



Asamblea General

Distr. general
14 de julio de 2015
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

30º período de sesiones

Tema 3 de la agenda

Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo

Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas*

Resumen

El presente informe aborda los efectos adversos para los derechos humanos de los acuerdos internacionales de inversión, los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos multilaterales de libre comercio en el orden internacional, tanto en los aspectos de procedimiento, en relación con su elaboración, negociación, aprobación y aplicación, como en cuanto al fondo, examinando su constitucionalidad y sus efectos en la gobernanza democrática, incluido el ejercicio de las funciones reguladoras del Estado para promover el goce de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Se reclama un examen *ex ante* y una evaluación *ex post* de los efectos para los derechos humanos, la salud y el medio ambiente y se propone un plan de acción para lograr un cambio sistémico.

Puesto que todos los Estados están obligados por la Carta de las Naciones Unidas, todos los tratados deben ser conformes con ella, en particular con sus Artículos 1, 2, 55 y 56. Al tiempo que se reconoce que la globalización puede contribuir a los derechos humanos y el desarrollo, la experiencia sugiere que a menudo los derechos humanos se han subordinado a los dogmas del fundamentalismo del mercado, al estar orientada la actividad a la obtención de beneficios más que al desarrollo sostenible. El Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas estipula que “[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Por consiguiente, es imprescindible comprobar que los acuerdos internacionales de inversión y los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y no socaven en caso alguno la función esencial del Estado de asegurar el bienestar de

* El anexo del presente informe se distribuye tal como se recibió, únicamente en el idioma en que se presentó.



todas las personas que se hallan bajo su jurisdicción ni den lugar a un retroceso de los derechos humanos. Los acuerdos o las sentencias arbitrales que entren en conflicto con esos principios son incompatibles con el orden público internacional y pueden considerarse contrarios a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y nulos en tanto que contrarios a las buenas costumbres (*contra bonos mores*).

Está surgiendo un derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos que refleja un consenso al efecto de que las disposiciones relativas a los derechos humanos de los acuerdos internacionales, incluidos los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), constituyen un régimen jurídico internacionalmente vinculante con consecuencias *erga omnes*. El Experto Independiente invita a los comités de expertos de las Naciones Unidas, así como a los tribunales regionales de derechos humanos, a reafirmar la precedencia de los derechos humanos sobre otros tratados. También invita a la Asamblea General y a los organismos especializados de las Naciones Unidas como la OIT y la OMS a remitir cuestiones jurídicas específicas a la Corte Internacional de Justicia para que dicte una opinión consultiva. También invita al Consejo de Derechos Humanos, por conducto del examen periódico universal, y a todos los procedimientos especiales en el marco de sus mandatos a examinar la conformidad de esos tratados con las normas de derechos humanos.

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	4
II. La protección de las inversiones frente a la protección de los derechos humanos	6
III. La solución de controversias entre inversores y Estados: un desafío a la democracia y el estado de derecho	10
IV. Marco normativo	14
V. Reforma sistémica	16
VI. Perspectiva	19
VII. Plan de acción	22
VIII. Consideraciones finales	27
Anexo	28

I. Introducción

1. En cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 18/6, 21/9, 25/15 y 27/9, el Experto Independiente ha procurado poner de relieve numerosos obstáculos que se oponen a la consecución de un orden internacional democrático y equitativo, incluida la falta de transparencia y de rendición de cuentas (A/HRC/21/45 y A/67/277), la falta de una auténtica participación democrática en las decisiones nacionales y mundiales (A/HRC/24/38), la asimetría en las prácticas económicas, financieras y comerciales (A/68/284), el gasto militar (A/HRC/27/51) y la negación del derecho a la libre determinación (A/69/272).

2. En el presente informe, el Experto Independiente aborda los efectos adversos de los acuerdos de libre comercio e inversión, ya sean bilaterales o multilaterales, en el orden internacional. El informe a la Asamblea General se centrará en los efectos de los procedimientos arbitrales de solución de controversias entre inversores y Estados. El Experto Independiente ha recurrido al asesoramiento de economistas y ha prestado atención a los informes de otros titulares de mandatos de procedimientos especiales, entre ellos el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación (A/HRC/19/59/Add.5 y A/HRC/10/5/Add.2); el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental¹; la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento²; la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos³; el Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales⁴; el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados; el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación (A/HRC/29/25); el ex Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas⁵; y el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/HRC/29/28, párrs. 30 y 31). Apoya firmemente los artículos 1 a 10 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2011 (A/HRC/17/31, anexo) y el marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"⁶. Se basa en las observaciones generales y las observaciones finales pertinentes de los órganos de tratados como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos del Niño. Acoge con beneplácito la actuación de la UNCTAD, plasmada en sus diagnósticos perceptivos, sus conferencias recientes y sus iniciativas de reforma pertinentes⁷.

¹ A/69/299, A/HRC/11/12 y A/HRC/20/15/Add.2. Véase también E/CN.4/2005/51/Add.3 y www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2015/DainiusPuras.pdf.

² "Pueden ocurrir violaciones extraterritoriales cuando ... d) los Estados no respetan los derechos humanos o limitan la capacidad de otros para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos en el proceso de elaborar, aplicar o interpretar los acuerdos internacionales de comercio e inversiones" (A/HRC/27/55, párr. 71).

³ "Los Estados deben tener en cuenta sus obligaciones internacionales de derechos humanos al concebir y aplicar todas las políticas, incluidas las políticas tributarias, fiscales, monetarias, ambientales, de comercio internacional y de inversión" (A/HRC/21/39, párr. 61).

⁴ Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, "The conventionality control of investment arbitrations: enhancing coherence through dialogue", *Transnational Dispute Management*, vol. 10, núm. 1 (2013), págs. 1 a 12.

⁵ John Ruggie. Véase www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx.

⁶ business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights/un-protect-respect-and-remedy-framework-and-guiding-principles.

⁷ UNCTAD, World Investment Report, 2015; Informe sobre el Comercio y el Desarrollo, 2014.

3. Los defensores de los acuerdos de libre comercio y de inversión tal vez pongan en entredicho el análisis que figura en el presente informe debido a la falta de experiencia directa. No obstante, los críticos no pueden deslegitimar las recomendaciones sobre derechos humanos que en él figuran, que corresponden a resoluciones del Consejo de Derechos Humanos en el marco del mandato. Un orden internacional de Estados soberanos e iguales al amparo de la Carta de las Naciones Unidas, comprometidos con el estado de derecho, la transparencia y la rendición de cuentas, no puede verse menoscabado por intentos privados de sustituirlo por un orden internacional gobernado por empresas transnacionales carentes de legitimidad democrática.

