

consolidates that a regional and private law continues to be considered as international and public. It also reiterates the need to promote an inclusive international law whose beliefs have a diverse origin, including that coming from the Third World.

Keywords: international legal theory, theory of international law sources, international law, public international law, beliefs, critical schools of international law, international investment law, international environmental law, Latin American international law, third world perspectives on international law.

Introducción

En *El derecho internacional como un sistema de creencias*¹, Jean d'Aspremont sostiene que el ejercicio jurídico internacional está determinado por una suma de prácticas y saberes que ejecutan e implementan quienes se dedican a la profesión². Estos están constituidos por unas estructuras argumentativas y de razonamiento que se encuentran ancladas en un catálogo de doctrinas fundamentales a la luz de las cuales se valida el argumento jurídico internacional y el ejercicio mismo de la profesión³. Estas doctrinas, que incluyen un sistema de reglas, una genealogía imaginaria y un sistema de autorreferenciación⁴, son igualmente fabricadas por quienes modelan la profesión, no solo establecen sus propios límites y alcances, sino que establecen su propio origen y funcionamiento. Por su parte, la generación de discursos jurídicos internacionales, aferrados a partir y en función de estas doctrinas, es lo que se considera como el sistema de creencias.

En este estudio, y en desarrollo de la propuesta de d'Aspremont, sostenemos que el derecho internacional no solo es un sistema de creencias, sino que es un sistema de creencias fabricado en el mundo occidental que es posteriormente transmitido e implantado sobre el Tercer Mundo, tal como lo pone de presente la experiencia latinoamericana. El derecho internacional es un sistema de creencias del que no tienen control todos los abogados internacionalistas o toda la comunidad epistémica de quienes soplan vida en lo que conocemos como derecho internacional, sino que está limitado y restringido a unos valores, a una cosmovisión y a unos intereses propios de un mundo occidental inspirado en principios enmarcados en un sesgo eurocéntrico. Estas creencias luego son implantadas mediante campañas de universalización que permiten que un derecho regional y privado pueda ser transmitido como lo que hoy denominamos derecho internacional público⁵. No obstante, la universalización de los principios, así como la universalización de la resistencia a estos mismos, operan conjuntamente como herramientas que consolidan aún más el sistema de creencias.

Con este propósito, luego de contextualizar los procesos de transmisión e implantación del derecho internacional en América Latina (1), a partir de la ilustración de los credos de dos escenarios de notable sensibilidad para la región, como algunos llamados principios fundamentales del derecho internacional de las inversiones (2) y otros concernientes a la protección legal internacional del medioambiente (3), se pondrá en evidencia cómo el derecho internacional es moldeado por una comunidad epistémica de abogados internacionalistas del mundo occidental que diseñan las creencias para posteriormente transmitir las mediante canales de universalización hacia el Tercer Mundo, puntualizando que Latinoamérica no ha sido inmune a este proceso. Esto permitirá, a modo de conclusión, identificar no solo algunas dificultades de la recepción de las creencias del derecho internacional en Latinoamérica sino las oportunidades que se presentan de cara a las necesidades del mundo contemporáneo, dentro de las que se incluye la inserción de un derecho internacional incluyente que considere también las propuestas provenientes del Tercer Mundo y que de algún modo atañan a sus propias necesidades (4).

Transmisión e implantación del derecho internacional en Latinoamérica

No es del todo correcto afirmar categóricamente que el derecho internacional es universal, pues al fin y al cabo es un campo jurídico concebido originalmente en Europa para ser posteriormente implantado en el

resto del mundo. Este proceso de implantación tardó varios siglos y se desarrolló por medio de campañas de universalización de su sistema de creencias. Estas campañas tuvieron una manifestación particularmente exitosa en América Latina, perdurando hasta el presente por medio de relaciones de poder asimétricas características del poscolonialismo eurocéntrico.

A continuación, se explicarán las dinámicas de transmisión e implantación del sistema de creencias del derecho internacional en América Latina, ilustrándolas en los conceptos propuestos por d'Aspremont, a saber, el sistema de reglas, la genealogía imaginaria y la autorreferencialidad. También se cotejarán frente a reflexiones propuestas por autores en torno a conceptos como civilización, imperialismo-colonialismo, conciencia jurídica criolla, DILA, entre otros, con énfasis en el contexto de América Latina y el Tercer Mundo.

Para iniciar es preciso ubicar espaciotemporalmente al derecho internacional. D'Aspremont, con el uso de fundamentos teóricos propios de los *critical legal studies* (CLS), concuerda en que el derecho internacional es heredero de la Ilustración (siglo XVII) y, por lo tanto, tiene su origen en el paradigma liberal moderno europeo⁶. Este paradigma es la genealogía imaginaria donde el sistema de creencias del derecho internacional se enmarca, de allí su carácter eurocéntrico.

Para Occidente, este paradigma contiene configuraciones que hacen posible que determinada sociedad pueda llegar a alcanzar su organización ideal, las cuales fueron progresivamente sintetizadas en el sistema de reglas del derecho internacional. Por lo tanto, el sistema de reglas del derecho internacional es un subconjunto del sistema de reglas del paradigma liberal moderno europeo.

Dicho de otro modo, las reglas al interior de las doctrinas fundamentales del derecho internacional, a saber, la teoría de fuentes, los criterios de surgimiento de los Estados (*statehood*), la responsabilidad internacional, la interpretación, entre otros, solo son posibles para sociedades que aplican las reglas de dicho paradigma, es decir, aquel que concibe la vida social por medio del Estado-nación, la economía capitalista, la democracia liberal, el cristianismo-catolicismo, entre otros.

Europa, como fuente del sistema de creencias que el paradigma promueve, se considera a sí misma como el mejor ejemplo para mostrar el éxito que dichas reglas hacen posible. Esta manifestación de autorreferencialidad se ve cuando Europa juzga a otras sociedades con base en los criterios de funcionamiento y alcance que ha creado para sí misma.

Por eso el movimiento circular entre su genealogía imaginaria (paradigma liberal moderno europeo), su sistema de reglas (las reglas del derecho internacional que sintetizan sus doctrinas fundamentales) y la autorreferencialidad (en la que impone los criterios, prácticas y discursos que ha creado para sí misma y promovido por el mundo) hacen que el sistema de creencias del derecho internacional sea eurocéntrico⁷.

El eurocentrismo, por su parte, es un sentimiento de supremacía cultural y de orgullo nacionalista, el cual, según Obregón, puede ser descrito por el concepto de civilización. Ese es un hito en la genealogía imaginaria del sistema de creencias del derecho internacional, pues marcó el inicio de sus campañas de universalización y de la expansión imperial-colonial europeas. Su uso inició a mitad del siglo XVIII y se popularizó rápidamente en medio de la Revolución francesa⁸.

Al interior de la genealogía imaginaria del sistema de creencias del derecho internacional, las ideas de civilización están relacionadas con una visión de progreso lineal en la que Europa es al mismo tiempo origen y destino. Esto es interpretado como un logro posible para la raza humana⁹, se encuentran en una competencia donde Europa siempre va a la delantera.

Esta visión de civilización europea, creada por los mismos europeos, se considera a sí misma como antónimo de barbarie y, por lo tanto, todo lo externo a ella es considerado salvaje, atrasado y susceptible a ser conquistado (mejorado) por el bien de la humanidad¹⁰. Europa puso en esa posición a África, Asia, el Pacífico y a América, debido a que su historia no era la historia de Europa, sus reglas no fueron derivadas de doctrinas fundamentales del único paradigma reconocido y sus acciones no estaban enmarcadas en los criterios, prácticas y discursos

seleccionados por los dos anteriores elementos; es decir, estaban por fuera del sistema de creencias del derecho internacional.

Todo lo anterior motivó la expansión imperial-colonial europea, que inició en el siglo XVI y se consolidó en el siglo XIX¹¹. Dicho proceso fue el punto de partida y el medio por el cual se dio la transmisión e implantación del sistema de creencias del derecho internacional sobre el resto del mundo, donde las campañas de universalización han sido una parte fundamental de su éxito. Esta relación ha sido estudiada ampliamente, permitiéndole a Koskenniemi llegar a afirmar que el derecho internacional ha sido y continúa siendo un “gentil civilizador”¹².

Pero Koskenniemi no fue el primero en tratar esta relación. Autores fundamentales para el sistema de creencias del derecho internacional, como Francisco de Vitoria, Hugo Grocio y Emmer de Vattel, desarrollaron teóricamente la relación entre la expansión imperial-colonial y el DI, aunque no lo haya señalado explícitamente y no hubiese sido su interés principal hacerlo.

Anghie, máximo representante de los *third world approaches to international law* (TWAIL), expone que por medio de su reflexión dieron respuestas sobre el orden político en el cual se gestó la transmisión e implantación del derecho internacional sobre el mundo. Teorizaron sobre asuntos fundamentales para el DI, por ejemplo, sobre la pretensión de universalidad del derecho internacional, el orden y la justicia internacional, la doctrina de la soberanía y su función en el reconocimiento de actores internacionales y, al mismo tiempo, ayudaron a definir hechos históricos, reglas, prácticas y discursos jurídicos internacionales en torno a la delimitación territorial, las reglas en torno a la guerra, las rutas de comercio, las relaciones internacionales entre entidades europeas y no europeas, entre otros¹³.

Así, el derecho internacional fue creado para ser impuesto a través de campañas de universalización en el marco de la expansión imperial-colonial europea, esto con el objetivo de que su visión de civilización prevaleciera sobre el mundo y, por lo tanto, no puede considerarse como universal. Mohammed Bedjaoui es preciso al respecto cuando afirma que el derecho internacional es “[...] a set of rules with a geographical basis (it was a European law), a religious-ethical inspiration (it was a Christian law), an economic motivation (it was a mercantilist law) and political aims (it was an imperialist law)”¹⁴.

La consciencia jurídica criolla como parte del sistema de creencias del derecho internacional

Una de las muestras más importantes del éxito de las campañas de universalización del sistema de creencias del derecho internacional fue que lograron que los pueblos colonizados terminaran por interpretarse a sí mismos y a sus realidades en los términos propuestos por la visión de civilización eurocéntrica, es decir, en los términos dados por el sistema de creencias del derecho internacional.

A continuación, se examinarán algunas de las particularidades de dicho proceso en América Latina en relación con la propuesta de d’Aspremont, tomando como punto de partida los procesos de independencia que iniciaron en la región en el siglo XIX.

Para Obregón, los criollos, descendientes de europeos nacidos en América, fueron los protagonistas de dicho proceso. Su rol principal fue llevar el sistema de creencias del derecho internacional a las discusiones nacionales e internacionales durante y después de la independencia. Esto hizo que su legado estuviera presente en, por ejemplo, la formación de los Estados, el inicio de las relaciones diplomáticas, las experiencias de regionalismo en América Latina, entre otros¹⁵.

Los criollos se formaron en Europa y Estados Unidos en el seno del paradigma liberal moderno europeo con el objetivo de conseguir mayor protagonismo en la administración de sus territorios frente a sus colonizadores

Europeos. Esto los convertiría en los agentes de las campañas de universalización del sistema de creencias del derecho internacional.

Como destaca Obregón, el derecho de gentes (que posteriormente se convertiría en el DI) fue una de las fuentes de inspiración más importantes para los criollos¹⁶. Este fue el camino que encontraron para apropiarse de la genealogía imaginaria, el sistema de reglas y los procesos de autorreferencialidad que les serían útiles para desarrollar la misión de su grupo social.

Así, los criollos, en medio de las campañas de universalización y por medio del uso de prácticas y discursos jurídicos internacionales propios del sistema de creencias del derecho internacional, en los procesos de independencia buscaron que América Latina dejara de ser considerada como bárbara por Europa, con el objetivo de que fuera reconocida su soberanía en la esfera internacional y cesaran completamente los intentos de recolonización.

Obregón rescata una cita de Simón Bolívar que permite ilustrar claramente la posición de los criollos en este proceso

“[...] nosotros [...] no somos indios, ni europeos, sino un espacio medio entre los legítimos propietarios del país, y los usurpadores españoles: en suma, siendo nosotros americanos por nacimiento, y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar éstos a los (nativos) del país, (y) mantenernos en contra [...] de los invasores; así nos hallamos en el caso más extraordinario y complicado.”¹⁷

Estas ideas de Bolívar, compartidas por la élite criolla, se pueden entender como lo que Obregón llama *consciencia jurídica criolla*, la cual la define como un conjunto de ideas sobre el derecho que dicho grupo social compartió durante y después de la independencia, entre las cuales la autora señala que es posible agrupar dos características: la existencia de una identidad jurídica americana y la intención o voluntad de civilización¹⁸.

La primera reivindica elementos del derecho occidental y los erige como precedentes del derecho de la región. Por ejemplo, el derecho indiano, español y romano, los cuales fueron transformados para atender las necesidades locales en América Latina. Así, los criollos, al conocer y aplicar el derecho, se concibieron como *naturalmente* superiores al resto de la población nativa (castas, indígenas y negros).

La segunda tiene que ver con que los criollos apropiaron y autoimpusieron la obligación de materializar la visión de civilización europea en América Latina. Se convencieron de que el mejoramiento de la sociedad existente (como una necesidad universal) era posible por medio del derecho y las instituciones del paradigma liberal moderno europeo.

La creación de constituciones y leyes que incentivaron políticas “civilizadoras” como la migración europea a América Latina, el control poblacional de los pueblos originarios, la abolición de la propiedad comunitaria sobre el territorio y la instauración de la propiedad privada como medio de relacionamiento entre individuos¹⁹, son muestras de la materialización de la consciencia jurídica criolla y, al mismo tiempo, del éxito de la transmisión e implantación del sistema de creencias del derecho internacional.

