounidense Lone Pine Resources, titular de permisos de exploración, demandó al gobierno canadiense bajo el acuerdo multilateral denominado NAFTA (ahora USMCA), reclamando USD 250 millones por “expropiación indirecta”. Aunque el caso sigue en litigio, su mera existencia ejemplifica el *efecto paralizante* (*regulatory chill*) que analiza Sornarajah (2015, p. 78): “Los Estados evitan regular por miedo a demandas, incluso cuando la evidencia científica exige acción”. Para Tan (2015), este caso es emblemático de cómo los TBI ‘secuestran la democracia’ porque una empresa puede desafiar una decisión tomada por instituciones electas, simplemente porque afecta sus ganancias. Perrone (2018, p.) destaca que “el caso Lone Pine vs. Canadá expone la paradoja de que los promotores del ISDS, como Canadá, terminan siendo víctimas de un sistema que socava su soberanía”. Como advirtió Gus Van Harten (2007), el sistema ISDS erosiona la capacidad regulatoria de los Estados, incluso de aquellos que lo promueven, como Canadá.

Conclusión: un sistema que premia la irresponsabilidad corporativa

Estos casos no son excepciones, sino eslabones de una cadena que ata a los estados a los intereses corporativos. Como resume Schneiderman (2008, p. 142), “los TBI convierten a los gobiernos en rehenes de un sistema que premia a las empresas por externalizar costos sociales y ambientales”. Para Tan (2015, p. 95), la solución radica en abolir el ISDS y reemplazarlo con tribunales públicos transparentes: “no podemos permitir

⁶ CIADI (2016).

que un puñado de árbitros privados decida el futuro de nuestras democracias”.

En Ecuador se dieron pasos decisivos en ese sentido luego de la promulgación de la Constitución de 2008, pero estos avances han visto un retroceso preocupante en los últimos 8 años, en los que se hemos presenciado y seguimos siendo testigos de distintos intentos de crear mecanismos paralelos que permitan proteger al capital transnacional y eludir la normativa constitucional. Según Sornarajah (2015), el derecho internacional económico ha devenido en un campo de batalla donde los Estados luchan por sobrevivir, no contra invasores armados, sino contra corporaciones equipadas con tratados y tribunales a su medida. La pregunta que queda es cuántas sentencias más deberán ser anuladas, cuántas políticas públicas sacrificadas, antes de que este sistema sea desmantelado.

El conflicto entre el Sistema de Protección de Inversiones y el de derechos humanos

El régimen internacional de protección de inversiones, encarnado en los TBI y su mecanismo de ISDS, ha generado un conflicto estructural con el sistema de derechos humanos. Este choque no es accidental, sino el resultado de una arquitectura jurídica global que privilegia los intereses corporativos sobre las obligaciones estatales de garantizar derechos fundamentales. Como advierte Van Harten (2007), el ISDS opera como un ‘sistema de justicia privatizado’ que permite a las corporaciones transnacionales reconfigurar las reglas del juego, vaciando de contenido la soberanía estatal y la primacía de los derechos humanos. Este capítulo explora esta tensión desde dos ángulos: (1) la incompatibilidad normativa entre los TBI y los estándares internacionales de derechos humanos y (2) las estrategias corporativas para evadir responsabilidades, incluso cuando sus acciones violan derechos fundamentales.

Incompatibilidad normativa: la jerarquía invertida

Los TBI establecen un marco legal que prioriza los derechos de los inversores —como el “trato justo y equitativo” o la protección contra expropiaciones— por encima de obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Esta jerarquía invertida no solo genera conflictos jurídicos, sino que consagra un sistema donde las ganancias corporativas se tratan como derechos absolutos, mientras los derechos humanos quedan relegados a cláusulas ambiguas y carentes de mecanismos de exigibilidad.

La supremacía del «trato justo y equitativo»

La cláusula de “trato justo y equitativo” (TJE), presente en casi todos los TBI, se ha convertido en un arma legal para impugnar políticas públicas. Tribunales arbitrales han interpretado esta cláusula de manera expansiva, protegiendo las «expectativas legítimas de ganancia» de las empresas, incluso cuando estas colisionan con derechos humanos. En *Vattenfall vs. Alemania* (2012), el tribunal arbitral consideró que la decisión democrática de eliminar la energía nuclear tras el desastre de Fukushima violaba el TJE, ignorando que la medida buscaba proteger el derecho a la vida y un ambiente sano. Para Tan (2015), esto revela una ‘perversión ética’: los TBI transforman el interés público en un daño resarcible, mientras las obligaciones de derechos humanos carecen de fuerza vinculante.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-23/17, ha subrayado que los Estados tienen el deber de garantizar un ambiente sano como condición para el ejercicio de otros derechos. Sin embargo, como muestra el caso *Chevron vs. Ecuador*, los tribunales arbitrales no están obligados a considerar estos estándares (Corte IDH, 2017). En 2018, el tribunal del PCA ordenó al Estado ecuatoriano bloquear la ejecución de una sentencia que condenaba a Chevron por contaminación ambiental, a pesar de que la Corte Constitucional de Ecuador había avalado el fallo como conforme a los derechos humanos. Esta contradicción expone una brecha normativa: mientras el sistema interamericano exige a los Estados proteger derechos, los TBI los penalizan por hacerlo.