4. Este informe preliminar sobre una cuestión compleja y multidimensional no pone en duda el axioma según el cual, en principio, el libre comercio es un factor positivo que ha promovido el desarrollo durante siglos. Una perturbación del comercio puede llegar incluso a dar paso a una contracción económica, como sucedió con el declive del Imperio Romano que precedió la “edad de las tinieblas”. Aunque los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio pueden fomentar los intercambios internacionales, el optimismo no debe llevarnos a equiparar el comercio con el bienestar ni a pretender que “[c]asi podríamos decir que el comercio es un ejemplo práctico del ejercicio de esos derechos”⁸. Teniendo en cuenta que los aranceles ya son bajos, ¿es necesario reducirlos aun más a expensas de la regulación de la política social por los países? La atención se ha dirigido ahora a las barreras no arancelarias, que muchos países, tanto desarrollados como en desarrollo, mantienen para proteger sus mercados internos. Algunos observadores sostienen que los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio son artefactos geopolíticos que tienen poco que ver con la liberalización del comercio, mientras que otros, como el Profesor Yash Tandon, denuncian que la historia del comercio es una forma de imponer una dominación económica⁹. En cualquier caso, es posible una transacción razonable que permita la inversión extranjera directa al mismo tiempo que se garantice la protección de los derechos humanos¹⁰, como se reconoce en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Esas obligaciones proceden del derecho consuetudinario y del derecho de los tratados, en particular del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por definición, la legitimidad de todo Estado depende de su capacidad de promover el bienestar de la población que se halla bajo su jurisdicción. Cualquier Estado que respete los principios del estado de derecho debe cumplir esta

⁸ Pascal Lamy (ex Director General de la Organización Mundial del Comercio (OMC)), “Hacia una responsabilidad compartida y una mayor coherencia: Derechos humanos, comercio y política macroeconómica”, discurso pronunciado en el Coloquio sobre los derechos humanos en la economía mundial, Ginebra, 13 de enero de 2010. Puede consultarse en https://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl146_s.htm.

⁹ Yash Tandon, *Trade is War: the West's War against the World* (OR Books, 2015). Véase también la historia de las Guerras del Opio para forzar la apertura de China al comercio europeo en Jack Beeching, *The Chinese Opium Wars* (Orlando, Florida, Harcourt Brace Jovanovich, 1975); y Susanna Hoe y Derek Roebuck, *The Taking of Hong Kong: Charles and Clara Elliot in China Waters* (Richmond, Surrey, Curzon Press, 1999).

¹⁰ Véase Stephan W. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press, 2010); Joseph François y otros, “Reducing transatlantic barriers to trade and investment: an economic assessment”, IIDE Discussion Paper No. 20130401 (Institute for International and Development Economics, 2013); V. S. Seshadri, “Trans-Atlantic trade and investment partnership”, RIS Discussion Paper No. 185 (Nueva Delhi, Research and Information Systems for Developing Countries, 2013); Jeffrey J. Schott y Cathleen Cimino, “Crafting a transatlantic trade and investment partnership: what can be done”, Policy Brief No. PB13-8 (Washington, D.C., Instituto Peterson para la Economía Internacional, 2013); y U.S. Business Coalition for TPP, “VOICES: Asia-Pacific Policy Experts Support TPP”, 28 de abril de 2015; puede consultarse en tppcoalition.org/voices-asia-pacific-policy-experts-support-tpp-and-tpa.

responsabilidad y no puede renunciar a sus obligaciones de derechos humanos delegando o privatizando actividades que son fundamentalmente funciones del Estado. Antes y después de concertar acuerdos internacionales de inversión, los Estados deben llevar a cabo evaluaciones del impacto en los derechos humanos, la salud y el medio ambiente¹¹.

5. Muchos observadores han expresado preocupación por ciertas sentencias arbitrales de solución de controversias entre inversores y Estados que en la práctica han invalidado el desempeño por el Estado de su función de regular las políticas nacionales en materia laboral, de salud y de medio ambiente y que han tenido efectos adversos para los derechos humanos, también para terceros, incluido un “efecto de enfriamiento” por lo que respecta al ejercicio de la gobernanza democrática. Los tribunales arbitrales solo son instituciones creíbles cuando su actuación demuestre ser independiente, transparente y sujeta a rendición de cuentas, como se requiere en virtud del artículo 14, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con las actuaciones judiciales. Los tribunales para la solución de controversias entre inversores y Estados no actúan en un contexto jurídico separado, sino que están sujetos a las obligaciones *erga omnes* impuestas por el régimen internacional de derechos humanos¹², que afectan todas las esferas de la actividad humana, incluso por parte de agentes no estatales. Algunos observadores consideran que ciertas sentencias arbitrales son frívolas y manifiestamente carentes de fundamento, y sin embargo no existe la posibilidad de apelación.

6. Se plantea un problema fundamental con respecto a la tensión entre los tratados de derechos humanos jurídicamente vinculantes y el funcionamiento de los acuerdos internacionales de inversión. Como ha observado Bohoslavsky: “La coherencia es necesaria para evitar la fragmentación de un orden jurídico internacional que aspira a la legalidad y, por consiguiente, a la consistencia”¹³.

II. La protección de las inversiones frente a la protección de los derechos humanos

7. “Las empresas de todos los países probablemente estén de acuerdo en que librarse de toda regulación sería bueno para los beneficios empresariales. Es posible convencer a los negociadores de acuerdos comerciales de que dichos acuerdos serían buenos para el comercio y para los beneficios empresariales. No obstante, habría unos grandes perdedores, que seríamos todos los demás.”¹⁴

8. Los acuerdos internacionales de inversión no son fenómenos recientes en el panorama internacional. Actualmente hay más de 3.200 tratados bilaterales de inversión. Tras años de experiencia en la solución de controversias entre inversores y Estados, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y otros mecanismos de arbitraje, se ha puesto de manifiesto que la función

¹¹ Véase A/HRC/19/59/Add.5; http://www.srfood.org/images/stories/pdf/otherdocuments/report_hria-seminar_2010_esp.pdf y www.humanrights.dk/business/impact-assessment.

¹² Bruno Simma y Theodore Kill, “Harmonizing investment protection and human rights: first steps towards a methodology”, en Christina Binder y otros (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press, 2009).

¹³ Bohoslavsky (véase la nota 4 *supra*), pág. 10. Véase también el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y la ampliación del derecho internacional” *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II (Part Two), párr. 251.