Por eso, se considera que los criollos fueron el grupo social que, en un primer momento, aceptó que el sistema de creencias del derecho internacional es al mismo tiempo un lenguaje propio de la expansión imperial-colonial europea y un conjunto de prácticas y discursos que permiten resistirlo. Paradójicamente, como se ha abordado en el pasado, esta resistencia, al enmarcarse en el sistema de creencias del derecho internacional, da continuidad a este y termina por perpetuar su imposición.

Antes hemos demostrado lo ya señalando que Andrés Bello, Carlos Calvo y Alejandro Álvarez, algunos de los más importantes internacionalistas clásicos latinoamericanos, adoptaron los discursos de las fuentes del derecho internacional como un medio para ser reconocidos en la comunidad que da forma al sistema de creencias y, al mismo tiempo, aportaron a la creación de instrumentos de derecho internacional con énfasis en la solución de problemáticas de la región.

Así, por medio de la adopción del sistema de creencias del derecho internacional, los criollos desarrollaron una doble agenda. Por un lado, siendo agentes de las campañas de universalización del derecho internacional

como parte de su estrategia de ser reconocidos como *civilizados*. Por otro lado, aportando al derecho internacional por medio de la creación de instrumentos, prácticas y discursos jurídicos internacionales desde el punto de vista y respondiendo a las necesidades de América Latina. Es decir, una doble agenda entre el universalismo y el particularismo.

La tendencia hacia el universalismo es abundante en varios casos²⁰. Obregón señala, por ejemplo, los esfuerzos de Andrés Bello por compilar las reflexiones de los principales autores del derecho internacional en los idiomas accesibles a los públicos latinoamericanos, la rapidez en la que fueron creados los cursos sobre derecho internacional en las facultades de derecho de la región, la disposición y el reconocimiento de la importancia de la discusión sobre el derecho internacional en el marco de actividades de discusión y divulgación científica (donde la política, la historia, la economía, el derecho, entre otros asuntos, se estaban conformando en forma de disciplinas) y la escritura de piezas académicas y de divulgación en inglés y francés como estrategia para dar a conocer sus reflexiones frente al mundo occidental²¹.

Por otro lado, sobre el particularismo hay múltiples posiciones, en las que algunos autores se han referido a dicho proceso como la tradición contribucionista latinoamericana al derecho internacional y otros más convencidos de la originalidad de los planteamientos la han llamado derecho internacional latinoamericano (DILA).

La tradición contribucionista latinoamericana es la manera en la que algunos autores se han referido a la copiosa cantidad de aportes doctrinales realizados por internacionalistas latinoamericanos al derecho internacional, donde se buscaba, por ejemplo, que los internacionalistas latinoamericanos fueran reconocidos por Europa y el medio para ese fin era demostrar su erudición acerca del derecho internacional.

La existencia o no del DILA es un debate que aún no se cierra. Obregón, por ejemplo, señala que en la primera parte del siglo XX fue decisivo para defender la identidad regional y la unidad jurídica de esta parte del continente²². Por lo tanto, debe entenderse como un agente aglutinador de todos los aportes realizados al derecho internacional desde la región, que no solo buscó reconocimiento sino dar respuestas a los problemas de la región desde un derecho internacional propio²³.

La diferencia más importante entre ambas posturas es que la primera centra su atención en los aportes individuales al derecho internacional y otorga importancia a estos, entendiendo al derecho internacional como un cuerpo jurídico universal y, al contrario, la segunda va más allá y reconoce a dichos aportes como un subconjunto del derecho internacional impulsado por internacionalistas latinoamericanos preocupados por crear reglas originales para enfrentar las vicisitudes regionales durante y después de la independencia²⁴.

Así, puede encontrarse que los esfuerzos de los internacionalistas latinoamericanos cumplieron con su doble agenda, por un lado, fue posible que la región fuera considerada *civilizada* gracias al reconocimiento universal del derecho internacional creado en América Latina y, al mismo tiempo, dejó sentadas sólidas bases de la transmisión e implantación del sistema de creencias en América Latina por medio de la materialización de la consciencia jurídica criolla en cada uno de sus países.

No obstante, como lo señala Anghie: “la adquisición formal de soberanía e igualdad [en el marco del sistema estado-céntrico europeo] no se tradujo en poder real que los Estados del Tercer Mundo habían esperado”²⁵, pues Occidente, por medio de prácticas y discursos jurídicos internacionales, al interior del sistema de creencias del derecho internacional, logró crear nuevas brechas para continuar imponiendo sus intereses sobre el mundo.

En ese sentido, cuando la distinción jurídica entre civilizados y bárbaros fue superada, gracias a la resistencia ejercida hacia el eurocentrismo (en la que participaron notables internacionalistas latinoamericanos), la relación entre colonizados y colonizadores en el poscolonialismo se transformó a una distinción económica, entre países desarrollados (Occidente) y países en vías de desarrollo (África, Asia, el Pacífico y América Latina)²⁶.

Como se abordará en los siguientes apartados, el sistema de creencias del derecho internacional ha sido fundamental para mantener esta relación de poder asimétrica entre Occidente y el resto del mundo, por ejemplo, por medio de los credos del derecho internacional ambiental y el derecho internacional de las inversiones.

El credo del derecho internacional de las inversiones

El derecho internacional de las inversiones es una de las más claras representaciones del sistema de creencias del derecho internacional. Este es diseñado, fabricado y exportado por el mundo occidental para posteriormente ser implantado en el Tercer Mundo. La estrategia es la utilización de un discurso de universalización y América Latina es uno de los más claros ejemplos de este fenómeno.

El régimen internacional de las inversiones se erige a partir de una serie de doctrinas fundamentales dentro de las que se destaca: una razón de ser esencial expresada en la prosperidad de los pueblos, junto con unos lineamientos principalistas manifestados primordialmente por medio de discursos como el del estándar mínimo de trato y la compensación²⁷. Este derecho internacional de las inversiones también se argumenta a partir de un sistema de reglas, una genealogía imaginaria y procesos de autorreferencialidad, que además de mostrar su naturaleza como sistema de creencias, pone de manifiesto su origen occidental y su posterior implantación en el Tercer Mundo, tal como sucede en Latinoamérica²⁸. Todo esto ocurre muy a pesar porque, tanto los discursos universalistas de Occidente como las perspectivas críticas que exponen la resistencia a tales discursos, terminan irónicamente fungiendo en pro de los mismos artífices de las creencias.

Respecto de su naturaleza como un sistema de creencias —y acudiendo a los parámetros de d'Aspremont— es claro que primeramente el derecho internacional se funda en un sistema de reglas. Así, sus doctrinas fundamentales se presentan en formato de reglas primarias y secundarias, obedeciendo cumplidamente a la lógica hartiana²⁹. También tiene una genealogía imaginaria clara, ya que su fuerza vinculante y obligatoriedad se apoya por medio de su anclaje en un claro discurso de fuentes, según el cual este se sustenta en una serie de normas convencionales y consuetudinarias, así como de principios de derecho internacional que las sostiene³⁰. Y, finalmente, los anteriores discursos se promueven mediante procesos de autorreferencialidad, consistentes en la idea de que sus principios fundamentales aparecen en tratados internacionales, los cuales, dada su constancia y multiplicidad, sientan las bases demostrativas de costumbre internacional, la cual, a su vez, es promovida por doctrina, que de manera circular condensa la legitimidad de los argumentos sobre los que se erige todo el sistema³¹.

El origen occidental del derecho internacional de las inversiones T3

La innegable hegemonía occidental en la generación de los discursos fundamentales del derecho internacional de las inversiones se puede ver, a manera de ejemplo, en las estadísticas que provee el Banco Mundial, concerniente al estado de Casos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que actualmente concentra la carga más representativa de estas controversias³². Nótese inicialmente que el 60% de los casos que llegan a la CIADI lo hacen por cuenta (base jurisdiccional) de Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT en inglés), en los que mayoritariamente priman relaciones entre países importadores y países exportadores de capital³³, siendo los tratados multilaterales o regionales realmente una excepción. De manera particular, la región más demandada ante la CIADI es América Latina con el 28% de los casos (en 2020 fue el 32%)³⁴, seguido por Europa del Este y Asia Central con el 26% de estos; solo el 8% de los casos corresponden para países de Europa occidental y el 4% para Norteamérica³⁵. A pesar de la anterior desproporción, contradictoriamente, quienes toman las decisiones y fungen como árbitros, conciliadores y

miembros de comités mantienen una marcada procedencia del mundo occidental. El 67% de estos tomadores de decisiones provienen de Norteamérica y Europa occidental, mientras que solo el 11% provienen de América Latina³⁶. La gran mayoría de ellos son originarios de Francia, Estados Unidos y el Reino Unido y varios de los pocos latinoamericanos presentes curiosamente poseen doble nacionalidad en estas mismas potencias. Los números mantuvieron la tendencia durante el 2020.³⁷ En otras palabras, esta perspectiva cuantitativa pone de presente que, en efecto, este derecho internacional de las inversiones es diseñado, dibujado y determinado por el mundo occidental, aunque finalmente es mayoritariamente implantado y ejecutado respecto del Tercer Mundo, siendo América Latina uno de sus mayores destinatarios.

Los BIT y demás tratados de inversiones no suelen ser tampoco el producto consensuado entre el mundo occidental (o países exportadores de capital) y el Tercer Mundo (o países importadores de capital), sino que estos documentos, y todos los principios que allí se desarrollan, son concebidos, diseñados y redactados unilateralmente por aquellos para ser finalmente consentidos por estos. De modo que una parte representativa de los BIT es el producto de la adopción de modelos de tratados que han sido prediseñados por países exportadores de capital que, finalmente, deben ser aceptados (o no) por países importadores de capital³⁸.

Aunque un gran número de los BIT son modelos redactados por unos pocos países, su posterior y numerosa adopción es finalmente usada para alegar o probar la existencia de normas de costumbre internacional que, de algún modo, se valida por el respaldo que supuestamente brinda la existencia misma de dichos tratados³⁹. Pero lo que realmente sucede es que unos pocos Estados exportadores de capital se atribuyen a sí mismos la capacidad de dictar las reglas universales consuetudinarias en materia de inversiones por medio del poder político —adquirido por cuenta de un poder económico— que tienen para mantener el monopolio de la redacción de los BIT vigentes⁴⁰. Y si estos tratados son la base de los fundamentos en la disciplina, esto solo confirma una vez más que las creencias en las que se basa el derecho internacional de las inversiones son fabricadas en Occidente para ser posteriormente implantadas en escenarios del Tercer Mundo, como el que provee Latinoamérica.

A manera de ilustración, vale la pena resaltar que de los 58 BIT, de los que es parte Estados Unidos, la gran mayoría corresponden a relaciones con países del Tercer Mundo, con contadas excepciones de países desarrollados o de economías emergentes como Rusia, Turquía o Polonia⁴¹. Lo mismo sucede con los 112 BIT firmados por Francia o los 117 del Reino Unido, en los que priman relaciones con países importadores de capital⁴². Como los han descrito algunas aproximaciones de las denominadas perspectivas del Tercer Mundo del derecho internacional (TWAILS, por sus siglas en inglés), las relaciones vigentes que se dan en materia de inversiones entre unas pocas potencias y respecto del Tercer Mundo solo pareciera ser una nueva manifestación de relaciones coloniales o lo que ellos denominan neocolonialismo, lo que evidentemente va más allá de discursos ideológicos pero que se ve claramente manifestado en las cifras que proporciona el Banco Mundial⁴³.

¿Para qué sirve el derecho internacional de las inversiones? T3

Un componente básico del credo del derecho internacional de las inversiones es su razón de ser. Este régimen parte de la base casi indiscutible de que las inversiones son connaturalmente buenas por cuanto ellas necesariamente proporcionan bienestar y prosperidad para todos. Pero, ¿es esto del todo cierto?

El derecho internacional de las inversiones suele ser definido como un régimen que regula el trato que los inversionistas extranjeros y sus inversiones deben recibir en un Estado⁴⁴. Sin embargo, el alcance de dicho trato sigue siendo objeto de constante debate: ¿debe ser acorde con el ordenamiento jurídico interno del Estado donde se hacen las inversiones? ¿Debe ser protegido de conformidad con el “derecho internacional general” (si es que hay alguno)? ¿Debe ser limitado al mismo tipo de trato que se le proporciona a los nacionales del

Estado donde se realiza la inversión o debe ser mucho más beneficioso? ¿Admite este régimen algún tipo de excepciones o la protección al inversionista y sus inversiones es irrestricta? Y aun en medio de todas estas preguntas se mantiene la idea prominente de que mientras que los beneficios no deben sobrepasar los intereses de la soberanía del Estado donde se realiza la inversión⁴⁵, otros consideran que el tratamiento que se les dé a los inversionistas y sus inversiones debe corresponder con la mejor y más beneficiosa práctica que reciben en otros lugares, incluso si esto traspasa los límites de la jurisdicción nacional⁴⁶. Precisamente, ante estos planteamientos fue que se propusieron las reconocidas doctrinas (pan)americanas modernas Monroe⁴⁷, Calvo⁴⁸ y Drago⁴⁹, las que hoy suelen referirse más de manera anecdótica que dogmática por la doctrina ortodoxa occidental contemporánea⁵⁰. Pero ¿serán ellas aún representación de una identidad jurídico-política Latinoamericana?