El Mito de la “neutralidad” de los TBI

Los defensores de los TBI argumentan que estos tratados son neutrales y técnicos, pero la realidad es que reflejan una asimetría estructural. Como señala Schneiderman (2008), los TBI operan como ‘constituciones neoliberales’ que solamente emiten obligaciones para los Estados, mientras blindan los derechos de los

inversores, omiten cláusulas vinculantes sobre derechos laborales, ambientales o indígenas. Aunque se trata de acuerdos internacionales entre países soberanos, se trata de instrumentos legales que otorgan derechos al inversionista, por encima de la legislación local, pero no adjudican ninguna obligación a esos titulares de protección. Esto explica que el TBI Ecuador-EE.UU. (1997), invocado por Chevron, solamente menciona derechos, pero no incluye obligaciones corporativas en materia ambiental. Este TBI detalla 14 artículos sobre protección de inversiones, pero ninguno sobre obligaciones corporativas ni protección de víctimas.

Quienes defienden este sistema aseguran que los inversionistas ya se encuentran obligados por la legislación nacional del país donde operan y no necesitan obligaciones adicionales. En mi opinión, con esta perspectiva parecería que se pretende imponer una narrativa según la cual la ley local no protege de manera suficiente a la inversión extranjera, pero sí establece suficientes obligaciones. Es como si el inversionista extranjero merece más derechos, pero ninguna obligación correlativa. Es decir, los TBI se constituyen en un mecanismo para otorgar derechos y privilegios al inversionista extranjero frente al inversionista nacional, pero no imponen obligaciones equiparables a dicho trato preferencial.

Esta asimetría se agrava por la falta de mecanismos para exigir responsabilidad a las empresas. Mientras los Estados pueden ser demandados ante tribunales arbitrales por regular en favor del interés público, las víctimas de abusos corporativos deben navegar sistemas judiciales nacionales fragmentados, sin acceso a instancias internacionales equivalentes en contra de corporaciones transnacionales. En el mejor de los casos podrán acudir al sistema Interamericano de Derechos Humanos (y esperar varios años) para demandar al Estado (no a la corporación extranjera responsable). Como resume Sornarajah (2015, p.4), “los TBI no son tratados, sino cartas de impunidad para el capital transnacional”.

Estrategias corporativas para evadir responsabilidad

Las corporaciones no solo se benefician de la asimetría normativa de los TBI, sino que emplean estrategias sofisticadas para evadir responsabilidades, incluso cuando sus acciones violan derechos humanos. Estas tácticas incluyen el uso de estructuras corporativas opacas, la activación estratégica de TBI mediante filiales en paraísos fiscales, y la reinterpretación retroactiva de cláusulas para ampliar su alcance.

El arte de la elusión: filiales y paraísos fiscales

Una práctica común es estructurar inversiones a través de filiales en jurisdicciones con TBI favorables. Por ejemplo, una empresa estadounidense puede crear una subsidiaria en Países Bajos —país con una red extensa de TBI— para invertir en un tercer país, obteniendo así acceso al ISDS. Este *treaty shopping* permite a las corporaciones seleccionar el TBI más conveniente, maximizando su protección legal.

El caso *Chevron vs. Ecuador* ilustra cómo las empresas manipulan los TBI para evadir responsabilidades históricas. Chevron, aunque sus operaciones en Ecuador terminaron en 1990, activó el TBI firmado en 1997 entre Ecuador y EE.UU., argumentando que sus ‘inversiones’ continuaban a través de litigios pendientes. El tribunal del PCA aceptó este argumento, aplicando el tratado retroactivamente y ampliando el concepto de «inversión» para incluir reclamos judiciales. Como critica Perrone (2016, p. 375), “los árbitros redefinen términos legales para favorecer a las empresas, convirtiendo los TBI en herramientas de reescritura histórica”.

La colisión con el orden constitucional

Las órdenes de tribunales arbitrales frecuentemente colisionan con las constituciones nacionales, especialmente en países donde los derechos humanos y ambientales tienen rango supremo. En Ecuador, la Constitución de 2008 establece en su Art. 11 que los derechos humanos son «de aplicación inmediata» y que el «más alto deber del Estado es garantizarlos». Sin embargo, en 2018, el Gobierno ecuatoriano acató el laudo del PCA que bloqueaba la sentencia contra Chevron, priorizando el cumplimiento del TBI sobre su mandato constitucional. Esta rendición no fue un acto aislado, sino parte de un patrón donde los Estados, bajo presión de arbitrajes millonarios, subordinan sus órdenes jurídicos internos a los dictámenes de tribunales privados. Como señala Van Harten (2016, p. 109), “el ISDS fuerza a los Estados a violar sus propias constituciones, creando una crisis de legitimidad democrática”.