¹⁴ Joseph Stiglitz, “On the wrong side of globalization”, *New York Times*, 15 de marzo de 2014. Véase también la declaración del Papa Francisco <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-276806-2015-07-10.html>.

reguladora de muchos Estados y su capacidad de legislar en interés del público se han puesto en entredicho. El problema se ha agravado por el efecto negativo de ciertas sentencias que han penalizado a los Estados por adoptar normas sobre la protección del medio ambiente, la seguridad alimentaria, el acceso a medicamentos genéricos y la reducción del tabaquismo de conformidad con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. La legalidad de esas sentencias es cuestionable, por ser contrarias al orden público nacional e internacional, y en algunos casos pueden definirse como *contra bonos mores*.

9. Ciertos observadores han señalado una regresión en la protección de derechos como el derecho a la vida¹⁵, a la alimentación (A/HRC/25/57), al agua y el saneamiento¹⁶, a la salud, a la vivienda, a la educación, a la cultura, al mejoramiento de las normas laborales, a un poder judicial independiente, a un medio ambiente inocuo y a no ser sometido a reasentamiento forzoso. Por otra parte, existe una legítima preocupación por la posibilidad de que los acuerdos internacionales de inversión agraven el problema de la pobreza extrema¹⁷, la renegociación de la deuda externa, la regulación financiera y los derechos de los pueblos indígenas, las minorías, las personas con discapacidad y las personas de edad y otros grupos vulnerables.

10. El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas ha destacado en sus informes que los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos estipulan, en los principios 8 y 9, que “los Estados deben asegurar que los departamentos y organismos gubernamentales y otras instituciones estatales que configuran las prácticas empresariales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado” y que “los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión”. Por tanto, todos los acuerdos internacionales de inversión que se negocien deben incluir una clara disposición que estipule que en caso de conflicto entre las obligaciones de derechos humanos del Estado y las obligaciones impuestas por otros tratados, prevalecerán los instrumentos de derechos humanos.

11. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), de 1994, es un ejemplo de un acuerdo que ha dado lugar a la reubicación de industrias manufactureras, con la consecuencia de una pérdida de empleo en los Estados Unidos (estimada en 850.000 puestos de trabajo) y la proliferación de los centros de montaje denominados maquiladoras en México¹⁸, donde el costo de la mano de obra es inferior

¹⁵ El derecho a la vida se ve afectado cuando una persona fallece por falta de acceso a medicamentos porque los monopolios farmacéuticos han “privatizado los conocimientos” y, mediante la “perpetuación” de las patentes, demoran o hacen imposible la introducción de medicamentos genéricos considerablemente más baratos. El derecho a la vida también se vulnera cuando los medios de vida de los agricultores y otros trabajadores manuales son destruidos por el “libre comercio” y no hay medidas públicas de protección. Por ejemplo, los tratados bilaterales de inversión y los tratados de libre comercio han perjudicado a millones de agricultores de la India y han sido causa de un aumento notable de los suicidios; véase Devinder Sharma, “El ‘libre’ comercio letal para los agricultores de la India”, noviembre de 2007; puede consultarse en www.bilaterals.org/?el-libre-comercio-letal-para-los.

¹⁶ www.cepal.org/es/publicaciones/3839-proteccion-del-derecho-humano-al-agua-y-arbitrajes-de-inversion; http://cap-net-esp.org/document/document/181/agua_y_saneamiento_tratados_de_proteccion_a_las_inversiones.pdf.

¹⁷ www.globalresearch.ca/the-free-trade-agreements-the-asia-europe-peoples-forum-call-to-action/5416888?print=1.

¹⁸ Véase www.hrw.org/news/1996/08/17/mexicos-maquiladoras-abuses-against-women-workers; sdmaquila.blogspot.ch/2010/02/maquiladoras-101-english.html; y www.researchgate.net/publication/266820089_Human_rights_violations_in_the_Maquiladora_Industry.

y la protección social está por debajo de las normas de la OIT. El TLCAN “brindó a los inversores un conjunto específico de garantías diseñadas para estimular la inversión extranjera directa y el traslado de fábricas dentro del hemisferio... Además, en el cuerpo del acuerdo no se incluyeron protecciones tendentes a respetar ciertas normas laborales o ambientales. De este modo, el TLCAN inclinó el terreno de juego económico en favor de los inversores y en contra de los trabajadores y del medio ambiente”¹⁹. Actualmente se están negociando varios acuerdos internacionales de inversión, principalmente en secreto, entre ellos los de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el Acuerdo de Asociación Transpacífico y la Asociación Económica Regional General²⁰.

12. Numerosos académicos y galardonados con el Premio Nobel de economía ya han puesto de relieve los peligros para la gobernanza democrática y los derechos humanos. Stiglitz afirma que: “Estos acuerdos van mucho más allá del comercio, ya que también rigen sobre la inversión y la propiedad intelectual, imponiendo cambios fundamentales a los marcos legales, judiciales y regulatorios de los países, sin que se reciban aportes o se asuman responsabilidades a través de las instituciones democráticas. Tal vez la parte más odiosa —y más deshonest— de esos acuerdos es la concerniente a las disposiciones de protección a los inversores. Por supuesto, los inversores tienen que ser protegidos contra los gobiernos defraudadores que incautan sus bienes. Sin embargo, dichas disposiciones no se relacionan a ese punto. Se realizaron muy pocas expropiaciones en las últimas décadas, y los inversores que quieren protegerse pueden comprar un seguro del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, una filial del Banco Mundial; además, el gobierno estadounidense y otros gobiernos proporcionan seguros similares... La verdadera intención de estas disposiciones es impedir la salud, el cuidado del medio ambiente, la seguridad y, ciertamente, incluso tienen la intención de impedir que actúen las regulaciones financieras”²¹. Por lo que respecta a los países en desarrollo, el informe de 2014 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) señala asimismo que: “Los flujos de capitales extranjeros hacia las economías en desarrollo y en transición pueden apoyar las inversiones, la diversificación económica y el crecimiento o generar inestabilidad macroeconómica, desequilibrios externos y alternancia de episodios de auge y caída del crédito. ... Por motivos macroprudenciales y de desarrollo, los gobiernos necesitan suficiente espacio de políticas para poder gestionar los flujos de capitales extranjeros, influir en su volumen y su composición y encauzarlos hacia usos productivos”²². Esto indica correctamente que la inversión extranjera directa y otras corrientes de capital pueden generar problemas en ámbitos distintos de los derechos humanos.

¹⁹ Robert E. Scott, “The high price of ‘free’ trade: NAFTA’s failure has cost the United States jobs across the nation”, Briefing paper No. 147, Economic Policy Institute, 17 de noviembre de 2003; puede consultarse en www.epi.org/publication/briefingpapers_bp147.