El alcance de la protección a inversionistas e inversiones no está para nada resuelto en la literatura jurídica especializada, pese a que se siga afirmando, con aparente seguridad, que este régimen de protección tiene un fundamento sólido tanto en derecho convencional, así como en un conjunto de estándares consuetudinarios de protección de las inversiones⁵¹.

Y así como estos estándares consuetudinarios de protección de las inversiones continúan siendo indeterminados, debe resaltarse que la causa de la incertidumbre probablemente radica su mismísima razón de ser⁵². Koskenniemi hizo famosa la pregunta ¿para qué sirve el derecho internacional?⁵³ En el mismo sentido es pertinente preguntarse ahora ¿para qué sirve el derecho internacional de las inversiones?

Perspectivas idealistas que abundan en los manuales afirman, sin mayor discusión, que el derecho internacional de las inversiones sirve para proveer protección a los inversionistas y las inversiones⁵⁴. Sin embargo, mientras que los países exportadores de capital enfatizarían las bondades de prosperidad y desarrollo —tal como se describen en los modelos de tratados de inversiones—, las perspectivas críticas, principalmente provenientes del Tercer Mundo, lo siguen percibiendo como una nueva estrategia de neocolonialismo y neointervencionismo⁵⁵. Pero ¿quién tiene la razón? Lo cierto es que no hay una versión consolidada, sino que por el contrario existe una evidente contradicción entre lo que el derecho internacional de las inversiones dice que hace y lo que visiones disidentes, como aquellas que se plantean desde América Latina, reclaman.

De la lectura de una muestra representativa de los BIT, de los que se han hecho parte Estados latinoamericanos, es posible reconocer al menos tres versiones distintas —pero unidireccionales— de lo que se describe es la razón de ser del derecho internacional de las inversiones. Primero, encontramos la cláusula usada por el modelo estadounidense durante los años ochenta del siglo pasado, frente a sus contrapartes latinoamericanas, que explícitamente indican que este régimen “incrementará la prosperidad en los dos Estados firmantes”⁵⁶.

La prosperidad también es un fin que se incluye muy recurrentemente en los BIT firmados entre Estados europeos y latinoamericanos, que tajantemente expresan que los regímenes de protección de las inversiones “promoverán las iniciativas individuales de negocios y favorecerán la prosperidad económica de las dos partes”⁵⁷. No obstante, una mayoría de los BIT, celebrados entre Estados europeos y latinoamericanos, prefieren la indicación de que “dichas inversiones estimularán el flujo de capital y tecnología, así como el desarrollo económico de las partes contratantes”⁵⁸. De modo que en lugar de optar por el nebuloso concepto de prosperidad prefieren enfocarse en un término que en todo caso no resulta menos vago, pero del que se tiene mayor familiaridad, por lo menos en el contexto del sistema de Naciones Unidas, como aquel de desarrollo⁵⁹.

Además, las fórmulas más recientes, como la que se incluye en la más actualizada versión del modelo estadounidense, señalan que el régimen de protección de inversiones “estimulará el flujo de capital privado y desarrollo económico de las partes”, de la misma manera que “maximizará la efectiva utilización de los recursos económicos para mejorar los estándares de vida”⁶⁰. Este último no solo establece un propósito como el de desarrollo económico, sino que también reconoce que este solo puede ser alcanzado con el máximo uso de

los recursos que permitirán mejorar “estándares de vida”. Sin embargo, las dudas persisten, ¿los estándares de quién?, ¿cómo se miden dichos estándares?, ¿hay un punto de referencia?, ¿es este cuantificable?, ¿significa esto que el régimen permitirá la obtención del sueño americano? Bueno, por lo menos todo esto es lo que los BIT pretenden alcanzar, aunque sin duda dicha visión limitada que equipara el crecimiento económico al desarrollo obviamente está por fuera de las consideraciones mucho más amplias como las que integra el concepto actual del desarrollo sostenible⁶¹.

La idea de que los regímenes de inversión proporcionan prosperidad, desarrollo económico o incluso el mejoramiento de los estándares de vida no solo se presenta como un marco justificatorio de los tratados de inversión, pero es de hecho un presupuesto muy común que se da por sentado en la doctrina mayoritaria⁶². Y sin duda alguna, una parte esencial del credo del derecho internacional de las inversiones es que este proporciona prosperidad⁶³. Sin embargo, la prosperidad termina siendo una de esas “metáforas”⁶⁴ del derecho internacional que pueden finalmente ser tan etéreas que puede adquirir diversas acepciones, ajustándose a las necesidades particulares de quien la planteo o defienda⁶⁵. De modo que podría tener un significado distinto para cada una de las partes que accede a este, bien sea de un país exportador de capital europeo o un país importador de capital latinoamericano⁶⁶.

Pero en relación con esa creencia de que el régimen internacional de las inversiones proporciona prosperidad también han existido fuertes resistencias. Algunas de estas niegan de tajo la supuesta prosperidad, así como la alegada distribución equitativa de esta. Otras van mucho más allá para afirmar que el derecho internacional de las inversiones solo promueve el resurgimiento y fortalecimiento del imperialismo⁶⁷. Y a pesar de que los manuales tradicionales presentan estas visiones críticas solo como perspectivas anacrónicas o excepcionales que suelen mencionarse apenas de manera anecdótica⁶⁸ —lo que de por sí también implica una fuerte posición—, consideramos que son igualmente válidas y que no deben ser subestimadas, ya que constituyen posibles formas significantes que pueden tener el régimen de inversiones como creencia⁶⁹. Por lo menos, representan la apropiación que ha tenido la creencia en sectores del Tercer Mundo, lo que de entrada pondría en entredicho la universalización de este derecho “internacional” de las inversiones.

Además, no es un factor menor que estas perspectivas divergentes provengan principalmente de doctrina latinoamericana, la cual suele ser dibujada como resultado de la forma en que nuestros países han experimentado la inversión extranjera y su régimen de origen occidental.⁷⁰ Y estas aproximaciones deberían tener un valor preponderante precisamente al ser la región más demandada del mundo tal como lo muestran las cifras del Banco Mundial⁷¹.

Desde esta resistencia latinoamericana, la inversión extranjera se concibe no solo como un promotor de prosperidad, sino como un obstáculo a la soberanía misma, un vehículo de dominación, o un mecanismo de aceleración económica de una sola vía. Incluso un régimen costoso que solo constituye una enorme carga financiera para los Estados latinoamericanos, que terminan siendo los principales “usuarios” de la jurisdicción en materia de inversiones⁷². Además, aseguran los críticos, el creciente número de BIT en los que los Estados latinoamericanos participan no se debe a la popularidad o beneficio directo del régimen, sino que obedece a las presiones políticas globales en las que la región no tiene mucha participación, lo cual se hace apenas evidente con el hecho de que estos países importadores de capital no tengan mucho que opinar en la redacción de los textos de los BIT. Su única opción consiste en aceptar o no los modelos que las partes dominantes propongan. Asimismo, estos tratados que proponen condiciones de igualdad entre partes que son política y económicamente desiguales solo incrementan las brechas de desigualdad. Al final, estos BIT, que formalmente se adoptan para promover la inversión en doble vía, terminan solo siendo usados para proteger inversiones que ocurren en una sola dirección. Es realmente excepcional que inversionistas de países importadores de capital alcancen las condiciones económicas y políticas para poder hacer inversiones en los países exportadores de capital. Así que la supuesta bilateralidad termina siendo solo una ilusión que se consigna en el formalismo literal de un tratado pero que escasamente transforma las realidades.

Muy a pesar de las promesas de prosperidad mutua que se hacen en los BIT, Estados latinoamericanos hoy en día se encuentran inmersos en multimillonarias controversias en las que inversionistas estadounidenses, españoles, neerlandeses, canadienses, británicos, franceses (por su orden descendente en la cantidad de demandas presentadas)⁷³ o de otro país exportador de capital aspiran al pago de grandes compensaciones. Estas contradictoriamente terminan convirtiéndose en gravosas cargas financieras para los países importadores de capital. Y es que el impacto resultante de las demandas en ocasiones supera las promesas de crecimiento económico y prosperidad que contienen los BIT, que finalmente se usan como base jurisdiccional.

Al ser la región más demandada del mundo, Latinoamérica ha sido llevada ante la CIADI en 290 ocasiones⁷⁴. Argentina, el país más demandado del mundo junto con Venezuela, México, Ecuador, Bolivia y Perú aglomeran más de 200 de esas demandas⁷⁵. En 2020, Colombia y Perú fueron los más demandados con cinco casos cada uno⁷⁶. Cerca del 70% de los casos existentes han sido resueltos a favor de los inversionistas⁷⁷. A 2019, los costos que le han generado las demandas perdidas a Argentina llegan a los 10000 millones de dólares, 19000 millones de dólares para Venezuela, 1000 millones para Bolivia y cerca de 3000 millones para Ecuador. Se estima que el total de las demandas con fallo en firme asciende a 230000 millones de dólares⁷⁸. Esta suma es superior a los flujos de inversión extranjera directa recibida por Argentina, Chile y Colombia unidos. Para el 2020, se estima que las pretensiones que existen contra Perú alcanzan los 4000 millones de dólares⁷⁹, los casos pendientes de Colombia ascienden a 22000 millones de dólares. Sin embargo, en 2020 la inversión extranjera directa para Colombia fue de 7000 millones de dólares⁸⁰ (10000 millones para 2019)⁸¹ y para Perú de 1300 millones de dólares⁸² (8000 millones en 2019)⁸³. Para 2019, toda la región de América Latina y el Caribe había recibido un total de 161000 millones de dólares en IED⁸⁴.

Y aunque los números van cambiando constantemente y no es fácil mantener las cifras siempre actualizadas, los anteriores datos permiten poner en evidencia no solo que las cargas financieras exceden lo que reciben los Estados latinoamericanos por cuenta de la inversión extranjera, sino que en muchos casos está por fuera de la capacidad de pago de estos, siendo que, al final, el credo del derecho de las inversiones extranjeras, basado en una promesa de prosperidad, bienestar y desarrollo económico, termina siendo solo una falsa expectativa con la que benefician los bolsillos de grandes compañías multinacionales provenientes de los países más ricos del mundo por medio de un sistema formal que, en últimas, es dibujado por árbitros, abogados, miembros de comités y doctrinantes que también provienen de estos países exportadores de capital. Y lo que prometía iba a ser una comunidad epistémica universal e internacional⁸⁵, realmente resulta ser una construcción social occidental dispuesta para el beneficio de sus creadores que es expandida e impuesta desde este mundo desarrollado sobre el Tercer Mundo por medio de discursos formalistas de universalidad. Si bien esto demuestra que el derecho internacional de las inversiones es un sistema de creencias, también corrobora que este y cada uno de los componentes de su credo es realmente fabricado en el mundo occidental exclusivamente para ser implantado en el Tercer Mundo, siendo Latinoamérica su principal receptor.

Frente a este panorama, también resulta claro que todas las perspectivas críticas de la visión mayoritaria, algunas más modestas y otras más contundentes, como las que proponen aproximaciones de los TWAIL, no pueden ser consideradas solo como puntos de vista históricos, anecdóticos o incluso anacrónicos —como pretende hacerse con las reconocidas doctrinas panamericanas Monroe, Calvo o Drago—, sino que deben ser incluidas en el credo del derecho internacional de las inversiones como la forma en la que este régimen socialmente construido es apropiado en Latinoamérica y por los latinoamericanos. Es tiempo ya de que el origen de que las creencias en las que se funda el derecho internacional de las inversiones dejen de tener un monopolio del mundo occidental.

El credo del derecho internacional ambiental

Otro escenario disciplinar donde se ha mostrado claramente la implantación de creencias del mundo occidental sobre el Tercer Mundo, y particularmente América Latina, ha sido el derecho internacional ambiental. Y aunque en este campo los fines esencialmente altruistas, como la protección del medioambiente global y el interés de las generaciones futuras, inevitablemente producen un sesgo frente a la naturaleza de sus principios, este no ha sido inmune a la esencia misma que describe al derecho internacional como un sistema de creencias. Y es que, aunque no se niega la necesidad e importancia de usar las herramientas del derecho internacional para la protección ambiental, lo que se pone en discusión es la selección de conceptos y estrategias argumentativas aceptadas para lograr el fin perseguido, así como el contenido de estas. Esta parte, a manera ilustrativa, compara el Desarrollo Sostenible (DS), por un lado, y las responsabilidades comunes pero diferenciadas (RCD), por el otro, a fin de ilustrar la suerte que suelen tener las creencias originadas en el mundo occidental respecto de aquellas que interesan profundamente al Tercer Mundo. Asimismo, estos casos ilustran la forma como los criterios de universalización en el derecho internacional, sin importar cuán honorable sean las causas perseguidas, terminan finalmente fungiendo en la perpetuación de inequidades irreconciliables.

El desarrollo sostenible: una creencia indeterminada como herramienta

El DS es el fundamento conceptual del derecho internacional ambiental contemporáneo y el principal concepto articulador que sustenta toda la respuesta de política pública frente a los desafíos del medioambiente global⁸⁶; es sin duda el caballito de batalla de la protección ambiental (y del continuado crecimiento económico) del que actualmente dispone el derecho internacional. E imperfecto como es, constituye el epicentro del credo del derecho internacional ambiental.