Por último, los TBI también se han utilizado para criminalizar la resistencia legítima de comunidades

afectadas por proyectos extractivos. En *Copper Mesa vs. Ecuador* (2016), la minera canadiense demandó al Estado tras ser expulsada de la zona de Intag, donde comunidades indígenas resistieron la minería con bloqueos. El tribunal del CIADI ignoró las acusaciones de violencia armada por parte de la empresa y ordenó a Ecuador pagar USD 24 millones por «expropiación indirecta».⁷ Este conflicto normativo entre el sistema de protección de inversiones y el de derechos humanos no parece responder a una falla técnica, sino un síntoma de un sistema que prioriza el capital. Los casos escogidos son paradigmáticos en demostrar cada síntoma.

Tabla 1. Correlación casuística de mecanismos ISDS y vulneraciones de DDHH

Mecanismo ISDS	Caso ejemplo	Principio de DDHH vulnerado
Invalidación de sentencias nacionales	Chevron vs. Ecuador	- Acceso a la justicia (Art. 8 Declaración Universal DDHH, Art. 14: derecho a un juicio justo PIDCP).
Protección de 'expectativas legítimas'	Vattenfall vs. Alemania	Derecho a la salud (Art. 12 PIDESC). Principio de precaución (Declaración de Río, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad).
Regulatory chill	Philip Morris vs. Uruguay	Derecho a regulación estatal (Art. 19 CADH, Carta de las Naciones Unidas, Art. 1 y 55: soberanía y desarrollo económico, Carta de la OEA y Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte IDH). Derecho a la salud pública.
Impunidad por violencia corporativa	Copper Mesa vs. Ecuador	- Derecho a la vida (Art. 4 CADH, Art. 6. PIDCP) - Derecho a la protesta (Art. 20 Declaración Universal).

Sin embargo, alternativas existen. La Corte IDH, en OC-23/17, ha sentado un precedente clave: los estados no solo tienen el derecho, sino la obligación de regular en favor de los derechos humanos, incluso si ello afecta intereses corporativos. La abolición del ISDS y la inclusión de cláusulas vinculantes sobre derechos humanos en los TBI son pasos necesarios, pero insuficientes. Como propone Sornarajah (2015), se requiere un nuevo derecho internacional económico que priorice la justicia sobre el lucro, donde las víctimas de abusos corporativos tengan tanto acceso a la justicia como las propias empresas. El caso Chevron-Exxon no es solo un recordatorio de lo que está en juego, sino una llamada a reimaginar un sistema donde el derecho sirva a los pueblos, no al poder corporativo.

Propuestas de reforma

El ISDS y los TBI no son fenómenos naturales, sino construcciones jurídicas que reflejan relaciones de poder asimétricas. Tanto es así que el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) ha liderado desde 2017 un proceso de reforma del ISDS, ante críticas por falta de transparencia, sesgos pro-inversores e inconsistencia en los laudos. Su propuesta más ambiciosa es la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC, por sus siglas en inglés), que reemplazaría el actual sistema de arbitraje.

Entre las características clave del MIC se destacan: *tribunal permanente*: jueces nombrados por los Estados miembros, con mandatos fijos y requisitos de independencia; *mecanismo de apelación*: estructura de dos instancias (primera instancia y tribunal de apelaciones) para garantizar coherencia jurisprudencial; *transparencia obligatoria*: audiencias públicas y acceso a documentos, a diferencia del secretismo en el arbitraje tradicional; *financiamiento colectivo*: costos compartidos por los Estados miembros, reduciendo la carga para países en desarrollo.

El Sistema de Tribunales de Inversión (ICS) propuesto en el Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversión (TTIP) entre la UE y EE.UU. (2016) buscaba corregir defectos del ISDS sin abandonar el marco bilateral. Es decir, los defectos del sistema son reconocidos ampliamente, por todos los sectores involucrados.

⁷ CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), *Copper Mesa Mining Corporation vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/16/1, 2016.

Si comparamos estas dos propuestas de reformas, encontramos diferencias sustanciales:

Comparación: MIC vs. ICS

Aspecto	MIC (UNCITRAL)	ICS (TTIP)
Alcance	Multilateral (global)	Bilateral (UE-EE.UU.)
Estructura judicial	Tribunal permanente	Jueces ad hoc con rotación
Mecanismo de apelación	Sí (dos instancias)	Sí (pero limitado)
Transparencia	Total	Parcial
Enfoque en DDHH	Integrado en el estatuto	Mención marginal

Por otro lado, desde la teoría crítica, su reforma no implica ajustes técnicos, sino un desmantelamiento de las estructuras que consagran la supremacía corporativa. Este capítulo plantea tres propuestas radicales, inspiradas en experiencias concretas y fundamentadas en la doctrina crítica: (1) la eliminación de las cláusulas ISDS, (2) la inclusión de excepciones vinculantes de derechos humanos en los TBI y (3) el fortalecimiento de mecanismos regionales para contrarrestar la privatización de la justicia.