²⁰ Véase www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/2-Trade-Relationships-and-Agreements/RCEP/; donttradeourlivesaway.wordpress.com/2015/06/11/press-statement-civil-society-raises-major-concerns-on-indias-engagement-with-the-massive-rcep-trade-deal/; y trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf. La Asociación Europea de Libre Comercio también está negociando acuerdos de libre comercio: véase www.asean.org/images/2012/documents/Guiding%20Principles%20and%20Objectives%20for%20Negotiating%20the%20Regional%20Comprehensive%20Economic%20Partnership.pdf.

²¹ www.project-syndicate.org/commentary/us-secret-corporate-takeover-by-joseph-e--stiglitz-2015-05/spanish.

²² *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo*, 2014, pág. 145. Puede consultarse en http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/tdr2014_es.pdf. Véase también *UNCTAD World Investment Report 2015: Reforming the International Investment Regime*.

13. Ciertos observadores han puesto de relieve un grave déficit democrático en los acuerdos internacionales de inversión y los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados, y se preguntan por qué los Estados siguen participando en negociaciones sobre la base de estudios partidistas y previsiones excesivamente optimistas acerca del crecimiento del producto interno bruto (PIB) y del empleo. Además de que los Estados no divulgan activamente información sobre los acuerdos, algunos interesados fundamentales quedan excluidos de la mesa de negociación, mientras que participan en ella principalmente abogados de las empresas y defensores de los intereses de estas²³. Se da incluso un intento de eludir los parlamentos aprobando esos acuerdos mediante “procedimientos de urgencia”, lo cual supone una grave ausencia del debido proceso y, por tanto, de legitimidad democrática.

14. Son muchos los buenos diagnósticos del desafío que se plantea. El problema reside en parte en un compromiso anacrónico y acrítico con la filosofía del fundamentalismo del mercado. En un texto clarividente, Joseph afirma que: “El libre comercio no es un fin en sí mismo. ... El fervor con el cual los defensores del libre comercio siguen promoviendo su causa es asombroso”²⁴. Stiglitz señala que no hay pruebas empíricas de que la liberalización del comercio haya hecho aumentar significativamente el PIB y el empleo, pese a las afirmaciones dogmáticas que se hacen en este sentido y las previsiones sorprendentemente optimistas sobre los acuerdos que se están estudiando²⁵. Como observa Joseph, dado que el derecho mercantil extiende sus efectos a otros ámbitos del derecho, no es lícito que el deseo de certeza lleve a segregar las normas comerciales de consideraciones presuntamente no comerciales como los derechos humanos y las normas laborales²⁶. Por lo que respecta a las negociaciones en curso sobre el ATCI, Capaldo pone en duda las hipótesis y proyecciones actuales: “Se ha demostrado que las proyecciones de diferentes instituciones se basan en el mismo modelo de equilibrio general computable que ha demostrado ser inadecuado como instrumento para el análisis de la política comercial. ... [N]osotros evaluamos los efectos del ATCI aplicando el modelo de políticas mundiales de las Naciones Unidas, que incluye hipótesis más sensatas sobre el ajuste macroeconómico, la dinámica del empleo y el comercio mundial. Proyectamos que el ATCI llevará a una contracción del PIB, el ingreso personal y el empleo. También proyectamos un aumento de la inestabilidad financiera y la continuación de una tendencia a la baja del factor del trabajo en el PIB”²⁷.

²³ Véase www.washingtonpost.com/wp-srv/special/business/trade-advisory-committees/index.html.; big.assets.huffingtonpost.com/WarrenBrownTPPLetter.pdf; corporateeurope.org/pressreleases/2014/07/agribusiness-biggest-lobbyist-eu-us-trade-deal-new-research-reveals; www.publicintegrity.org/2005/07/07/5786/drug-lobby-second-none; www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf; y www.opensecrets.org/lobby/methodology.php.

²⁴ Sarah Joseph, *Blame it on the WTO? A Human Rights Critique* (Oxford University Press, 2011), pág. 288.

²⁵ Joseph Stiglitz y Andrew Charlton, *Fair Trade for All: How Trade can Promote Development* (Oxford University Press, 2005), pág. 34.

²⁶ Joseph (véase la nota 23 *supra*), citando a Frank Garcia, “The global market and human rights: trading away the human rights principle”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 7 (1999), pág. 51, en la pág. 65. Véase también Jeronim Capaldo, “The Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership: European disintegration, unemployment and instability”, GDAE Working Paper No. 14-03, Global Development and Environment Institute at Tufts University; puede consultarse en http://ase.tufts.edu/gdae/policy_research/ttip_simulations.html.

²⁷ Capaldo (véase la nota *supra*).

III. La solución de controversias entre inversores y Estados: un desafío a la democracia y el estado de derecho²⁸

15. Una de las principales amenazas a un orden internacional democrático y equitativo es el funcionamiento de tribunales arbitrales que actúan como si estuvieran por encima del régimen internacional de derechos humanos. Los tribunales para la solución de controversias entre inversores y Estados están integrados por árbitros mercantiles cuya independencia se ha puesto en entredicho repetidamente a causa de sus conflictos de intereses²⁹. Es obvio que los árbitros mercantiles no son los guardianes naturales del interés público, sino de los intereses comerciales y de una nueva “industria” que, como muestra la experiencia, ha privilegiado a los inversores en perjuicio del público. El sistema de solución de controversias entre inversores y Estados supone un sistema completamente separado de solución de controversias, que está no solo al margen del sistema judicial sino por encima de él, y sin posibilidad de apelación. Esto lleva a pensar en la pregunta de Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes* (“¿quién guardará a los guardianes?”). ¿Puede una democracia llamarse democrática si permite la creación de sistemas de solución de controversias separados, no transparentes y sin obligación de rendir cuentas?

16. Esos observadores ponen en duda la legitimidad de tribunales en los que el inversor puede demandar al Estado, pero no viceversa³⁰. Se han dado a términos como “inversión”, “expropiación” y “trato justo y equitativo” interpretaciones cada vez más amplias y difíciles de conciliar con las normas de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La experiencia demuestra que los árbitros interpretan los acuerdos internacionales de inversión sin limitaciones por lo que respecta a los derechos humanos o el medio ambiente. Sus procedimientos no son transparentes y ni siquiera se sabe cuántos procedimientos arbitrales han tenido lugar en realidad, porque la mayoría no se han publicado. Lo que se pone de manifiesto es la gran parcialidad de los árbitros en beneficio de las empresas y su sentimiento de ser inmunes a los principios generales de derecho. En un informe de 2012, la UNCTAD señaló que “una interpretación expansiva de la redacción minimalista de un tratado puede dar lugar a una falta de previsibilidad en la aplicación de la norma. Esto a su vez puede dar lugar a que se socave la legitimidad de la intervención del Estado con finalidades económicas, sociales, ambientales y otras finalidades de desarrollo”³¹.