Su mayor fortaleza y debilidad, a la vez, es su indeterminación⁸⁷. No solo no se puede llegar a un acuerdo respecto de qué lo integra, sino de lo que realmente significa. El DS es a la vez un concepto, una aproximación, un punto de acuerdo diplomático, un principio general e incluso una regla consuetudinaria⁸⁸. Y debido a su intencional imprecisión, es a la vez todo y es nada.

El DS de hecho no es la forma más apropiada o correcta que existe para atender normativamente la protección del medioambiente global, pero es aquella respecto de la cual fue posible llegar a un arreglo frente a las inicialmente irreconciliables posturas existentes entre el mundo occidental y el Tercer Mundo⁸⁹.

Y es que precisamente esta dicotomía Norte-Sur o entre el primer y el Tercer Mundo se hizo manifiesta en el marco de las negociaciones adelantadas en la primera cumbre diplomática mundial sobre medioambiente, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano realizada en Estocolmo entre el 5 y 16 de junio de 1972.⁹⁰ Así, mientras que el mundo occidental, ya desarrollado, lideraba y alentaba estos esfuerzos internacionales para promover una agenda de protección ambiental, el Tercer Mundo, principalmente congregado en el entonces recientemente constituido G77, concebía la agenda ambiental como un obstáculo al ejercicio del derecho al desarrollo⁹¹. Percibían de tal modo esta agenda ecologista como una forma de limitar e impedir el uso de los recursos naturales que el mismo mundo occidental había usado desmedidamente y sin control para obtener el acelerado crecimiento económico que los llevó al desarrollo en primer lugar. Así, la protección ambiental se insertó originalmente como un asunto estrictamente económico o de desaceleración del deseado continuo incremento de bienes y servicios disponibles en un contexto particular que permitiera acrecentar la satisfacción de las necesidades de sus poblaciones. Mientras que Occidente no quería ceder a sus pretensiones de protección ambiental, el Sur no quería hacerlo respecto de sus ansias de desarrollo, paradójicamente enmarcado en un modelo de desarrollo dibujado en Occidente, pero implantado en el Tercer Mundo.

El DS es originalmente un concepto que —por lo menos desde un punto de vista argumentativo— lograba reconciliar la pugna entre protección ambiental, por un lado, y desarrollo económico, por el otro⁹². Este quedó así acuñado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en su informe publicado en 1987, que lo definió como aquel desarrollo “que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁹³.

Interesante, en su concepto original, el DS no incluye la integración de un elemento sustancial de protección ambiental. Es, por el contrario, un concepto eminentemente económico, lo que se muestra en el uso original del lenguaje, cuando el término *sustainable development* del inglés fue traducido inicialmente en la Asamblea General de la ONU como “desarrollo duradero”⁹⁴. De modo que la sostenibilidad inicialmente se predicaba de la posibilidad de mantener ese crecimiento económico en el tiempo, o de forma sostenida. Sin embargo, dicha continuidad en el desarrollo económico se estimaba imposible en un escenario donde no se asegurará la integridad de los factores de producción que garantizaran el normal funcionamiento creciente de la economía, en particular el factor de producción tierra⁹⁵.

El carácter de principio lo adquiere el DS en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, donde se establece que “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”⁹⁶, explícitamente indicando que “la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo”⁹⁷. Así pues, en la Declaración de Río, se configura como el principio sombrilla de otros principios del derecho internacional ambiental de orden consuetudinario como la Prohibición del Daño Ambiental Transfronterizo, la Prevención, la Evaluación de Impacto Ambiental, información y consulta y cooperación, así como de principios suaves como el contaminador pagador o las responsabilidades comunes pero diferenciadas, e incluso el emergente y parcialmente vinculante principio de precaución⁹⁸.

De hecho, el mismo el DS, posteriormente se reconoce explícitamente por la propia CIJ en el Caso Gabcikovo-Nagymaros, cuando se localiza en el derecho internacional ambiental de la siguiente manera:

“Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new specific insights and to a growing awareness of the risks for mankind- for present and future generations- of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. *This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.*”⁹⁹

Y aunque el DS se integró al derecho internacional ambiental, también hubo algo de decepción debido a que la creencia eurocéntrica no consistía solo en la generación del balance entre desarrollo económico, sino en su naturalización como “concepto” y no como un verdadero “derecho” o “principio”. Así, en el marco de la resistencia desde el Sur, es que aparece la magistral opinión separada del recientemente fallecido juez brasileño Cançado Trindade al fallo de fondo en el Caso de las Papeleras del Río Uruguay¹⁰⁰. En ella defendió no solo el estatus jurídico del DS como principio del derecho internacional ambiental, sino la habilidad que tiene la norma para generar y derivar efectos jurídicos directos¹⁰¹. Esto también significó una superación de la visión dworkiniana de los principios, que los concebía como manifestaciones normativas de tal grado de abstracción que solo podrían fungir como faros interpretativos o directrices funcionales únicamente por medio de reglas concretas cargadas de derechos u obligaciones¹⁰².

Y, es por esto, que al referirnos al DS, así como a la Devida Diligencia Ambiental, la Prohibición del Daño Ambiental Transfronterizo, la Prevención o la Evaluación de Impacto Ambiental, consideramos oportuno catalogarlos como principios consuetudinarios¹⁰³. Ya que, aunque han surgido como principios, originalmente formulados en instrumentos de *soft law* —como la Declaración de Río—, con el paso del tiempo, y gracias al reconocimiento que han venido teniendo en la jurisprudencia de la CIJ y otros tribunales

internacionales, también han sido reconocidos como costumbre. Así, mientras que en su naturaleza de generalidad y abstracción nacen como principios, ellos derivan su vinculación jurídica y obligatoriedad de una fuente formal como la costumbre internacional, también de confuso origen y explicación¹⁰⁴. Esto ha permitido que, siendo principios, hubieran sido usados como base legal de argumentos jurídicos desarrollados en demandas y decisiones ante tribunales internacionales¹⁰⁵.

¿Para qué sirve el desarrollo sostenible?

El DS se origina pues más como un modelo económico tendiente a servir de punto de negociación internacional entre el Norte y el Sur global. De ahí que, a pesar de ser la base de la construcción de una agenda internacional de protección ambiental contemporánea, es en todo caso un mecanismo imperfecto y falible. ¿Podría entonces concebirse una manera más eficiente de protección ambiental desde el derecho internacional? Sin duda, sí, Dryzek ha reconstruido los diversos discursos por medio de los cuales se podría manejar el desafío más grande del mundo contemporáneo¹⁰⁶. No obstante, el DS ha tenido la virtud (argumentativa) de constituir ese punto medio en el que intereses económicos contrapuestos han podido encontrarse. Esto explica su indeterminación, abstracción, volatilidad, maleabilidad, entre otros. Por esto, aunque es el epicentro de la protección ambiental desde el derecho, incluso probablemente el paradigma de las ciencias jurídicas contemporáneas, no ha sido inmune a múltiples críticas.

Como lo señala French, estos reproches se refieren tanto al concepto *per se*, como a la falta de voluntad política que se divisa para su implementación efectiva¹⁰⁷.

Por un lado, se pone en tela de juicio la viabilidad que tiene el DS para cumplir con su función integradora, entendida como la capacidad de alcanzar desarrollo económico, social y protección ambiental de forma concomitante, pareciendo más un ejercicio dialéctico que una realidad verificable¹⁰⁸. Asimismo, desde un punto de vista interpretativo, y habida cuenta de su naturaleza de metaprincipio, resulta que el DS se torna más una obligación de medio (y no de resultado) que se va adaptando en el tiempo gracias a su capacidad evolutiva. Esto debido a que lo que el DS pudo haber implicado en la definición de Brundtland de 1987 no corresponde con el entendimiento de la Declaración de Río de 1992, y mucho menos con el carácter amplísimo de los ODS redactados en 2015 o lo que en el futuro podría seguir constituyendo. Lo interesante aquí es que los vacíos dejados premeditadamente finalmente son aprovechados por el mundo occidental para implantar visiones por medio de posturas de universalización del DS. Así que su comprensión estará determinada por el momento histórico en el que se interprete y en atención a un contexto específico, tal como se propone en el Caso de las Papeleras¹⁰⁹. Esto se puede apoyar en que el carácter ambiguo de la definición del DS podría recibir respaldo para evaluarse caso a caso en la aplicación y negociación de obligaciones internacionales¹¹⁰.

Así, también en medio de la incertidumbre, tal como lo ha aceptado Sands, vienen a tomar una preponderancia en el debate las posturas que ha venido construyendo la CIJ¹¹¹, marcadamente occidentales y que gozan de un amplio reconocimiento en la comunidad epistémica internacionalista, también concebidas como universalizantes del derecho¹¹². Estas, aunque no han logrado perfeccionar una completa obligación de protección ambiental en el derecho internacional emanada desde el DS¹¹³, sí han ido delineando lenta pero dinámicamente un catálogo de principios consuetudinarios desprendidos del DS que sin duda han dado prevalencia a los intereses de Occidente sobre aquellos del Tercer Mundo¹¹⁴. Lo anterior explica cómo no se discute en la literatura occidental la naturaleza consuetudinaria de principios como la Soberanía Permanente sobre los recursos naturales o la Prohibición del Daño Ambiental Transfronterizo¹¹⁵, mientras que la precaución permanece como un principio emergente¹¹⁶, y la perspectiva de responsabilidad objetiva dada por el principio del contaminador pagador se considera apenas como un criterio de *soft law*¹¹⁷.

Por esto, aún Dupuy y Viñuales insisten en que el concepto amplio de DS se ha prestado para abusos y debe ser desarrollado en una agenda que se cumpla, pues la práctica suele recoger otros principios como la cooperación, la prevención y el impacto ambiental, y lo importante no es la “invención” de términos, sino la aclaración de estos¹¹⁸.

Otra alternativa ante estas visiones, con un marcado énfasis antropocéntrico propio del mundo occidental¹¹⁹, podría ubicarse en una visión ecológica del DS, que llama a una ética y que critica a la primera postura por considerarla “demasiado pragmática”. En esta posición se observa como crucial para una operabilidad del concepto que exista un componente eco-céntrico, pues si se pierde de vista la realidad ecológica, se corre el peligro de perder el suelo que pisamos: la sostenibilidad ecológica no es un pilar más sino el fundamento¹²⁰; no en vano el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC), en su más reciente reporte, da una alerta roja para la humanidad, enfatizando la absoluta necesidad de llegar a un cero neto de emisiones a más tardar a 2040, so pena de llegar a un punto de no retorno¹²¹.

Pero se dice además que es debido a tal maleabilidad del concepto que haya tanta resistencia al DS, pues si bien las interpretaciones se ajustan a lo dicho por Brundtland, varía en función a tres componentes, según la Declaración de Johannesburgo, sin llegar a ningún equilibrio claro¹²²: la sociedad, el medioambiente y la economía. En consecuencia, persiste un concepto que, si bien se apoya en varios ámbitos, carece de un núcleo definido¹²³. Por esto, es primordial seguir avanzando en un reconocimiento formal que desarrolle lo que se planteó la Declaración de Nueva Delhi de 2002.¹²⁴ Este enfoque de sostenibilidad ecológica se distancia de uno que está dirigido a un carácter más antropocéntrico¹²⁵.

Sin embargo, con una narrativa basada en el concepto clásico de igualdad soberana, el DS viene evolucionando en el derecho internacional de una manera desigual hasta el punto de generar patrones de inequidad, reducida imparcialidad, implementación limitada y que encuentra contradicciones en las negociaciones que componen los principios en el ámbito medioambiental¹²⁶.

En este sentido, Gupta ha calificado al mundo occidental de hipócrita, al negar su rol preponderante en la contaminación planetaria, usando el DS como herramienta de evasión de responsabilidades, formulando obligaciones en lenguaje condicionante y minimizando el alcance del enfoque de precaución en atención a una racionalidad económica apremiante¹²⁷. Si bien la Declaración de Río intentó dar contenido sustantivo y procesal para consolidar el apoyo al DS, la noción sigue siendo ambigua, incoherente y no toma un compromiso para remediar las brechas entre los países del primer y Tercer Mundo.

Atapattu así lo considera, que tal como el DS surgió en medio de un choque de intereses económicos, su continuada aplicación seguirá siendo ineficaz como reflejo de esta persistente dicotomía, en la que el mundo occidental mantendrá enfoques suaves de protección ambiental, mientras que el Tercer Mundo priorizará la cobertura de sus necesidades económicas ahincadas en el repudiado subdesarrollo. Y esto solo permitirá la prolongación de las disparidades en la aplicación del principio, pues Occidente ya está desarrollado¹²⁸. Así, según estas posturas, propias del Tercer Mundo, lo que sostiene el DS no es realmente una protección ambiental sino un continuo crecimiento económico que profundiza las brechas de desigualdad entre los ricos y los pobres del mundo¹²⁹.

De esta manera, si retomamos la idea del derecho internacional como un sistema de creencias promulgado por d'Aspremont, podemos encontrar que el DS es sin duda una de esas creencias. El DS fue fabricado bajo un liderazgo eminentemente occidental, concebido en el mundo occidental, con un discurso de generación de consensos y alineación de intereses entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, pero al final dejado a su suerte, en un escenario premeditado de indeterminación y volatilidad, ha terminado funcionando como un discurso necesario, por cuanto sigue siendo el único con el que se puede canalizar la protección ambiental desde el derecho, pero que al final protege las marcadas desigualdades existentes al momento de su concepción¹³⁰. Esto precisamente es lo que ha hecho a Chimni observar que el derecho internacional

ambiental en este punto no está consiguiendo responder, de forma efectiva, a la crisis ecológica en la que se encuentra actualmente el mundo, pues su realización se agota con “un concepto vacío de Desarrollo Sostenible que está lleno de la codicia del capital global”¹³¹. Y, precisamente, de ahí viene ese derecho internacional.