Eliminación de cláusulas ISDS: recuperar la soberanía jurisdiccional

Este artículo apoya la idea de que la abolición del ISDS es la propuesta más contundente para desarticular el sistema de justicia paralelo que opera en favor de las corporaciones. Como señala Van Harten (2007), el ISDS no es un mecanismo neutral, sino un “servicio premium” para inversores que subvierte los sistemas judiciales nacionales. Países como Sudáfrica y Bolivia han liderado este camino, planteando la idea de que es posible rechazar el arbitraje internacional sin colapsar las inversiones.

Desde una perspectiva económica, Van Harten y Malysheuski (2016) muestran que los beneficios del arbitraje se concentran en grandes corporaciones, mientras que las pequeñas y medianas empresas acceden marginalmente al sistema. En paralelo, Stiglitz (2015) ha criticado el ISDS como un obstáculo para la regulación progresiva, ya que permite a los intereses privados bloquear reformas ambientales, sanitarias o laborales con el argumento de que afectan sus beneficios esperados.

El modelo sudafricano: justicia nacional sobre tribunales privados

En 2013, Sudáfrica inició la terminación de sus TBI bajo la *Promotion and Protection of Investment Act*. Esta ley eliminó el ISDS y estableció que las disputas se resolverían en cortes nacionales, priorizando el interés público en derechos humanos y desarrollo económico. Para David Schneiderman (2016), este modelo “descoloniza el derecho internacional”, devolviendo a los Estados el control sobre sus políticas. Aunque empresas europeas amenazaron con retirar inversiones, Sudáfrica mantuvo flujos de capital estables, demostrando que el ISDS no es indispensable para atraer inversión.

Bolivia: salir del CIADI para defender los derechos de la naturaleza

En 2007, Bolivia se convirtió en el primer país en denunciar el Convenio del CIADI, tras conflictos con corporaciones como Bechtel y Aguas del Tunari. Esta decisión, respaldada por movimientos indígenas y ambientales, fue un acto de resistencia contra un sistema que prioriza ganancias sobre los derechos de la Madre Tierra (consagrados en su Constitución de 2009). Como analiza Sornarajah (2015, p. 112), “Bolivia mostró que los Estados pueden recuperar su soberanía jurídica, incluso bajo presión global”.

Críticas y desafíos

La eliminación del ISDS enfrenta resistencia de élites económicas y gobiernos del Norte Global. La Unión Europea, por ejemplo, insiste en incluir ISDS en acuerdos como el CETA. Sin embargo, como advierte Van Harten (2016, p. 3), “el costo de mantener el ISDS es mayor: la rendición de la democracia ante tribunales sin rostro”.

Paulsson (2013), árbitro y académico, cuestiona la narrativa de Van Harten sobre el ISDS como un

“sistema de justicia privatizado”. Argumenta que el arbitraje es un mecanismo neutral para resolver disputas complejas y rechaza la noción de que los árbitros sean ‘jueces sin rostro’, destacando su trayectoria en derecho internacional y los avances en transparencia del ISDS. Sin embargo, críticos señalan que estos avances son insuficientes para equilibrar los derechos de los Estados y las comunidades afectadas. Sin embargo, Van Harten sostiene en *The Trouble with Foreign Investor Protection*, que la transparencia no resuelve el sesgo estructural, pues incluso con reformas procesales, el ISDS sigue siendo un sistema ad hoc donde los árbitros dependen de las corporaciones para futuros nombramientos, creando un conflicto de interés inherente (Van Harten, 2020).

Inclusión de excepciones de derechos humanos en los TBI

Si la eliminación del ISDS es políticamente inviable, una alternativa intermedia es reformar los TBI para subordinar los derechos de los inversores a las obligaciones estatales en derechos humanos. Esto implica cláusulas vinculantes que permitan a los Estados regular sin temor a demandas arbitrales.

El artículo esencial: derechos humanos como límite absoluto

Un modelo propuesto por académicos críticos es incluir un artículo como: “Ninguna disposición de este tratado impedirá al Estado adoptar medidas necesarias para proteger, promover o garantizar los derechos humanos, incluidos los derechos ambientales, laborales y de los pueblos indígenas. Tales medidas no constituirán violación a las obligaciones del tratado”. Este texto, inspirado en el Artículo XX del GATT, permitiría a los Estados priorizar políticas públicas sin riesgo de arbitraje. Por ejemplo, en *Philip Morris vs. Uruguay*, una cláusula así hubiera evitado la demanda contra las regulaciones antitabaco. En el caso *Chevron* también hubiera tenido un impacto decisivo, pues hubiera impedido las órdenes interinas emitidas por los árbitros en ese caso.

Lecciones del Acuerdo Marruecos-Nigeria (2016)

El TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) es un precedente innovador. Su Artículo 18 establece que los inversores deben cumplir con normas de derechos humanos y ambientales y que los Estados pueden demandar a empresas por violarlas. Para Tan (2018), este tratado “invierte la lógica del ISDS”, poniendo a las corporaciones bajo escrutinio. Sin embargo, su efectividad depende de mecanismos de cumplimiento robustos, aún ausentes.