²⁸ Para casos de solución de controversias entre inversores y Estados en la base de datos abierta al público sobre casos de inversión en el marco de los capítulos relativos a inversiones de los acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión, que permite búsquedas por tipo de política impugnada por el inversor (por ejemplo, la política ambiental), pero que no se ha actualizado desde mayo de 2010, véase www.iiapp.org/. Para los textos de las sentencias en casos de solución de controversias entre inversores y Estados, véase www.italaw.com y [unctad.org/en/Pages/DIAE/investor-State dispute settlement.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/investor-State%20dispute%20settlement.aspx). Véase también [www.baerbelhoehn.de/fileadmin/media/MdB/baerbelhoehn_de/www_baerbelhoehn_de/investor-State dispute settlement_TAFTA_Bundestag.pdf](http://www.baerbelhoehn.de/fileadmin/media/MdB/baerbelhoehn_de/www_baerbelhoehn_de/investor-State%20dispute%20settlement_TAFTA_Bundestag.pdf); y www.iisd.org/pdf/2011/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf.

²⁹ Véase Pia Eberhardt y Cecilia Olivet, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom* (Corporate Europe Observatory, Bruselas, 2012); puede consultarse en www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf; acta.ffii.org/?p=2118; corporateeurope.org/sites/default/files/annex-2-still-not-loving-isds.pdf; corporateeurope.org/international-trade/2014/07/commission-isds-reform-plan-echo-chamber-business-views; www.bilaterals.org/?investor-to-state-dispute; y www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0221.pdf.

³⁰ Véase John Hendy, “A threat to the sovereignty of courts and parliaments”, *Graya*, No. 128 (2015), págs. 52 a 56.

³¹ *Fair and Equitable Treatment* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.11.II.D.15), pág. 2.

17. El árbitro español Fernández-Armesto señala que: “Cuando me despierto por la noche y pienso en el arbitraje, no deja de asombrarme que los Estados soberanos hayan aceptado en absoluto un procedimiento de arbitraje sobre inversiones ... Se otorga a tres ciudadanos particulares el poder de examinar, sin restricción alguna y sin procedimiento de apelación, todas las acciones del gobierno, todas las decisiones de los tribunales y todas las leyes y reglamentos dimanantes del parlamento”³². Efectivamente, es inquietante que los árbitros puedan desatender principios básicos como el respeto por el “margen de discreción” de los Estados, la legislación estatal e incluso las decisiones judiciales de los tribunales superiores del país. La unidireccionalidad de la protección de los inversores no ha contribuido a una cultura de cooperación entre los inversores y los Estados sino que ha estimulado una agresiva tendencia a los litigios y ha demostrado generar una “congelación de la regulación”. El arbitraje puede tener lugar en Washington, con los auspicios del CIADI del Banco Mundial, pero existe una variedad preocupante de opciones de foros, y pueden constituirse tribunales en el marco de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio de Estocolmo, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Hay un número creciente de procesos de arbitraje que priman los beneficios por encima de los derechos humanos³³. Según la UNCTAD, muchos procesos de arbitraje para la solución de controversias entre inversores y Estados son completamente confidenciales y solo se dispone de información en relación con aproximadamente 608 sentencias³⁴. El Experto Independiente se refiere a su próximo informe a la Asamblea General y señala unos pocos casos como ejemplos de prácticas contenciosas y sus consecuencias para los derechos humanos.

18. En 2013, Lone Pine, una empresa con sede en Calgary registrada en los Estados Unidos, demandó al Canadá haciendo referencia no al derecho canadiense sino al capítulo 11 del TLCAN para impugnar la moratoria impuesta al *fracking* por Quebec. La empresa no concedió al Canadá tiempo para ponderar los estudios científicos que muestran que ciertos productos químicos utilizados en el *fracking* contienen carcinógenos y contaminantes atmosféricos peligrosos y que se justificarían medidas preventivas³⁵. Lone Pine alega que la moratoria es “arbitraria” y “caprichosa” y que expropia los beneficios de Lone Pine.

19. Ethyl Corporation, una empresa de Virginia con una filial canadiense, presentó una reclamación en la que afirmaba que una ley canadiense que prohíbe las importaciones de MMT, un aditivo de la gasolina, constituye un incumplimiento de las obligaciones del Canadá. En vez de plantar cara, el Canadá anuló la prohibición, a pesar de los peligros para la salud³⁶.

20. El caso *Metalclad c. México* se refería a una empresa que demandó a México por negarle permiso para construir un sistema de eliminación de residuos que

³² www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy.

³³ Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos, “Human rights inapplicable in international investment arbitration?”; puede consultarse en www.ecchr.de/worldbank/articles/human-rights-inapplicable-in-international-investment-arbitration.html.

³⁴ UNCTAD, *IIA Issues Note*, núm. 1 (Febrero de 2015); puede consultarse en unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

³⁵ commonsensecanadian.ca/quebec-fracking-nafta-challenge-right-water-right-profit/.

³⁶ www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/ethyl.aspx?lang=eng y www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf.

contaminaría el abastecimiento de agua de México. Los árbitros otorgaron a Metalclad una compensación de 16,79 millones de dólares por los beneficios perdidos³⁷.

21. En 2013, la empresa transnacional francesa Veolia demandó a Egipto por una presunta pérdida de los beneficios previstos como consecuencia del aumento del salario mínimo por parte de Egipto. La suma que es objeto de la controversia asciende a 82 millones de dólares³⁸.

22. El caso *Aguas del Turani S.A. c. la República de Bolivia* se refería a un contrato de privatización del abastecimiento de agua de Cochabamba, que incluía concesiones por un período de 40 años con un flujo de efectivo anual garantizado. El acuerdo recibió el apoyo del Banco Mundial, que impuso la privatización como condición para el crédito. Los accionistas mayoritarios de Aguas eran la empresa estadounidense Bechtel y la multinacional española Abengoa. Después de que el contrato entrara en vigor en 1999, los precios del agua aumentaron considerablemente. Se produjeron manifestaciones populares en favor del derecho a un abastecimiento de agua asequible, y el Gobierno de la época declaró la ley marcial e intentó sofocar las protestas utilizando la fuerza militar. Tras el fallecimiento de un adolescente de 17 años, el Estado Plurinacional de Bolivia canceló el contrato de privatización, lo que dio lugar a una demanda por valor de 50 millones de dólares por parte de Aguas³⁹.