La creencia de un reparto de cargas entre occidente y el Tercer Mundo a la luz del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas

El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas (RCPD) está estrechamente relacionado al concepto del DS y la equidad intrageneracional¹³². De hecho, es concebido como una respuesta desde el Tercer Mundo al desbalance generado por el DS que procura un trato igual de intereses respecto de partes que definitivamente no son iguales. Puede afirmarse que su concepción es anterior al ecologismo global moderno y se enmarca dentro de la formulación del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI)¹³³. Con todo, es un principio que ha sido promovido por los países del Tercer Mundo, con el fin de hacerse valer en el discurso del derecho internacional ambiental. Como explica Hey¹³⁴, al igual que el DS, este principio, o creencia —como aquí lo llamamos— adquiere enorme relevancia en la narrativa del derecho internacional ambiental en 1990, pero apareció a principios del siglo XX bajo una formulación temprana en el Tratado de Versalles de 1919 y, posteriormente, en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), mediante la consideración de diferencias climáticas y de circunstancias particulares¹³⁵. Asimismo, se ha reflejado en la Organización Mundial del Comercio (OMC), para referir a la reciprocidad en las concesiones comerciales y que trasciende en el ámbito del derecho comercial internacional mediante la dinámica de negociaciones¹³⁶. Finalmente, se ha puesto de presente en instrumentos internacionales, tales como la Declaración de Estocolmo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, así como en diversos Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente (AMUMA)¹³⁷. No obstante, ha sido en la Declaración de Río, en sus principios 6 y 7, donde se ha expresado de manera más amplia¹³⁸.

Rajamani explica que el principio de RCPD se orienta por consideraciones de equidad y justicia, tales como el cumplimiento de una igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales, la realización de una acción afirmativa y la restauración de la igualdad, de manera que puede componerse de dos elementos principales¹³⁹: la *responsabilidad común*, que hace referencia a aquella preocupación compartida entre los Estados para actuar movidos por un interés global más que en un interés nacional y la *responsabilidad histórica* de ciertos países con la degradación del planeta. Así pues, se ha formulado un primer argumento que señala las brechas entre países desarrollados y países en desarrollo al reivindicar una función de liderazgo por parte de los primeros ante su responsabilidad histórica consecuencia de la mayor producción en la acumulación de gases de efecto invernadero¹⁴⁰. Por otra parte, se ha formulado el argumento de que, debido a las diferencias en capacidades entre los primeros y los segundos, los países desarrollados tienen mayores posibilidades para cumplir con compromisos de mitigación¹⁴¹. Así, en la más reciente Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP26), continuaron teniendo vigencia las peticiones de los países del Tercer Mundo en eliminar gradualmente el uso del carbón en la industria del primer mundo y la toma de un compromiso real de los países ricos con la atención de las necesidades de las economías más empobrecidas¹⁴². De este modo, se genera una dinámica entre principios que giran en torno a la equidad, el principio de justicia y el principio de cooperación¹⁴³.

Los distintos tipos de diferenciaciones y la ambigüedad con que se trata al principio de RCPD da lugar a que se postule con una definición vaga y pendiente de desarrollarse al unísono con una idea que comprenda de forma casada lo *común* y lo *diferenciado*¹⁴⁴. En ese sentido, han existido dos discursos dominantes en el

sistema de creencias respecto a este principio: la interpretación que los países en desarrollo han elaborado en la noción de responsabilidad histórica de los países desarrollados y la interpretación de estos últimos, poniendo acento en las “capacidades” antes que en las “responsabilidades”¹⁴⁵, de manera tal que se han resistido al condicionamiento en la comprensión que los países en desarrollo han propuesto. Por ello, las transferencias de recursos financieros y de tecnología siguen siendo un factor de análisis en esta dinámica para que el principio de RCPD obtenga una calidad trascendental en el régimen internacional del cambio climático.

Su estatus ha variado debido a que su naturaleza misma es cambiante. Para algunos es un principio emergente¹⁴⁶, mientras para otros puede situarse dentro de un desarrollo de norma contextual y diferencial¹⁴⁷, en un principio marco¹⁴⁸, así como puede ser discutido en sentido de una directriz política¹⁴⁹. Sin embargo, las discusiones persisten en aspectos en torno del significado y la relación entre conceptos¹⁵⁰. Se destaca el trato diferenciado como un elemento para fomentar la equidad entre los Estados y prestar atención a la desigualdad existente en el marco internacional, así como de llevar a cabo esfuerzos en las negociaciones que se surten entre ellos. No obstante, se ha expresado que, si bien proporciona una herramienta para resolver casos concretos, no cambia las condiciones estructurales que permean la ficción de igualdad formal entre los Estados¹⁵¹. En otras palabras, se exige replantear la forma en que se piensa el principio de reciprocidad en cuanto a que no es la mejor figura para los Estados¹⁵². Por ello, el trato diferenciado debe estar acorde con tres criterios: debe reconocer y atender a las diferencias entre categorías políticas o de otro tipo que se encuentren preestablecidas, no puede dirigirse a un detrimento o menoscabo de los objetivos de una norma internacional de protección ambiental y, finalmente, debe prescindirse cuando no existan diferencias importantes que exijan su consideración¹⁵³.

Stone argumenta que hay tres posibles perspectivas al abordaje diferenciado que propone el principio¹⁵⁴: en primer lugar, una en la que el país desarrollado busca beneficiarse en lo mayor posible de la norma internacional; en segundo lugar, una en la que este país ceda a favor del país en desarrollo sin descuidar su propia ganancia y, en tercer lugar, un escenario en el que el país desarrollado beneficie ampliamente al país en vía de desarrollo. A más de estas versiones y las consideraciones de justicia y equidad que podrían aparecer en el proceso y que podrían beneficiar a los países en desarrollo, la cooperación puede adoptar diferentes principios que significan una consideración más efectiva¹⁵⁵: diferenciación en función de las necesidades (algunas naciones necesitan más ayuda que otras; los países pobres son más vulnerables)¹⁵⁶, diferenciación en función del daño causado (quien contamina debe pagar) y¹⁵⁷, finalmente, la diferenciación en función de los recursos tecnológicos y financieros (“las emisiones de “lujo” no deben ser tratadas igual que las emisiones de subsistencia”)¹⁵⁸. En este sentido, se han producido observaciones referidas a cómo se ha tratado en relación con las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (CDN), que no cumplen las expectativas de un compromiso colectivo, sino individual de los países. Por ello, se manifiesta una autodiferenciación que “refleja esencialmente la incapacidad de acordar objetivos vinculantes a nivel internacional”¹⁵⁹. Por otra parte, se menciona que, por medio de la existencia de reservas, cláusulas de escape y normas contextuales, se diluye el contenido de las normas jurídicas internacionales, generando al final que haya más compromisos de unos Estados frente a otros¹⁶⁰. Empero, esta observación no es compatible con la realidad en que se encuentran los países del Tercer Mundo. Se ha mencionado que ha sucedido un debilitamiento en el otorgamiento de medidas a favor de estos países en las últimas décadas, lo que, según Cullet, debe replantearse en los acuerdos multilaterales para estructurar categorías concebidas en términos ambientales y no estrictamente económicos, pues la *diferenciación* se ha basado principalmente en estos últimos¹⁶¹.

Asimismo, el elemento de la *capacidad* de los Estados comprende al principio de “quien contamina paga”¹⁶². En ese sentido, es menester añadir las contribuciones hechas en el medioambiente del pasado, el presente y el futuro. Sin embargo, esta consideración legitima los derechos de los Estados con más emisiones de gases de efecto invernadero a continuar contaminando más. Esto se explica porque, aunque la internalización de

costes tiene por objeto evitar la contaminación y hacer un uso correcto y eficiente de los recursos, lo que termina sucediendo es que se asigna un coste en lugar de exigir una prevención¹⁶³. En últimas se genera una externalidad negativa que culmina perjudicando al consumidor final, lo que, a su vez, se traduce en una desigualdad distributiva¹⁶⁴.

La falta de obligaciones cuantitativas y la adición de la calificación de “circunstancias nacionales”, según las ambiciones de los países, representa un cambio que no debe atribuirse al principio de las RCPD, sino a los defectos de su aplicación¹⁶⁵. Lo anterior significa atender a un enfoque dinámico en el que no predomine un condicionamiento fijado exclusivamente por el primer mundo. Por ello, la forma en que se ha implantado este principio por parte del primer mundo, en las creencias sobre las interpretaciones que se han propuesto, ha hecho preguntarse si su adecuada comprensión es más una creencia impositiva de unos sobre otros en la *capacidad* o sobre la *responsabilidad* de los Estados¹⁶⁶.

Conclusión

Si es cierto que el derecho internacional es un sistema de creencias, también es cierto que estas creencias tienen un origen y un propósito marcadamente occidentales, implantado en el Tercer Mundo por medio de campañas de universalización. De modo que el derecho internacional público ha sido realmente un derecho occidental y privado instituido a escala global. Latinoamérica en particular muestra este proceso. Así, la recepción del derecho internacional en esta región se dio desde periodos históricos coloniales, en los que se acogieron principios fundamentales manufacturados en Europa, pero que argumentativamente se transmitían con perspectivas de universalización. Si bien, inicialmente, el derecho internacional llegó como un sinónimo de civilización, posteriormente se consolidó mediante una conciencia criolla, encarnada en aquellos que, habiendo nacido en el continente americano, poseían intereses y vínculos raciales, familiares y de nacionalidad también europeos. Así, aunque los criollos también introdujeron perspectivas propias regionales, que buscaban posicionarse como críticas al régimen occidental, la resistencia a la universalización del derecho europeo no terminó sino reforzando el carácter universal de este.

Por su parte, la reafirmación de estas marcadas diferencias económicas y de poder entre el mundo occidental y el Tercer Mundo, incluido América Latina, ha permitido que el origen del sistema de creencias del derecho internacional contemporáneo permanezca estando en el mundo occidental para continuar siendo implantado en el Tercer Mundo.

De este modo, campos novedosos como el derecho internacional de las inversiones o el derecho internacional ambiental siguen viviendo el mismo proceso de las más antiguas instituciones jurídicas. La estrategia sigue siendo la misma: se promueven condiciones de aparente igualdad y equilibrio entre el mundo occidental y el Tercer Mundo, por medio de la promoción de principios aparentemente universales, a pesar de sus intrincadas desigualdades, lo que no hace sino profundizar las diferencias. Así, mientras que en materia de inversiones, por un lado, se siguen promoviendo tratados bilaterales de inversión que promulgan beneficios económicos comunes y compartidos —que finalmente benefician en mayor medida a los “países exportadores de inversión”—, por otro lado, en materia de protección del medioambiente global, se continúa edificando sobre un régimen cimentado en el desarrollo sostenible: un concepto imperfecto que aparece más como un punto medio para zanjar los intereses entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, que al ser inacabado, indefinido, maleable e indeterminado, deja premeditadamente vacíos que finalmente son llenados primordialmente por el mundo occidental, a fin de continuar protegiendo sus propios intereses. Y mientras que creencias pensadas en occidente terminan siendo universalizadas por cuenta de mecanismos formales, como los que ofrece la costumbre internacional —también conceptualizada en foros ortodoxos y eurocéntricos como la Corte Internacional de Justicia—, las creencias propuestas desde y para el Tercer Mundo, con el ánimo de reducir las diferencias en la balanza, como el principio de las responsabilidades

comunes pero diferenciadas, permanecen, a ojos de Occidente, apenas como criterios emergentes que siguen careciendo de la anhelada vinculación jurídica.

Pero entender que el derecho internacional es un sistema de creencias, y que estas tienen un origen y propósito marcadamente occidentales, no debe conducirnos, como Tercer Mundo, a un escepticismo irremediable como el que suelen promulgar las escuelas críticas del derecho internacional. Todo lo contrario. Este panorama debe abrir nuevas oportunidades para el Tercer Mundo y para Latinoamérica. Si la resistencia tradicional sobre los mismos paradigmas no ha llevado sino al reforzamiento de las campañas de universalización del derecho internacional, debe trabajarse con la misma lógica: generando creencias desde y para el Tercer Mundo y la región, que puedan ser reivindicados en los múltiples escenarios que proveen las relaciones internacionales, demandando un derecho internacional verdaderamente incluyente. Este es, no el que propone supuestas igualdades respecto de partes naturalmente desiguales, sino el que entiende y reconoce las desigualdades para proponer responsabilidades comunes pero diferenciadas. Así, cuando nos preguntemos ¿de dónde viene ese derecho internacional? Podremos decir que no solo ha sido importado del mundo occidental, sino que puede tener varios orígenes, incluido el Tercer Mundo, y que en todo caso puede acoger intereses y necesidades particulares y globales de origen diverso.