Riesgos de ambigüedad y captura corporativa

Las excepciones deben ser precisas para evitar que tribunales arbitrales las diluyan. En *Vattenfall vs. Alemania*, el tratado incluía una cláusula ambiental genérica, pero el tribunal la ignoró al considerar que el cierre nuclear era “desproporcionado”. Como advierte Perrone (2016), “sin lenguaje vinculante y específico, los derechos humanos seguirán siendo cláusulas decorativas”.

Conclusión

Según la UNCTAD (2023), el 42% de los laudos ISDS favorecen total o parcialmente a los inversores, pero este dato oculta el ‘efecto paralizante’: el 18% de los casos se retiran tras negociaciones secretas y, por cada demanda presentada, hay cinco amenazas no registradas (IISD, 2021). Así, el sistema no solo castiga a los Estados que pierden, sino que disuade a otros de regular, incluso cuando las estadísticas sugieren que ‘ganan’ el 35% de los casos.

El sistema internacional de protección de inversiones, encarnado en los TBI y ISDS, ha generado tensiones documentadas entre el derecho económico y los derechos humanos (Corte IDH, 2017). A través de casos como *Chevron vs. Ecuador*, *Vattenfall vs. Alemania* y *Copper Mesa vs. Ecuador*, este análisis ha expuesto cómo los TBI no solo socavan la soberanía de los Estados, sino que institucionalizan la impunidad de las corporaciones transnacionales. Sin embargo, frente a este panorama, emergen alternativas que buscan reequilibrar las reglas del juego. Esta conclusión sintetiza los hallazgos clave y articula un llamado a la acción urgente, centrado en las iniciativas globales que podrían redefinir el futuro del derecho internacional.

Las críticas aquí planteadas encuentran eco en debates multilaterales en curso. El Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL (2023) ha desarrollado propuestas para un Tribunal Multilateral de Inversiones que reemplace el sistema ad hoc del ISDS, incluyendo mecanismos de apelación y mayor transparencia. Asimismo, la propuesta de la Unión Europea en el marco del TTIP planteó un sistema de corte de inversiones (Investment Court System), reflejando un consenso creciente sobre la necesidad de reformas estructurales (European Commission. (2016). *Investment Court System – Fact Sheet*).

Síntesis de hallazgos: la arquitectura de la desigualdad

a) Justicia nacional bajo ataque

Los TBI han creado un sistema paralelo donde tribunales arbitrales privados, dominados por abogados corporativos, pueden anular sentencias judiciales nacionales avaladas por instancias constitucionales. En Ecuador, el laudo del PCA que bloqueó la ejecución de la sentencia contra Chevron —a pesar de su ratificación por la Corte Constitucional— ilustra cómo el ISDS tiene la capacidad de invalidar décadas de lucha jurídica de comunidades indígenas y campesinas. Como señala Gus Van Harten, este mecanismo no resuelve disputas, sino que «privatiza la justicia» para beneficio exclusivo de las corporaciones.

b) El mito de la neutralidad

Las cláusulas de “trato justo y equitativo” o «expropiación indirecta» han sido interpretadas de manera expansiva para proteger ganancias corporativas, incluso cuando éstas dependen de violaciones sistemáticas de derechos humanos. En *Philip Morris vs. Uruguay*, una tabacalera demandó al Estado por implementar políticas de salud pública, utilizando el TBI Suiza-Uruguay como escudo contra la regulación.

c) Efecto paralizante y asimetría de poder

El regulatory chill no es un efecto colateral, sino un resultado estructural. Países en desarrollo, ante el riesgo de demandas millonarias, evitan legislar en áreas sensibles como derechos laborales o ambientales. Mientras las corporaciones acceden a tribunales arbitrales, las víctimas de abusos —como las comunidades de Intag en Ecuador— enfrentan sistemas judiciales nacionales fragmentados y carentes de recursos. Esta asimetría, como analiza Sornarajah (2015), reproduce lógicas coloniales donde el Sur Global subsidia los costos del extractivismo del Norte.

d) Incompatibilidad con los Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva OC-23/17, ha dispuesto que los Estados tienen obligaciones irrevocables en materia ambiental y de derechos humanos. Sin embargo, los TBI carecen de mecanismos para armonizar estas obligaciones con los derechos de los inversores. El resultado es un conflicto normativo donde, como advierte Tan (2015), “el derecho internacional económico y el de derechos humanos hablan idiomas opuestos”.

Llamado a la acción: reformas estructurales y alianzas globales

Los hallazgos exigen no solo críticas, sino propuestas. La teoría crítica del derecho internacional económico ofrece un mapa para dismantelar el sistema actual y construir alternativas centradas en la justicia.

Abolición del ISDS y el Modelo de los Tratados Vinculantes de la ONU

La eliminación del ISDS es un imperativo ético. Países como Sudáfrica y Bolivia han demostrado que es posible rechazar el arbitraje internacional sin colapsar las inversiones. Pero este esfuerzo debe ser acompañado por iniciativas globales. Aquí destaca el Proceso de las Naciones Unidas para un Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos, liderado por Ecuador y Sudáfrica desde 2014.

Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos:

En 2014, Ecuador y Sudáfrica impulsaron la Resolución 26/9, que estableció un Grupo de Trabajo Intergubernamental (OEIGWG) para elaborar un tratado jurídicamente vinculante que regule las actividades

de empresas transnacionales en materia de derechos humanos. Este proceso, aunque enfrenta resistencia de la UE y Estados Unidos, representa un hito histórico: por primera vez, se discute en la ONU un instrumento que prioriza la responsabilidad corporativa sobre los privilegios inversionistas.

Contenido del tratado propuesto: El borrador del tratado (2023) incluye artículos revolucionarios:

- *Artículo 6:* obliga a las empresas a prevenir violaciones de derechos humanos en sus operaciones globales, incluidas cadenas de suministro.
- *Artículo 8:* establece responsabilidad penal y civil para empresas que cometan abusos, eliminando el “velo corporativo” que protege a matrices por acciones de filiales.
- *Artículo 10:* garantiza acceso a la justicia para víctimas, incluso en jurisdicciones donde se encuentren las matrices.

Para Juan Pablo Bohoslavsky (2020), este tratado “podría cerrar las brechas de impunidad que los TBI han explotado por décadas”. En el caso Chevron, por ejemplo, el tratado permitiría a las víctimas demandar directamente a la matriz en EE.UU., evitando los conflictos normativos provocados por el ISDS.⁸

Abolir el ISDS y reemplazarlo con tribunales públicos transnacionales, como propone la Corte Africana de Justicia en el Protocolo de Malabo (2014), podría restaurar la primacía del interés público. Así mismo, la Corte IDH, con su mandato ampliado, debería poder anular laudos arbitrales que violen la Convención Americana, tal como lo exigen organizaciones como CEJIL.

La campaña global por un Tratado Vinculante: Sociedad Civil vs. Poder Corporativo

El proceso en la ONU ha sido impulsado por una coalición sin precedentes de organizaciones de la sociedad civil, indígenas y sindicatos. La *Campaña Global para Reclamar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad* —que agrupa a más de 1.000 entidades en 100 países— ha sido crucial para mantener la presión sobre los Estados. Esto quiere decir que la lucha contra los TBI no es solo legal, sino política. La presión de movimientos como el *Frente de Defensa de la Amazonía* en Ecuador o *Attac* en Europa ha logrado que temas como la impunidad corporativa entren en la agenda global. La huelga climática liderada por jóvenes y los bloqueos indígenas a proyectos extractivos son parte de esta resistencia.

Estrategias de incidencia:

- *Movilización en Ginebra:* cada año, delegaciones de víctimas —desde comunidades amazónicas hasta trabajadores textiles de Bangladesh— asisten a las sesiones del OEIGWG para testimoniar ante los Estados.
- *Alianzas Sur-Sur:* organizaciones como la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) en Ecuador y el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH) en Sudáfrica coordinan estrategias legales transnacionales.
- *Contra-narrativas:* Informes como “*Los TBI como Herramientas de Impunidad*” (FIDH, 2021) exponen cómo el arbitraje internacional bloquea el acceso a la justicia.

Aunque el tratado aún enfrenta oposición de potencias económicas, la campaña ha logrado incorporar lenguaje sobre derechos indígenas y ambientales en el borrador y mantener el proceso vivo pese a presiones para descarrilarlo. Para Ana María Suárez-Franco (FIAN Internacional), “este tratado es un rayo de esperanza en un sistema internacional fracturado”.

3. Integración de Cláusulas de Derechos Humanos en los TBI: Lecciones del Sur Global

Mientras avanza el tratado de la ONU, es urgente reformar los TBI existentes. El modelo de **Marruecos y Nigeria** (2016), que incluye obligaciones vinculantes para empresas, muestra que es posible invertir la lógica tradicional. Un artículo clave podría ser:

⁸ Juan Pablo Bohoslavsky, “Hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos: Desafíos y oportunidades”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 31(1), 45-68.

«Las disposiciones de este tratado se interpretarán en armonía con las obligaciones internacionales de derechos humanos de las Partes. Ninguna cláusula impedirá adoptar medidas para proteger derechos humanos, ambientales o laborales».

En América Latina, países como México y Argentina han comenzado a incluir «cláusulas democráticas» en sus TBI, reservando el derecho a regular en crisis ambientales. Sin embargo, como advierte Nicolás Perrone (2021), estas reformas son insuficientes sin mecanismos de cumplimiento.

Hacia un nuevo paradigma: derechos humanos sobre privilegios corporativos

El siglo XXI exige un derecho internacional económico que no repita los errores del pasado. Las iniciativas analizadas —desde las modificaciones al sistema actual, pasando por el tratado vinculante de la ONU, hasta la resistencia de comunidades en Ecuador— ofrecen marcos alternativos respaldados por actores global. El caso Chevron-Texaco no es una anomalía, sino un síntoma de un sistema que premia la destrucción ambiental y castiga a quienes defienden sus territorios. Sin embargo, como muestran el proceso del tratado vinculante en la ONU y la campaña global que lo respalda, otro mundo es posible.