23. En 2009, el conglomerado energético sueco Vattenfall demandó a Alemania haciendo referencia al Tratado sobre la Carta de la Energía. Exigía 1.400 millones de euros como compensación por las medidas ambientales que restringían el uso de agua de refrigeración y su vertido en el río Elba. Solo se llegó a un acuerdo después de que Alemania aceptara reducir sus normas ambientales, lo cual tuvo efectos perjudiciales para el río y la fauna y flora silvestres⁴⁰. A raíz del desastre de Fukushima, el público alemán exigió el cierre de las plantas nucleares y el Gobierno de Alemania decidió una eliminación gradual de la energía nuclear. Actualmente Vattenfall está solicitando una compensación por valor de 4.000 millones de euros⁴¹.

24. Uno de los procedimientos de arbitraje más notorios del CIADI se refiere al caso de la empresa Occidental Petroleum, con sede en los Estados Unidos de América, contra el Ecuador en relación con la terminación de un centro de producción petrolera en el Amazonas, que tuvo como consecuencia una compensación de 1.760 millones de dólares (2.400 millones con intereses) a Occidental, que había sido acusada por el Ecuador de múltiples violaciones de los derechos humanos y destrucción del medio ambiente⁴².

³⁷ www.citizen.org/documents/NAFTAREport_Final.pdf y solidarity-us.org/node/977.

Véase también www.baerbel-hoehn.de/fileadmin/media/MdB/baerbelhoehn_de/www_baerbelhoehn_de/ISDS_TAFTA_Bundestag.pdf y www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077817.pdf.

³⁸ www.elstel.org/ISDS.html.en; infojustice.org/archives/34113.

³⁹ www.citizen.org/cmep/article_redirect.cfm?ID=9208,documents.foodandwaterwatch.org/doc/ICSID_web.pdf y www.elstel.org/ISDS.html.en.

⁴⁰ www.italaw.com/cases/documents/1655. Nathalie Bernasconi, “Background paper on *Vattenfall v. Germany*”, IISD; Rechtsanwälte Günther (2012) Briefing Note. The Coal-fired Power Plant Hamburg-Moorburg.

⁴¹ www.fr-online.de/energie/atomausstieg-vattenfall-fordert-milliarden,1473634,21169258.html Power Shift (2012) Der deutsche Atomausstieg auf dem Prüfstand eines internationalen Investitionsschiedsgerichts? Hintergründe zum neuen Streitfall Vattenfall gegen Deutschland. www.iisd.org/pdf/2012/powershift_forum_briefing_vattenfall.pdf.

⁴² Uno de los aspectos más graves de este caso es que el Ecuador estaba justificado para revocar el permiso a Occidental con arreglo a las leyes del Ecuador y al contrato, y sin embargo el tribunal de solución de controversias entre inversores y Estados penalizó al Ecuador, www.citizen.org/documents/oxy-v-ecuador-memo.pdf.

25. En el caso *Philip Morris (Switzerland) c. el Uruguay* (2010), la multinacional presentó una demanda en el marco del tratado bilateral de inversiones entre Suiza y el Uruguay afirmando que la legislación uruguaya de lucha contra el tabaquismo devaluaba sus inversiones, en flagrante desprecio del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco⁴³. La OMS presentó un escrito *amicus curiae*.

26. En 2009, un tribunal ecuatoriano impuso a Chevron una sanción por los daños ambientales causados por sus actividades. Chevron se negó a pagar y recurrió a la CNUDMI para exigir al Ecuador daños y perjuicios por los beneficios perdidos⁴⁴. El procedimiento contencioso todavía no ha comenzado.

27. Después de que Philip Morris presentara en 2011 una demanda contra Australia⁴⁵, en la que impugnaba las medidas impuestas por Australia para reducir el consumo de tabaco, el Gobierno declaró que rechazaba unas disposiciones de solución de controversias entre inversores y Estados “que otorgarían a las empresas extranjeras mayores derechos jurídicos que los reconocidos a las empresas nacionales. ... El Gobierno no ha aceptado ni aceptará disposiciones que pudieran limitar su capacidad para disponer advertencias de salud o simples requisitos de empaquetado para los productos del tabaco o su capacidad para continuar con el plan de prestaciones farmacéuticas. ... Si las empresas australianas están preocupadas por el riesgo soberano en países que son socios comerciales de Australia, deberán llevar a cabo su propia evaluación para determinar si desean comprometerse a invertir en esos países”⁴⁶.

28. Los gobiernos y los parlamentarios están comenzando a oponerse tan solo gradualmente a una acción de las empresas que ataca los fundamentos de la soberanía del Estado. En el Parlamento Europeo, la cuestión del chantaje empresarial se ha planteado en relación con el debate sobre el ATCI y, basándose en los casos *Vattenfall* y *Veolia*, se ha alegado que las empresas multinacionales utilizan las normas de protección de los inversores para alcanzar objetivos empresariales, lo cual hace que la defensa de las políticas y normas públicas tenga un costo mayor para el contribuyente. Un documento de concepto de la Comisión Europea titulado “Inversión en el ATCI y más allá – el camino hacia la reforma”⁴⁷, describe posibles mejoras de los modelos de acuerdos de libre comercio que garanticen el espacio de políticas del Estado. La experiencia demuestra que la autorregulación ha resultado ser insuficiente⁴⁸, pese a la existencia de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que deberían hacerse jurídicamente vinculantes mediante un tratado. En este contexto, cabe subrayar que la posibilidad de que en un proceso de arbitraje se dicte sentencia a favor del Estado y contra el inversor no elimina el peligro ni legitima el modelo de solución de controversias entre inversores y Estados, ya que la mera amenaza de un proceso de este tipo ha disuadido incluso a Estados desarrollados como el Canadá de adoptar legislación social. Los países en desarrollo son aun más vulnerables a la

⁴³ www.iisd.org/itn/2011/07/12/philip-morris-v-uruguay-will-investor-state-arbitration-send-restrictions-on-tobacco-marketing-up-in-smoke/.

⁴⁴ www.italaw.com/cases/257. Véase también truth-out.org/news/item/23788, fpif.org/nafta-20-model-corporate-rule/, y content.time.com/time/world/article/0,8599,2053075,00.html.

⁴⁵ www.italaw.com/cases/851 y www.iisd.org/itn/2011/07/12/philip-morris-v-uruguay-will-investor-state-arbitration-send-restrictions-on-tobacco-marketing-up-in-smoke/.

⁴⁶ www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfae-fc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx. El actual Gobierno de Australia tiene la posibilidad de considerar la solución de controversias entre inversores y el Estado en relación con cada tratado.

⁴⁷ trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF. Véase también *UNCTAD World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, que presenta vías de acción para la reforma del régimen de inversiones. UNCTAD, *IIA Issues Note*, mayo de 2015.

⁴⁸ ccsi.columbia.edu/files/2012/11/FDI-Perspectives-eBook-v2-Nov-2012.pdf.

amenaza⁴⁹, ya que carecen de los recursos para defenderse contra grandes empresas transnacionales.