Bibliografía

- Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia (Netherlands and the Republic of Bolivia - Bolivia) (10 de marzo de 1992).
- Agreement between the Government of the French Republic and the Government of the Republic of Ecuador on the reciprocal encouragement and protection of investments (France - Ecuador) (7 de septiembre de 1994).
- Agreement between the Republic of Peru and the Federal Republic of Germany on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Peru - Germany) (30 de enero de 1995).
- Agreement Between the Government of The Republic of France and The Government of the United Mexican States on The Reciprocal Promotion and Protection of Investments (France - Mexico) (12 de noviembre de 1998).
- Alejandro Álvarez, *International Law and Related Subjects from the Point of View of the American Continent* (The Endowment, 1922).
- Alejandro Álvarez, *Monroe Doctrine: It's Importance in the International Life of the States of the New World*.
- Alexander Gillespie, *International Environmental Law, Policy and Ethics* (OUP, 1997).
- Álvarez Zárate, ed., *¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones?* (Universidad Externado de Colombia, 2015).
- América Economía. <https://www.americaeconomia.com/>
- Andrea Ross, *Modern Interpretations of Sustainable Development*, 36 *JL & Soc'y* 32 (2009).
- Antony Anghie, *Imperialism, sovereignty and the making of International Law* (CUP, 2004).
- Antony Anghie, *Sovereignty and the post-colonial state*, en *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* 196-244 (2005).
- Antony Anghie, *Imperialism and international legal theory*, en Anne Orford & Florian Hoffmann, eds., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* 156-172 (Oxford, 2016).
- Arnulf Becker Lorca, *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*, 47 *Harvard International Law Journal* 283-305 (2006). <https://ssrn.com/abstract=1370389>
- Arturo Escobar, *Constructing Nature: Elements for a Poststructuralist Political Ecology*, en *Liberation Ecologies: Environment, Development, Social Movements*, 52, (R. Peet y M. Watts, eds., Nueva York, Routledge, 1996).
- Asamblea General de la ONU, *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, A/42/427 4 de agosto de 1987.

- Balakrishnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, trad. Carlos Morales de Setién Ravina 147 (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos [ILSA], 2005).
- Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Republic of Colombia (United Kingdom - Colombia) (17 de marzo de 2010).
- B. S. Chimni, *The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach*, 8 Melb J Int'l L 499 (2007).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *2020 Informe Anual Excelencia en la resolución de diferencias relativas a inversiones* 1-74 (2020). https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/ICSID_AR20_Spanish_CRA_Web.pdf
- Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua) and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015.
- CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe* 21. 2021.
- Christopher D. Stone, *Common but differentiated responsibilities in international law*, 98 American Journal of International Law 276-301 (2004).
- CIADI Informe Anual. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/ICSID_AR20_Spanish_CRA_Web.pdf
- CIAD. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Base de Datos de Tratados Bilaterales de Inversión de la CIADI, <https://icsid.worldbank.org/resources/databases/bilateral-investment-treaties>
- Cheryl W. Gray & William W. Jarosz, *Law and the Regulation of Foreign Direct Investment: The Experience from Central and Eastern Europe*, 33 Columbia Journal of Transnational Law 1 (1995).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17*, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, *Medio ambiente y derechos humanos*.
- Daniel Barstow Magraw, *Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual and Absolute Norms*, 1 ColoJIntEnvntL&Pol 69 (1990).
- Daria Shapovalova, *In Defence of the Principle of Common but Differentiated Responsibilities and Respective Capabilities*, en Benoit Mayer & Alexander Zahar, eds., *Debating Climate Law* (CUP, 2021).
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, 1992. Principios.
- Dexter Perkins, *Discursos y escritos by Luis M. Drago*, 22 The Hispanic American Historical Review (Duke University Press, 1942).
- Dirección General de Contabilidad Pública, Ministerio de Economía y Finanzas, República del Perú, *Cuenta General de la República, Sector público al 31 de diciembre de 2019*. https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/2019/Cuenta_General_2019.pdf
- Duncan French, *Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibilities*, 49 Int'l & Comp LQ 35 (2000).
- Duncan French, *Sustainable development* en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong & Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law* (Edward Elgar, 2010).
- Ellen Hey, *Common but Differentiated Responsibilities*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP, 2011).
- Enakshi Jha, *Twail and investment law: the perpetual struggle*, 5 NLIU Law Review (2016).
- Fabián Cárdenas, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other side of the Coin*, 13 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 355-403 (2013).
- Fabián Cárdenas, *Instituciones del derecho internacional ambiental*, en Diego Uribe Vargas & Fabián Cárdenas, *Derecho internacional ambiental* 19-84 (2010).

- Fabián Cárdenas, *La obligación de protección ambiental en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*, en Rafael Prieto & Alberto Moreira eds., *La responsabilidad del Estado y el medio ambiente: un debate urgente* 151 (Pontificia Universidad Javeriana, 2016).
- Fabián Cárdenas, *¿Un caso de “volver al futuro”? las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario de la comisión de derecho internacional de la ONU*, 69 *Vniversitas* 1-30 (2020).
- Fabián Cárdenas & Diego Uribe, *Derecho internacional ambiental* 209 (Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010).
- Fabián Cárdenas & Jean d’Aspremont, *Epistemic Communities in International Adjudication*, en Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (OUP, 2020).
- Fabián Cárdenas & Jean d’Aspremont, *International Investment Law in Latin America: Universalizing Resistance*, en *Latin America and International Investment Law: A Mosaic of Resistance*, 386-417 (Melland Schill Perspectives on International Law, MUP, 2022).
- Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997.
- Gestión, *Inversión extranjera directa en Perú cayó 72% en primer semestre, señaló la Unctad* (Gestion.pe). [https://gestion.pe/economia/inversion-extranjera-directa-en-peru-cayo-72-en-primer-semester-senalo-la-unctad-noticia/#:~:text=La%20inversi%C3%B3n%20extranjera%20directa%20en,y%20el%20Desarrollo%20\(Unctad\)](https://gestion.pe/economia/inversion-extranjera-directa-en-peru-cayo-72-en-primer-semester-senalo-la-unctad-noticia/#:~:text=La%20inversi%C3%B3n%20extranjera%20directa%20en,y%20el%20Desarrollo%20(Unctad))
- Harlan Cohen, *Metaphors of International Law*, en *International Law’s Invisible Frames*, en Andrea Bianchi & Moshe Hirsch, eds. (OUP, 2021).
- Herbert Lionel Adolphus Hart, *El concepto de derecho*, 3. ed. (2011).
- Informe del I Grupo de Trabajo del Panel Intergubernamental sobre el cambio climático (IPCC), *Cambio climático 2021: bases físicas* (9 de agosto de 2021). https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf
- ISD, *En números*, https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_en_numerosesapril2019_-final.pdf
- ISD, *Impactos*, tabla 5. <https://isds-americalatina.org/en-numericos/>
- IPCC. Informe del I Grupo de Trabajo, “*Cambio Climático 2021: Bases Físicas*”, 9 de agosto de 2021 (IPCC, 2022).
- Jean d’Aspremont, *Wording in International Law*, 25 *Leiden Journal of International Law* 575, 602 (2012).
- Jean d’Aspremont, *International Law as a Belief System* (CUP, 2017).
- Jean d’Aspremont, *After meaning: The sovereignty of forms in international law* (2021).
- Jean d’Aspremont, *Non-State Actors and the Formation of International Customary Law: Unlearning Some Common Tropes* (forthcoming), en Iain Scobbie & Sufyan Droubi, eds., *Non-State Actors and the Formation of Customary International Law*, Melland Schill Perspectives on International Law (MUP, 2018).
- Jean d’Aspremont & Sahib Singh, *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, en *Concepts for International Law* (Edward Elgar Publishing, 2019).
- José Manuel Álvarez Zárate & Maciej Zenkiewicz, *Una mirada global crítica desde Latinoamérica puede encontrarse*, en *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios* (Universidad Externado de Colombia, 2021).
- José Manuel Álvarez & Diana María Beltrán, *El derecho consuetudinario en el derecho internacional de inversiones*, en J. M. Álvarez & M. Zenkiewicz, eds., *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios* 55-76 (Universidad Externado de Colombia, 2021).
- John S. Dryzek, *Paradigms and discourses*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* 45-67 (2008).
- Joint Declaration of the Seventy-Seven Developing Countries made at the Conclusion of the United Nations Conference on Trade and Development* (Ginebra, 15 de junio de 1964).
- Joyeeta Gupta, *Climate Change: A GAP Analysis Based on Third World Approaches to International Law*, 53 *German YB Int’l L* 341 (2010).
- Jutta Brunnée & Charlotte Streck, *The UNFCCC as a negotiation forum: towards common but more differentiated responsibilities*, *Climate Policy* 593 (2013).

- Kahn Phillippe, *The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, 44 Indiana Law Journal 1 (1968).
- Karin Mickelson, *South, North, International Environmental Law, and International Environmental Lawyers*, 11 Yearbook of International Environmental Law 52-81 (2000).
- Kate Miles, *The origins of International Investment Law, Empire, Environment and the safeguarding of capital* (Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2013).
- Klaus Bosselmann, *Sustainable development and international environmental law*, en Alam Shawkat et al., eds., Routledge Handbook of International Law (Routledge, 2013).
- Larissa Houston, *Climate Change and Sustainable Development: Selected Elements of a Sustainable Development Model Law*, Australian Law Journal (2021).
- Lavanya Rajamani, *The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime*, 9 Rev Eur Comp & Int'l Envtl L 120 (2000).
- Lavanya Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law* (OUP, 2006).
- Lavanya Rajamani, *The principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities in the international climate change regime*, en Rosemary Lyster & Robert R. M. Verchick eds., Research Handbook On Climate Disaster Law (Edward Elgar, 2018).
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 29. United States v. Canada, 3 RIAA 1907 (1941).
- Liliana Obregón, *The Colluding Worlds of the Lawyer, the Scholar and the Policy Maker: A View of International Law and Foreign Policy from Latin America*, 23 Wisconsin Journal of International Law 145-172 (2005). <https://ssrn.com/abstract=2127194>
- Liliana Obregón, *Completing civilization: Creole consciousness and international law in nineteenth-century Latin America*, en Anne Orford, ed., International Law and its Others 247-264 (2006).
- Liliana Obregón, *Between civilisation and barbarism: Creole interventions in international law*, 27 Third World Quarterly 815-832 (2006).
- Liliana Obregón, *Latin America International Law*, en Routledge Handbook of International Law (Routledge, 2008).
- Liliana Obregón, *Construyendo la región americana: Andrés Bello y el derecho internacional*, en Yolanda Gamarra Chopo, La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XX: estudios a propósito de la conmemoración de los bicentenarios de las independencias de las repúblicas latinoamericanas 65-86 (2010). SSRN: 978-84-9911-078-3
- Liliana Obregón, *Regionalism Constructed: A Short History of "Latin American International Law" 2*, en Nico Krisch, Anne van Aaken & Mario Prost eds., European Society of International Law (ESIL), Conference Paper Series n.º 5, 1-14 (2012).
- Liliana Obregón, *¿Para qué un derecho internacional latinoamericano?*, en René Uruña, ed., Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global 27-59 (2015).
- Louis Kotzé & Duncan French, *The Anthropocentric Ontology of International Environmental Law and the Sustainable Development Goals: Towards an Ecocentric Rule of Law in the Anthropocene*, Global Journal of Comparative Law 7, 5-36, (2018).
- Louis Sohn, *The Stockholm Declaration on the Human Environment*, 14 Harvard International Law Journal 423-515 (1973).
- Luis Eslava, Liliana Obregón & René Uruña, *Imperialismo y derecho internacional* (Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2016).
- Luis Eslava, Liliana Obregón & René Uruña, *Estudio preliminar imperialismo(s) y derecho(s) internacional(es): ayer y hoy*, en Imperialismo y derecho internacional: historia y legado, 21 ed., 11-94 (Siglo del Hombre Eds., Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2016).
- Maciej Zenkiewicz & José Manuel Álvarez Zárate, *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios* (2021).

- Sumudu Atapattu, *The Significance of International Environmental Law Principles in Reinforcing or Dismantling the North-South Divide*, en Shawkat Alam, Sumudu Atapattu, Carmen G. González & Jona Razzaque, *International Environmental Law and the Global South* 88 (CUP, 2015).
- The ICSID Caseload Statistics, Issue 2021-1, Banco Mundial (2021). <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>
- Treaty between the United States of America and the Republic of Panama concerning the treatment and protection of investments (United States - Panama) (27 octubre 1982).
- Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment, (United States - Argentina) 14 Noviembre 1991.
- Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, (United States - Uruguay) 4 Noviembre 2005.
- Tuula Honkonen, *The development of CBDR and its place in International Environmental Law*, en Honkonen & Melissa Lewis, eds., *International Environmental Law-making and Diplomacy Insights and Overviews* (Tuula Routledge, 2017).
- U.S. Model Bilateral Investment Treaty (United States) (2012).
- Vaughan Lowe, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, en Alan Boyle & David Freestone, eds., *International Law and Sustainable Development* (OUP, 1999).
- Jorge E. Viñuales, ed., *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (OUP, 2015).
- Jorge E. Viñuales, *International Investment Law and Natural Resource Governance*, E15 Initiative (International Centre for Trade and Sustainable Development [ICTSD] and World Economic Forum, 2015). www.e15initiative.org/
- Jorge E. Viñuales, *The source of international investment law*, en S. Besson & J. d'Aspremont, eds., *The Oxford Handbook on the Sources of International Law* (OUP, 2018).
- Jorge E. Viñuales, *Sustainable Development*, OHBIEL (CUP, 2021).
- UNCTAD, *World Investment Report 2015 Reforming International Investment Governance*, E.15.II.D.5 (2015). <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015>
- Virginie Barral, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, *European Journal of International Law* 23/2 (2012).
- Virginie Barral & Pierre-Marie Dupuy, *Principle 4: Sustainable Development through Integration*, en Jorge Viñuales, ed., *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (OUP, 2015).
- Xavier Fernández Pons & Claudia Manrique Carpio, *La retirada de algunos países latinoamericanos del CIADI: ¿cuáles son sus consecuencias jurídicas?*, en José Manuel Álvarez Zarate, ed., *¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones?* (Universidad Externado de Colombia, 2015).