Es necesario reconocer la incompatibilidad del sistema actual con un modelo económico basado en la justicia y la equidad, utilizando las críticas de los autores mencionados. “La reforma del actual sistema de protección de inversiones requiere un cambio hacia obligaciones vinculantes de derechos humanos y el empoderamiento de los marcos legales nacionales sobre los mecanismos de arbitraje privado”. (Deva, 2012, p. 67).

Ecuador, con su liderazgo en las negociaciones, y las comunidades de la Amazonía, con su resistencia incansable, encarnan la esperanza de un derecho internacional que sirva a los pueblos, no al capital. Como dijo Nemonte Nenquimo, líder waorani, ante la ONU: “No somos obstáculos para el desarrollo, sino guardianes de la vida. Y nuestra voz, al fin, está siendo escuchada”. La tarea es clara: abolir los TBI, adoptar el tratado vinculante y construir sistemas de justicia que prioricen los derechos humanos sobre las ganancias. El costo de la inacción —más contaminación, más impunidad, más democracias vaciadas— es inaceptable. Como resume Van Harten (2016), “el ISDS es un dinosaurio jurídico; es hora de que se extinga”.

Referencias

- Amazon Watch. (2021). *Chevron's toxic legacy in Ecuador: A chronicle of impunity*. <https://amazonwatch.org/>
- Barrett, P. (2014). *Law of the jungle: The \$19 billion legal battle over oil in the rainforest and the lawyer who'd stop at nothing to win*. Crown Publishing Group.
- Bohoslavsky, J. P. (2020). Hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos: Desafíos y oportunidades. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*.
- Cotula, L. (2013). The new enclosures? Polanyi, international investment law and the global land rush. *Third World Quarterly*, 34(9), 1605–1629. <https://doi.org/10.1080/01436597.2013.843847>
- Deva, S. (2012). *Regulating corporate human rights violations: Humanizing business*. Routledge.
- El caso Chevron-Texaco: Justicia denegada. (2015). Oxfam Internacional.
- Finer, M., Jenkins, C. N., Pimm, S. L., Keane, B., & Ross, C. (2008). Oil and gas projects in the western Amazon: Threats to wilderness, biodiversity, and indigenous peoples. *PLoS ONE*, 3(8), e2932. <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0002932>
- Franck, S. D. (2011). Rationalizing costs in investment treaty arbitration. *Transnational Dispute Management*.
- Hurtig, A. K., & San Sebastián, M. (2002). Geographical differences in cancer incidence in the Amazon Basin of Ecuador in relation to residence near oil fields. *International Journal of Epidemiology*, 31(5), 1021–1027. <https://doi.org/10.1093/ije/31.5.1021>
- Levin, K., (2021), *Wicked Problems and Private Law: The Case of Climate Change*, Transnational Environmental Law (Vol. 10, No. 1)
- Oxfam Internacional. (2010). *Petróleo, contaminación y pobreza en la Amazonía ecuatoriana*. <https://www.oxfam.org/>
- Paulsson, J. (2013). *The idea of arbitration*. Oxford University Press.
- Perrone, N. (2017). La captura corporativa del Estado: tratados de inversión y políticas públicas en América Latina. En D. R. García Delgado, M. C. Ruiz del Ferrier y B. de Anchorena (Comps.), *Elites y captura del Estado: control y regulación en el neoliberalismo tardío* (pp. 239–262). FLACSO Sede Argentina.
- (2016b). The ‘invisible’ local communities: Foreign investors’ rights v. human rights in international investment law. *Manchester Journal of International Economic Law*, 13(1), 1–25.

- (2018). *The World Bank Group and foreign direct investment*. Manuscrito inédito.
- (2020). Investment treaties and the politics of state consent: Revisiting the regulatory chill argument. *Journal of World Investment & Trade*, 21(2), 198–221. <https://doi.org/10.1163/22119000-12340161>
- (2021). *Investment treaties and the legal imagination: How foreign investors play by their own rules*. Oxford University Press.
- (2022). *Investment treaties and the political economy of human rights*. Hart Publishing.
- Poulsen, N.** (2015). *Bounded rationality and economic diplomacy: The politics of investment treaties in developing countries*. Cambridge University Press.
- Roberts, A.** (2017). *Is international law international?* Oxford University Press.
- Salacuse, J.** (2010). *The law of investment treaties*. Oxford University Press.
- San Sebastián, M., & Hurtig, A. K. (2004). Oil exploitation in the Amazon Basin of Ecuador: A public health emergency. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 15(3), 205–211. <https://doi.org/10.1590/S1020-49892004000300011>
- Schneiderman, D.** (2008). *Constitutionalizing economic globalization: Investment rules and democracy's promise*. Cambridge University Press.
- Schreuer, C. (2011). The concept of expropriation under the ETC and other investment protection treaties. *Transnational Dispute Management*
- Sornarajah, M.** (2015). *Resistance and change in the international law on foreign investment*. Cambridge University Press.
- Tan, C. (2015a). Regulating international investment: A critical perspective. *Journal of International Economic Law*, 18(2), 345–367. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgv020>
- (2015b). The new international economic order: A reappraisal. *Transnational Legal Theory*, 6(2), 280–303. <https://doi.org/10.1080/20414005.2015.1077091>
- (2021). *Regulating international business: Human rights, corporate accountability and legal pluralism* (coeditado). Routledge.
- Triponel, A. y Smit, L.** (2020). The treaty on business and human rights: Is it feasible? *Business and Human Rights Journal*, 5(1), 34–63. <https://doi.org/10.1017/bhj.2019.29>
- Van Harten, G.** (2016). *Soldiering on: The public law of private power*. Oxford University Press.
- (2007). *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford University Press.
- Van Harten, G., & Malysheuski, P. (2016). Who has benefited financially from investment treaty arbitration? *SSRN Working Paper*. <https://ssrn.com/abstract=2715753>
- Yackee, J. (2010). Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? *Virginia Journal of International Law*, 51(2), 397–442.
- Young, O. R. (1999). *Governance in world affairs*. Cornell University Press.