29. El abuso manifiesto de derechos por parte de los inversores es tan descarado que cabe imaginar que algún día el complejo militar-industrial podría invocar un proceso de solución de controversias entre inversores y Estados cuando un país decida reducir o eliminar la producción de minas antipersonal o de bombas en racimo por ser contraria al derecho internacional humanitario, y al hacerlo “expropiar” los beneficios previstos de la industria de armamentos.

30. No se trata únicamente de reformar el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados para el futuro, sino que es indispensable examinar y revisar los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio existentes, porque en ningún momento estaba previsto que se convirtieran en prisiones para los Estados. Si posteriormente los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados y el CIADI se han transformado en instituciones de coacción económica, deben desmantelarse y reinventarse en aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

IV. Marco normativo

31. Aunque los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio han sido parte de la agenda internacional durante decenios, no se ha informado suficientemente de sus efectos para los derechos humanos. Aparentemente los cantos de sirena de los beneficios potenciales y las previsiones excesivamente optimistas que prometían un crecimiento del PIB y una creación significativa de puestos de trabajo han seducido a algunos gobiernos hasta el punto de que se han desatendido las consideraciones de derechos humanos y se han puesto en peligro las funciones del Estado.

32. Entre las fuentes de derecho reconocidas por la Corte Internacional de Justicia figuran los principios generales de derecho (art. 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) que configuran el orden jurídico nacional e internacional. Entre esos principios fundamentales están el de buena fe (*bona fide*), que se ha incorporado a los códigos civiles y constituciones de muchos Estados, y significa que la ley debe ser coherente y no puede ser utilizada antitéticamente para destruir derechos. La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra este principio en el artículo 30, que se refleja en el artículo 5 de los dos Pactos. Otros principios generales de derecho pertinentes son los principios de proporcionalidad, previsibilidad, *rebus sic stantibus*, manos limpias, estoppel (*ex injuria non oritur jus*) y la prohibición del abuso de derechos, de incitación a la comisión de un delito y de tratados o contratos que sean *contra bonos mores*.

33. La mayoría de Estados han consagrado en su constitución y legislación el concepto de orden público. Un gobierno que pone en peligro su facultad de defender y proteger los intereses de las personas que viven bajo su jurisdicción traiciona su propia razón de ser y pierde su legitimidad democrática.

34. El extenso cuerpo de tratados, protocolos y declaraciones sobre derechos humanos que ya existen crea un marco constitucional que debe ser tenido en cuenta siempre que un Estado firme un acuerdo con otros Estados y/o con agentes del sector privado, incluidas las instituciones financieras y las empresas transnacionales. El régimen de derechos humanos, que incluye los tratados internacionales y regionales de

⁴⁹ Guatemala, www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid.

derechos humanos y los convenios pertinentes de la OIT y la OMS, debe considerarse superior a otros acuerdos, incluidos los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio. Los tribunales nacionales y los tribunales y mecanismos de arbitraje internacionales deben estar subordinados a ese régimen.

35. Entre los derechos que deben garantizar los Estados figuran el derecho a la vida, a la seguridad de la propia persona, a la participación en los asuntos públicos, a una patria, a la libre circulación, a la salud, a la educación, al empleo y a la seguridad social. Estos compromisos están consagrados, entre otros, en los artículos 1, 2, 6, 9, 12, 17, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 1, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

36. El proceso de elaboración, negociación y aprobación de tratados bilaterales de inversión y acuerdos de libre comercio debe ajustarse a los requisitos del artículo 25 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a fin de asegurar la participación de todos los interesados. Esto supone una obligación positiva por parte de los gobiernos de divulgar la información necesaria y facilitar la participación pública. El acceso a la información es una condición esencial para el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión estipulado en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La consulta y la participación tienen el valor añadido de crear un consenso que reduce la probabilidad de que se produzcan litigios onerosos. Los parlamentos tienen una gran responsabilidad de examinar minuciosamente los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio para asegurar que se lleven a cabo las evaluaciones de su impacto en los derechos humanos y en el medio ambiente.

37. El hecho de llevar en secreto las negociaciones comerciales (pese a no tratarse de un asunto de seguridad nacional) y de excluir a interesados decisivos entraña *prima facie* violaciones de los artículos 19 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁰. Como explicó el Experto Independiente en su informe de 2013 al Consejo, los representantes democráticamente elegidos no tienen carta blanca de quienes les han votado sino que deben consultar con su electorado y actuar de conformidad con sus deseos⁵¹. La democracia no se ejerce solo de vez en cuando sino que exige un diálogo permanente entre los representantes y su electorado. De no haber sido porque Wikileaks⁵² publicó varios capítulos de los acuerdos de libre comercio que se estaban debatiendo, el necesario debate público ni siquiera habría dado comienzo.

38. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha formulado observaciones generales pertinentes: núm. 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada (art. 11), párrafos 19 y 36 (“Los Estados Partes deben asegurarse de que, en los acuerdos internacionales, se preste la debida atención al derecho a una

⁵⁰ El primero de los Catorce Puntos del Presidente Wilson ya advertía contra la diplomacia secreta. El Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que los tratados deben ser publicados. Aunque los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio se hayan publicado parcialmente, no tienen legitimidad democrática a menos que el público pueda participar en su negociación y aprobación. Algunos observadores han expresado el temor de que una de las posibles razones de la vigilancia de los ciudadanos en todo el mundo es predecir cuándo y dónde es probable que surjan movimientos democráticos a fin de cortarlos de raíz. Por este motivo los artículos 14 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipulan la protección del derecho a la intimidad y la prohibición de la vigilancia sin una orden judicial.

⁵¹ A/HRC/24/38, párrs. 15 a 24. Véase también la Declaración y el Programa de Acción de Viena, párr. 8.

⁵² Entrevista del autor con Julian Assange realizada en la Misión del Ecuador en Londres el 20 de marzo de 2015, wikileaks.org/tpp/pressrelease.html, wikileaks.org/tpp-investment/press.html, wikileaks.org/tisa/press.html and www.theguardian.com/media/2015/jun/03/wikileaks-documents-trade-in-services-agreement.

alimentación adecuada”); núm. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), párrafo 39 (“En relación con la concertación de otros acuerdos internacionales, los Estados Partes deben adoptar medidas para cerciorarse de que esos instrumentos no afectan adversamente al derecho a la salud”) y párrafo 41, que prohíbe imponer embargos o sanciones al suministro de medicamentos y equipo médico; núm. 15, sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12), párrafos 31, 35 y 36 (“Los Estados Partes deberán velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho al agua y, con tal fin, deberán considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos jurídicos. En cuanto a la concertación y aplicación de otros acuerdos internacionales y regionales, los Estados Partes deberán adoptar medidas para garantizar que estos instrumentos no repercutan negativamente en el derecho al agua potable”); núm. 18 sobre el derecho al trabajo (art. 6) y núm. 19 sobre el derecho a la seguridad social (art. 9)⁵³.