Notas

- 1 J. d'Aspremont, *International Law as a Belief System* (CUP, Cambridge, 2017).
- 2 J. d'Aspremont, *Wording in International Law*, 25 *Leiden Journal of International Law* 575, 602 (2012).
- 3 J. d'Aspremont & Sahib Singh, *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, en *Concepts for International Law* 1-24 (Edward Elgar Publishing, 2019).
- 4 J. d'Aspremont, *supra* nota 1, págs. 1-37.
- 5 F. Cárdenas & J. d'Aspremont, *International Investment Law in Latin America: Universalizing Resistance*, en *Latin America and International Investment Law: A Mosaic of Resistance* 386-417 (Melland Schill Perspectives on International Law [MUP], 2022).
- 6 J. d'Aspremont, *supra* nota 1, págs. 1-37.
- 7 *Id.*, *supra* nota 1, págs. 1-37.
- 8 L. Obregón, *Between civilisation and barbarism: Creole interventions in international law*, 27 *Third World Quarterly* 815-832 (2006).
- 9 O. Yasuaki, *A Transcivilizational perspective on International law*, n.º 342 *Recueil des Cours del Académie de Droit International*, La Haya (2009).

- 10 L. Obregón, *Completing civilization: Creole consciousness and international law in nineteenth-century Latin America*, en A. Orford ed., *International Law and its others* 247-264 (2006).
- 11 L. Eslava, L. Obregón & R. Urueña, *Imperialismo y derecho internacional* (Siglo del Hombre Eds., Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2016).
- 12 M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (CUP, Cambridge, 2001).
- 13 Antony Anghie, *Imperialism and international legal theory*, en A. Orford & F. Hoffmann, eds., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* 156-172 (Oxford, 2016).
- 14 M. Bedjaoui. *Towards a New International Economic Order* 50 (Holmes and Meier New York, 1979).
- 15 L. Obregón, *¿Para qué un derecho internacional latinoamericano?*, en R. Urueña, ed., *Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global* 27-59 (2015).
- 16 L. Obregón, *Construyendo la región americana: Andrés Bello y el derecho internacional*, en Y. Gamarra Chopo, *La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XX: estudios a propósito de la conmemoración de los bicentenarios de las independencias de las repúblicas latinoamericanas* 65-86 (2010).
- 17 L. Obregón, *Regionalism Constructed: A Short History of "Latin American International Law" 2*, en N. Krisch, A. van Aaken & M. Prost, eds., *European Society of International Law (ESIL), Conference Paper Series n.º 5*, 1-14 (2012).
- 18 L. Obregón, *supra* nota 10, págs. 247-264.
- 19 L. Eslava, L. Obregón & R. Urueña, *Estudio preliminar imperialismo(s) y derecho(s) internacional(es): ayer y hoy*, en *Imperialismo y derecho internacional: historia y legado*, 21 ed., 11-94 (Siglo del Hombre Eds., Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2016).
- 20 L. Obregón, *The Colluding Worlds of the Lawyer, the Scholar and the Policy Maker: A View of International Law and Foreign Policy from Latin America*, 23 *Wisconsin Journal of International Law* 145-172 (2005).
- 21 L. Obregón, *Latin America International Law*, en *Routledge Handbook of International Law* (Routledge, 2008).
- 22 L. Obregón, *supra* nota 15, págs. 27-59.
- 23 Arnulf Becker Lorca, *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*, 47 *Harvard International Law Journal* 283-305 (2006).
- 24 L. Obregón, *supra* nota 1, págs. 27-59.
- 25 A. Anghie, *Sovereignty and the post-colonial state*, en *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* 196-244 (2005).
- 26 *Id.*
- 27 F. Cárdenas & J. d'Aspremont, *supra* nota 5, págs. 386-417.
- 28 J. d'Aspremont, *supra* nota 1.
- 29 H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, 3ª. ed. (2011).
- 30 F. Cárdenas & J. d'Aspremont, *supra* nota 5, págs. 386-417. Maciej Zenkiewicz & José Manuel Álvarez Zárate, *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios* (2021).
- 31 M. Zenkiewicz & J. M. Álvarez Zárate, *supra* nota 30.
- 32 Las estadísticas que aquí se presentan están disponibles en *The ICSID Caseload Statistics, Issue 2021-1*, Banco Mundial (2021).
- 33 Un eufemismo propio del derecho internacional de las inversiones para describir las relaciones entre países desarrollados y países en vías de desarrollo o países industrializados y países del tercer mundo.
- 34 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *2020 Informe Anual Excelencia en la resolución de diferencias relativas a inversiones* 1-74 (2020).
- 35 Estas estadísticas, se han mantenido para el 2020 en proporciones similares. En el 2020, las estadísticas se mantienen con el 28% de los casos para Europa del Este y 17% de los mismos para Sur América, 10% para Centro América, tres casos contra Colombia, seis contra Perú y uno contra Venezuela.
- 36 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *supra* nota 34.
- 37 Solo en 2020, de los árbitros, el 57% son de Europa occidental y Norteamérica. Francia, Reino Unido y Estados Unidos siguen siendo los más presentes.
- 38 Algunos de los modelos más usados son los provistos por EE. UU., Canadá, Francia, Reino Unido, Países Bajos, Alemania, entre otros.
- 39 J. M. Álvarez & D. M. Beltrán, *El derecho consuetudinario en el derecho internacional de inversiones*, en J. M. Álvarez & M. Zenkiewicz, eds., *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios* 55-76 (Universidad Externado de Colombia, 2021).
- 40 Véase A. Becker Lorca, *supra* nota 23, pág. 47.
- 41 Base de Datos de Tratados Bilaterales de Inversión de la CIADI.
- 42 *Id.*

- 43 Enakshi Jha, *Twail and investment law: the perpetual struggle*, en 5 NLIU Law Review (2016); Ranjan Prabhaskar, *India and Bilateral Investment Treaties* (OUP, 2019).
- 44 Respecto del origen histórico del derecho internacional de las inversiones véase K. Miles, *The origins of International Investment Law, Empire, Environment and the safeguarding of capital* (Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2013).
- 45 X. Fernández Pons & C. Manrique Carpio, *La retirada de algunos países latinoamericanos del CIADI: ¿cuáles son sus consecuencias jurídicas?* en J. M. Álvarez Zárate, ed., *¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones?* (Universidad Externado de Colombia, 2015). J. E. Viñuales, *International Investment Law and Natural Resource Governance*, E15 Initiative (International Centre for Trade and Sustainable Development [ICTSD] and World Economic Forum, 2015).
- 46 R. Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* 21 (CUP, 2011); R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2.a ed., 5 (OUP, 2012).
- 47 A. Álvarez explicó la Doctrina Monroe así: “An American state cannot cede on any ground a portion of its territory to a European state; and the European states cannot occupy permanently any portion of American territory”, en A. Álvarez, *International Law and Related Subjects from the Point of View of the American Continent* (The Endowment, 1922), ch. IV. A. Álvarez, *Monroe Doctrine: It’s Importance in the International Life of the States of the New World*.
- 48 “The Calvo Doctrine, which he originally expressed in his 1863 treatise on international law [...] More precisely, the doctrine was born out of a sense of imbalance in the exercise of diplomatic protection, which Calvo perceived as an infringement by stronger States over the sovereign rights of weaker States. The Calvo Clause, which was later developed, was a corollary of the Calvo Doctrine, which came to be incorporated in concession agreements between States and aliens. The Calvo Clause was in essence a waiver of diplomatic protection running from the concessionary company to the conceding State. [...] The Calvo Doctrine rests upon one core proposition: aliens should not be entitled to any rights or privileges not accorded to nationals”. P. Juillard, *Calvo Doctrine/Calvo Clause 2007* (Oxford Public International Law, 2007).
- 49 D. Perkins, *Discursos y escritos by Luis M. Drago*, en 22 The Hispanic American Historical Review (Duke University Press, 1942). “Luis María Drago in 1902 instructed the Argentinian ambassador in Washington to seek United States (‘US’) support for a principle which later became known as the Drago Doctrine: ‘that the public debt cannot occasion armed intervention nor even the actual occupation of the territory of American nations by a European power’ His argument was twofold: that the creditors involved in the State debts were aware of the risks involved, which were taken account of by the conditions of the loans, and that the sovereignty of the debtor State prohibited execution of the entitlements manu militari either by forcible intervention or any territorial occupation (cf the Monroe Doctrine of 1823)”.
- 50 P. Muchlinski *et al.*, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP, 2008).
- 51 R. Dolzer & C. Schreuer, *supra* nota 46, pág. 12. J. E. Viñuales, *The source of international investment law*, en S. Besson & J. d’Aspremont, eds., *The Oxford Handbook on the Sources of International Law* (OUP, 2018).
- 52 K. Miles, *supra* nota 44.
- 53 M. Koskeniemi, *What is international law for?*, en M. Evans, ed., *International Law*, 5. ed., 32-57 (OUP, 2018).
- 54 Kahn Phillippe, *The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, 44 *Indiana Law Journal* 1 (1968); C. W. Gray & W. W. Jarosz, *Law and the Regulation of Foreign Direct Investment: The Experience from Central and Eastern Europe*, 33 *Columbia Journal of Transnational Law* 1 (1995).
- 55 Polanco Lazo R., Wang A., *Intra-Latin America Investor-State Dispute Settlement*, en J. Chaisse, L. Choukroune & S. Jusoh, eds., *Handbook of International Investment Law and Policy* (Springer, 2020), J. E. Viñuales *supra* nota 45. UNCTAD, *World Investment Report 2015 Reforming International Investment Governance*, E.15.II.D.5 (2015). Para una perspectiva crítica del derecho de inversiones, véase Antony Anghie, *supra* nota 25.
- 56 Treaty between the United States of America and the Republic of Panama concerning the treatment and protection of investments (United States - Panama) (27 de octubre de 1982).
- 57 Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Republic of Colombia (United Kingdom - Colombia) (17 de marzo de 2010).
- 58 Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia (Netherlands and the Republic of Bolivia - Bolivia) (10 de marzo de 1992); The agreement between the Government of the French Republic and the Government of the Republic of Ecuador on the reciprocal encouragement and protection of investments (France - Ecuador) (7 de septiembre de 1994); Agreement Between the Government of The Republic of France and The Government of the United Mexican States on The Reciprocal Promotion and Protection of Investments (France - Mexico) (12 de noviembre de 1998); Agreement between the Republic of Peru and the Federal Republic of Germany on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Peru - Germany) (30 de enero de 1995).

- 59 R. Gordon, *Unsustainable Development*, en *International Environmental Law and the Global South*, en Alam et al., eds., 50-73 (CUP, 2016).
- 60 U.S. Model Bilateral Investment Treaty (United States) (2012). Examples in Latin America include the Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (United States - Uruguay) (4 de noviembre de 2005), as well as the treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment (United States - Argentina) (14 de noviembre de 1991).
- 61 S. Gaines, *International Trade, Environmental Protection and Development as Sustainable Development Triangle*, 11 *Review of European, Comparative and International Environmental Law* 259-274 (2002). L. Houston, *Climate Change and Sustainable Development: Selected Elements of a Sustainable Development Model Law*, *Australian Law Journal* (2021).
- 62 J. d'Aspremont, *Non-State Actors and the Formation of International Customary Law: Unlearning Some Common Tropes* (forthcoming), Iain Scobbie & Sufyan Droubi, eds., *Non-State Actors and the Formation of Customary International Law*, Melland Schill Perspectives on International Law (MUP, 2018).
- 63 *Id.*, *supra* nota 1.
- 64 J. d'Aspremont, *After meaning: The sovereignty of forms in international law* (2021).
- 65 H. Cohen, *Metaphors of International Law*, en *International Law's Invisible Frames*, Andrea Bianchi & Moshe Hirsch, eds. (OUP, 2021).
- 66 M. del Mar, *Metaphor in International Law: Language, Imagination and Normative Inquiry*, 86 *Nordic Journal of International Law* 170-195 (2017).
- 67 A. Anghie, *Imperialism, sovereignty and the making of International Law* (CUP, 2004).
- 68 "While early international investment stories often had a post-colonial plot, the emergence of multinational corporations, post-Cold War economic liberalisation, the proliferation of international investment agreements and the establishment of a relatively privatised system of investment dispute settlement procedures have injected the system with new dynamics". R. Kläger, *supra* nota 46, pág. 1.
- 69 H. Cohen, *supra* nota 65.
- 70 X. Fernández Pons & C. Manrique Carpio, *supra* nota 45.
- 71 The ICSID Caseload - Statistics (2021).
- 72 J. M. Álvarez & M. Zenkiewicz, *Una mirada global crítica desde Latinoamérica puede encontrarse*, en *El Derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios* (introducción) (Universidad Externado de Colombia, 2021).
- 73 En este sentido, se encontraban para 2019 el orden del origen de los inversionistas que más han demandado a Latinoamérica. EE. UU. 91 casos, España 48, Países Bajos, canadienses 23, británicos 20, franceses 18. ISD, *Impactos*, tabla 5.
- 74 *Id.*
- 75 *Id.*
- 76 CIADI Informe Anual.
- 77 ISD, en números.
- 78 Los siguientes fueron los costos de algunas de las demandas más cuantiosas: Conoco Phillips vs. Venezuela (8400 millones de dólares); Repsol vs. Argentina (5000 millones de dólares); Occidental vs. Ecuador (2300 millones de dólares); Móvil y otros vs. Venezuela (1600 millones de dólares); Abaclat vs. Argentina (1350 millones de dólares); Crystallex vs. Venezuela (1400 millones de dólares).
- 79 Dirección General de Contabilidad Pública, Ministerio de Economía y Finanzas, República del Perú, *Cuenta General de la República, Sector público al 31 de diciembre de 2019*.
- 80 Portafolio, *Fuerte caída de la inversión extranjera directa en 2020*.
- 81 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, *Información balanza cambiaria comportamiento de la inversión extranjera acumulado a diciembre de 2020*.
- 82 Datos consultados en Gestión, *Inversión extranjera directa en Perú cayó 72% en primer semestre, señaló la Unctad* (Gestion.pe).
- 83 Véase datos en el portal web de América Economía.
- 84 CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe* 21.
- 85 F. Cárdenas & J. d'Aspremont, *Epistemic Communities in International Adjudication*, en Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (OUP, 2020).
- 86 J. E. Viñuales, *Sustainable Development*, *OHBIEL* 285 (CUP, 2021).
- 87 *Id.*, pág. 292.
- 88 *Id.*