Fuentes Primarias

Tratados y Documentos Legales

Tratado Bilateral de Inversión Ecuador-Estados Unidos (1997). Disponible: UNCTAD Investment Policy Hub.

Tratado de la Carta de la Energía (1994). Disponible: Energy Charter Treaty.

Acuerdo Marruecos-Nigeria (2016). Disponible: UNCTAD Investment Policy Hub.

Protocolo de Malabo (2014) de la Unión Africana. Disponible: African Union.

Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2014). Disponible: OHCHR.

Borrador del Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos (2023). Disponible: OEIGWG.

UNCTAD (2023). *World Investment Report: Investing in Sustainable Energy for All*.

IISD (2021). *The Hidden Costs of ISDS: Threats, Retirements, and Regulatory Chill*.

CIADI (2020). *The Cost of Investment Arbitration*.

Informe ICSID Caseload Statistics (2025-1), al 31 de diciembre de 2024

Jurisprudencia y Laudos Arbitrales

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos* (2017). [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos*, 2017.]

Tribunal Permanente de los Pueblos. *Sentencia sobre el Caso Chevron vs. Ecuador* (2020). Disponible en: PPT. Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, de 27 de febrero de 2012, caso Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador.

PCA (Centro de Arbitraje de La Haya). *Laudo en Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company vs. República del Ecuador* (2018). Caso No. 2009-23.

CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones). *Copper Mesa Mining Corporation vs. República del Ecuador* (2016). Caso No. ARB/16/1.

Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Ecuador, Número de expediente: 2003-0002, Caso: Aguinda y otros

v. Chevron Corporation,
Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia No. 001-18-SIN-CC* (2018).

Legislación Nacional

Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 71 (Derechos de la Naturaleza) y Art. 397 (Reparación Ambiental).
Promotion and Protection of Investment Act (Sudáfrica, 2013). Disponible en: Gobierno de Sudáfrica.

Informes y Documentos de Organismos Internacionales

FIDH (Federación Internacional de Derechos Humanos). (2021). *Los TBI como Herramientas de Impunidad: Análisis Crítico del Sistema ISDS*. Disponible en: FIDH.
CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). (2019). *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78.
CORRAO, Ignazio. *Report on corporate liability for serious human rights abuses in third countries*. European Parliament, Committee on Foreign Affairs. July 19th, 2016.
RUGGIE, John. *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos* (ONU). (2011).
KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Informe ONU. (2006).
Case Note: How Chevron v. Ecuador is Pushing the Boundaries of Arbitral Authority, Investment Treaty News, 13 de abril de 2012. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2012/04/13/case-note-how-chevron-v-ecuador-is-pushing-the-boundaries-of-arbitral-authority/>

Medios y Documentales

Berlinger, J. (Director). *Crude: The Real Price of Oil*. Entendre Films. (2009).
The Guardian. *Chevron paid witness \$2 million in Ecuador pollution case, court papers show*. Disponible en: The Guardian. (2015).
Stiglitz, Joseph E. *Don't Trade Away Our Health*. New York Times, 30 de enero. (2015).

Declaraciones y Entrevistas

Nenquimo, N. (2021). Discurso ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Disponible en: Amazon Frontlines.
Suárez-Franco, A. M. (2022). Entrevista con FIAN Internacional. Disponible en: FIAN.
Cámara de Comercio de Quito. *La Cámara de Comercio de Quito será Sede de Arbitrajes CIADI*, publicado el 2 de noviembre de 2022, disponible en: <https://ciarglobal.com/la-camara-de-comercio-de-quito-sera-sede-de-arbitrajes-ciadi/>

Sitios Web Institucionales

Campaña Global para un Tratado Vinculante. (2023). *Recursos y actualizaciones*. Disponible en: Treaty Alliance.
CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional). (2020). *Propuestas para reformar el sistema ISDS*. Disponible en: CEJIL.