- 89 M.-C. Cordonier & Ashfaq Khalfan, *Sustainable development law: Principles, practices, and prospects* (OUP, 2004); K. Bosselmann, *Sustainable development and international environmental law*, en Alam Shawkat *et al.*, eds., Routledge Handbook of International Law (Routledge, 2013).
- 90 L. Sohn, *The Stockholm declaration on the human environment*, 14 Harvard International Law Journal 423-515 (1973).
- 91 Véase, por ejemplo, *Joint declaration of the Seventy-Seven developing countries made at the conclusion of the United Nations Conference on Trade and Development* (Ginebra, 15 de junio de 1964).
- 92 Asamblea General de la ONU, *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, A/42/427 4 de agosto de 1987.
- 93 *Id.*
- 94 *Id.*
- 95 S. Barrett, *An Economic Theory of International Environmental Law*, en D. Bodansky *et al.*, eds., The Oxford Handbook of International Environmental Law 231 (OUP, 2008).
- 96 *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, 1992. Principio 3.
- 97 *Id.*, Principio 4.
- 98 F. Cárdenas, *Instituciones del derecho internacional ambiental*, en D. Uribe Vargas & F. Cárdenas, Derecho internacional ambiental 19-84 (2010).
- 99 *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, par. 140.
- 100 Opinión Separada del Juez Cançado Trindade al Fallo de Fondo en el Caso de las Papeleras del Río Uruguay, Argentina c. Uruguay, 2010.
- 101 *Id.*
- 102 R. Dworkin, *Taking rights seriously* (2017).
- 103 F. Cárdenas, *supra* nota 98.
- 104 F. Cárdenas, ¿*Un caso de “volver al futuro”?: las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario de la comisión de derecho internacional de la ONU*, 69 Vniversitas 1-30 (2020).
- 105 Véase, por ejemplo, *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua) y *Construction of a road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665.
- 106 J. S. Dryzek, *Paradigms and discourses*, The Oxford Handbook of International Environmental Law 45-67 (2008).
- 107 D. French, *Sustainable development* en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong & Panos Merkouris, eds., Research Handbook on International Environmental Law 54 (Edward Elgar, 2010).
- 108 V. Barral & P.-M. Dupuy, *Principle 4: Sustainable Development through Integration*, en J. Viñuales, ed., The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary (OUP, 2015). En este aspecto hay que precisar que se refiere al principio de integración sustantiva, el cual se piensa en relación con el Desarrollo Sostenible como una técnica que permite la consecución de ambos objetivos. Sin embargo, para que lo anterior sea efectivo dependerá de lo Estados, como explican Barral y Dupuy.
- 109 V. Lowe, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, en A. Boyle & D. Freestone, eds., International Law and Sustainable Development (OUP, 1999); véase también Virginie Barral, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, European Journal of International Law 23/2 (2012).
- 110 D. French, *supra* nota 107, pág. 55.
- 111 P. Sands & J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 4. ed. (CUP, 2018).
- 112 J. S. Dryzek, *supra* nota 106, pág. 47.
- 113 F. Cárdenas, *La obligación de protección ambiental en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*, en Rafael Prieto & Alberto Moreira, eds., *La responsabilidad del Estado y el medio ambiente: un debate urgente* 151 (Pontificia Universidad Javeriana, 2016).
- 114 *Id.*
- 115 P. Sands & J. Peel, *supra* nota 111, págs. 206-211. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, par. 29. United States v. Canada, 3 RIAA 1907 (1941).
- 116 E.g. Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), US – European Communities, *Report of the Appellate Body*, 16 Enero 1998, WT/DS48/AB/R, para. 123. “Whether it has been widely accepted by Members as a principle of general or customary international law appears less than clear. We consider, however, that it is unnecessary, and probably imprudent, for the Appellate Body in this appeal to take a position on this important, but abstract, question. We note that the Panel itself did not make any definitive finding with regard to the status of the precautionary principle in international law and that the precautionary principle, at least outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation”. Una excepción a esta perspectiva la tiene la Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, par. 180, 242.

- 117 P. Sands & J. Peel, *supra* nota 111, págs. 240-244. F. Cárdenas, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other side of the Coin*, 13 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 355-403 (2013).
- 118 P.-M. Dupuy & J. Viñuales, *International Environmental Law*, 2. ed., 94 (CUP, 2018).
- 119 L. Kotzé & D. French, *The anthropocentric ontology of International Environmental Law and the sustainable development goals: Towards an ecocentric rule of Law in the Anthropocene*, Global Journal of Comparative Law 7, 5-36, (2018).
- 120 K. Bosselmann *supra* nota 89, pág. 1035.
- 121 Informe del I Grupo de Trabajo del Panel Intergubernamental sobre el cambio climático (IPCC), *Cambio climático 2021: bases físicas* (9 de agosto de 2021).
- 122 S. Atapattu, *The Significance of International Environmental Law Principles in Reinforcing or Dismantling the North-South Divide*, en S. Alam, Sumudu Atapattu, C. G. González & J. Razzaque, *International Environmental Law and the Global South* 88 (CUP, 2015).
- 123 A. Ross, *Modern Interpretations of Sustainable Development*, 36 JL & Soc'y 32 (2009).
- 124 New Delhi Declaration of Principles of International Law relating to Sustainable Development (International Law Association, 2002).
- 125 A. Gillespie, *International Environmental Law, Policy and Ethics* (OUP, 1997).
- 126 J. Gupta, *Climate Change: A GAP Analysis Based on Third World Approaches to International Law*, 53 German YB Int'l L 341 (2010).
- 127 J. Gupta, *supra* nota 126, pág. 347.
- 128 Sumudu Atapattu, *supra* nota 122, pág. 87.
- 129 Arturo Escobar, *Constructing Nature: Elements for a Poststructuralist Political Ecology*, en *Liberation Ecologies: Environment, Development, Social Movements*, 52, (R. Peet y M. Watts, eds., Nueva York, Routledge, 1996).
- 130 Balakrishnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, trad. C. Morales de Setién Ravina, 147 (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos [ILSA], 2005).
- 131 B. S. Chimni, *The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach*, 8 Melb J Int'l L 499 (2007).
- 132 E. Hey, *Common but Differentiated Responsibilities*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP, 2011). Considerándose al primero como “la necesidad de equilibrar las consideraciones socioeconómicas [y] la protección del medio ambiente”; y al segundo como “equidad entre los miembros de una generación [siendo] especialmente relevante en el contexto Sur-Norte” 3.
- 133 T. Honkonen, *The development of CDDR and its place in International Environmental Law*, en T. Honkonen & M. Lewis, eds., *International Environmental Law-making and Diplomacy Insights and Overviews* (Routledge, 2017).
- 134 E. Hey, *supra* nota 132, págs. 2-8.
- 135 OIT, *Constitución de la OIT* (1919). Así dispone parte del artículo 19: “Al elaborar cualquier convenio o recomendación de aplicación general, la Conferencia deberá tener en cuenta aquellos países donde el clima, el desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan esencialmente diferentes las condiciones de trabajo, y deberá proponer las modificaciones que considere necesarias de acuerdo con las condiciones peculiares de dichos países”.
- 136 E. Hey, *supra* nota 132, pág. 1.
- 137 Como menciona Honkonen, el principio de RCPD se expresa en dos elementos respecto a los Acuerdos Multilaterales de sobre Medio Ambiente: En primer lugar, la necesidad de participación de la comunidad internacional y, en segundo lugar, la adopción de compromisos para atender a las circunstancias de los Estados.
- 138 E. Hey, *supra* nota 132, pág. 1; Véase Report of the United Nations Conference on Environment and Development (UN, 1993) vol. I, anexo I. Rio Declaration on Environment and Development, principios 6 y 7. El artículo 6 dispone: “Se deberá dar especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental. En las medidas internacionales que se adopten con respecto al medio ambiente y al desarrollo también se deberían tener en cuenta los intereses y las necesidades de todos los países”. Por su parte el artículo 7: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.
- 139 L. Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law* (OUP, 2006).
- 140 IPCC. Informe del I Grupo de Trabajo, *Cambio Climático 2021: Bases Físicas*, 9 de agosto de 2021, IPCC, 2022: Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Lösche, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)]. CUP, Cambridge,

- UK and New York, NY, USA, 3056 pp., doi:10.1017/9781009325844, <https://www.ipcc.ch/report/sixthassessment-report-working-group-ii/>; *Global Environment Outlook—GEO 6: Environment for the Future We Want* (UNEP, 2019).
- 141 L. Rajamani, *The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime*, 9 Rev Eur Comp & Int'l Envtl L 120 (2000).
- 142 UNFCCC, COP26, Glasgow Climate Pact (2021), Decision - /CP.26.
- 143 F. Cárdenas & D. Uribe, *Derecho internacional ambiental* 209 (Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010).
- 144 T. Honkonen, *supra* nota 133, pág. 165.
- 145 J. Brunnée & C. Streck, *The UNFCCC as a negotiation forum: towards common but more differentiated responsibilities*, *Climate Policy* 593 (2013).
- 146 P. Sands, *The “Greening” of International Law: Emerging Principles and Rules*, 1 IndJGlobalLegalStud 296-297 (1994).
- 147 D. Barstow Magraw, *Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual and Absolute Norms*, 1 ColoJIntlEnvtlL&Pol 69 (1990).
- 148 P. Birnie, A. Boyle & C. Redgwell, *supra* nota 62, pág. 135.
- 149 D. French, *Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibilities*, 49 Int'l & Comp LQ 35 (2000).
- 150 L. Rajamani, *The principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities in the international climate change regime*, en R. Lyster & R. R. M. Verchick, eds., *Research Handbook on Climate Disaster Law* (Edward Elgar, 2018).
- 151 P. Cullet, *Differentiation*, en L. Rajamani & J. Peel eds., 2. ed., *The Oxford Handbook of International Environmental Law* 334 (OUP, 2021).
- 152 *Id.*, pág. 323.
- 153 L. Rajamani, *supra* nota 109, págs. 162-174.
- 154 C. D. Stone, *Common but differentiated responsibilities in international law*, 98 American Journal of International Law 276-301 (2004).
- 155 Como señala el autor en este punto de la cooperación exclusiva de los países pobres: “desde el punto de vista de los países pobres, no hay ninguna garantía de que la mayor parte de las ganancias que la cooperación permitiría en el ámbito medioambiental se devuelva a los pobres como una mayor parte de la ayuda, en lugar de ser consumida por los ricos. Esto es un impedimento para dividir las negociaciones en foros ‘puramente medioambientales’ y ‘puramente de ayuda’” (traducción propia).
- 156 *Id.*, pág. 290.
- 157 *Id.*, pág. 291.
- 158 *Id.*, pág. 293.
- 159 P. Cullet, *supra* nota 151, pág. 326.
- 160 T. Honkonen, *supra* nota 133, pág. 167.
- 161 P. Cullet, *supra* nota 151, pág. 332.
- 162 L. Rajamani, *supra* nota 141, pág. 149. Como explica Honkonen: este principio “atribuye a la parte que ha causado el problema la responsabilidad de tomar medidas correctivas o de asumir los costes de los esfuerzos de prevención y reducción”.
- 163 J. Viñuales, *supra* nota 86, págs. 118-119.
- 164 J. Viñuales, *supra* nota 86, págs. 119-121.
- 165 D. Shapovalova, *In Defence of the Principle of Common but Differentiated Responsibilities and Respective Capabilities*, en B. Mayer & A. Zahar, eds., *Debating Climate Law* (CUP, 2021).
- 166 K. Mickelson, *South, North, International Environmental Law, and International Environmental Lawyers*, 11 Yearbook of International Environmental Law 52-81 (2000).
- * Artículo resultado de investigación relativo a perspectivas del tercer mundo del derecho internacional vinculado al Proyecto de Investigación “Una mirada al derecho desde la sostenibilidad”, adscrito al grupo de investigación de Derecho Económico y al Centro de Estudios en Derecho y Sostenibilidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Para citar este artículo/To cite this article: Fabián Cárdenas, Daniel Pardo & Diego Barrera, *¿De dónde viene ese derecho internacional? La implantación de creencias de inversión extranjera y protección ambiental en Latinoamérica*, 72 Vniversitas (2023). <https://doi.org//10.11144/Javeriana.vj72.dvdi>