39. Estos compromisos están reforzados por los convenios de la OIT 14, 29, 77, 78, 87, 95, 98, 102, 105, 138, 169 y 182. También son pertinentes las convenciones de la OMS y otros tratados internacionales como la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

40. Los tratados universales y regionales de derechos humanos, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, deben prevalecer necesariamente sobre otros tratados. Como decidió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 1989 en el caso *Soering c. el Reino Unido*, las obligaciones existentes en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevalecen sobre las de los tratados de extradición y, *mutatis mutandis*, sobre los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio.

V. Reforma sistémica

41. Los problemas extraordinarios requieren soluciones audaces. Los paroxismos antidemocráticos de la solución de controversias entre inversores y Estados pueden neutralizarse con la revisión o la terminación de dicho procedimiento. Si los Estados pueden adoptar medidas extraordinarias como rescatar bancos insolventes, *a fortiori* pueden adoptar medidas para proteger el bienestar de la población. La acción protectora de un Estado cuya economía, agricultura o industria estén en peligro de fracasar a causa de los efectos a veces imprevisibles de los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio puede estar justificada en virtud del principio de fuerza mayor.

42. La validez de los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio debe ponerse a prueba aplicando las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por ejemplo, un tratado puede ser nulo si es posible demostrar que hubo una violación manifiesta de la constitución del Estado, errores referentes a un hecho o a una situación cuya existencia se diera por supuesta en el momento de la firma del tratado y constituyera una base esencial del consentimiento a obligarse por el tratado (art. 48), conducta fraudulenta de otra parte negociadora (art. 49), engaño deliberado o afirmaciones falsas, corrupción (art. 50), coacción

⁵³ tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

(arts. 51 y 52) o conflicto con una norma imperativa de derecho internacional (art. 53). La terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación son posibles a causa de una violación grave (art. 60), imposibilidad subsiguiente de cumplimiento (art. 61) o un cambio fundamental en las circunstancias (art. 62). Normalmente los tratados contienen disposiciones para la denuncia o el retiro. De no existir esas disposiciones, este derecho puede inferirse de la naturaleza del tratado (art. 56). En la medida en que los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio den lugar a violaciones de los derechos humanos, esto será causa de su modificación o terminación. El procedimiento se establece en los artículos 65 y ss.

43. En un famoso artículo publicado en el *American Journal of International Law*, Verdross aclaró qué tratados pueden considerarse *contra bonos mores*: “En las decisiones de los tribunales de las naciones civilizadas se da una respuesta inequívoca a este problema. Un análisis de esas decisiones muestra que en todos los países se consideran *contra bonos mores* los tratados que *restringen la libertad de una parte contratante en una forma excesiva o inválida o que ponen en peligro sus derechos más importantes*. Esta fórmula y otras similares muestran que el derecho de los Estados civilizados comienza con la idea de exigir el establecimiento de un orden jurídico que garantice la coexistencia racional y moral de los miembros. De ello se deduce que todas las normas de tratados que sean incompatibles con este objetivo de todo derecho positivo —un objetivo que se presupone implícitamente— deben considerarse nulas”⁵⁴. Además, de conformidad con la doctrina de la divisibilidad, es posible separar las disposiciones de tratados que sean *contra bonos mores* sin abandonar el conjunto del tratado.

44. Cualquier tribunal que deba fallar acerca de la legalidad de un determinado tratado o contrato debería examinar su constitucionalidad. Entonces se plantea la pregunta de si, bajo cualquier interpretación razonable de la constitución de un país, un Estado puede renunciar a su función esencial de legislar en interés público. En la mayoría de jurisdicciones, la respuesta de los tribunales sería negativa. Además, exige un umbral ético mínimo subyacente a todo contrato o tratado. Un tratado será *contra bonos mores* si impide las tareas universalmente reconocidas del Estado civilizado: a) el mantenimiento del orden público; b) la defensa del Estado frente a ataques externos; c) el cuidado del bienestar físico y espiritual de las personas que se hallan bajo su jurisdicción en el propio país; y d) la protección de los ciudadanos en el extranjero⁵⁵.

45. Las constituciones y las leyes de muchos Estados contienen disposiciones relativas a la buena fe y a la ilegalidad del enriquecimiento injusto. Además, no solo rige la ley escrita, sino también los principios más generales de la justicia natural que ya se reconocían en la Antígona de Sófocles, en que se afirmaban las leyes no escritas de la humanidad (*αγραφος νομος*) y el concepto de una ley moral superior que prohíbe aprovecharse sin razón de una parte más débil, lo cual podría considerarse perfectamente una forma de neocolonialismo o neoimperialismo económico. Muchas constituciones contienen disposiciones relativas al abuso de derechos, que pueden encontrar aplicación cuando una empresa transnacional se injiere en la protección del empleo, la salud, el medio ambiente y el orden social por parte de un gobierno.

⁵⁴ Alfred Verdross, “Forbidden Treaties in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 31, No. 4 (1937), págs. 571 y ss. Verdross, “Les principes du droit et la jurisprudence internationale”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, La Haya, (1935), págs. 195 a 249. Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Oxford, 2013, pág. 81. Irmgard Marboe y August Reinisch, “Contracts between States and foreign private law persons” en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, págs. 758 a 766. Oxford, 2012. felj.org/sites/default/files/elj/Energy%20Journals/Vol17_No1_1996_article_international.pdf.

⁵⁵ law.wustl.edu/SBA/upperlevel/International%20Law/IntLaw-Mutharika2.pdf.

46. Los inversores podrían caer en la tentación de invocar el principio *pacta sunt servanda* (“los acuerdos deben cumplirse”, artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), que es una forma de positivismo análoga a la mentalidad de la “libra de carne” descrita en el Mercader de Venecia de Shakespeare, en que el prestamista Shylock no cede en su insistencia en el cumplimiento estricto de un contrato que estipula que se tomará una libra de carne del cuerpo del prestatario, el mercader arruinado Antonio. Indudablemente, Shylock tenía derecho a un reembolso, pero exigir una libra de carne del pecho de Antonio habría significado atacar contra su vida. Ante dos derechos en competencia, Shakespeare decide a favor de Antonio. Por analogía, cabe afirmar que una empresa petrolera que contamina las aguas y es causa de importantes daños ambientales no puede alegar que sus beneficios están garantizados y que hay que revocar una orden del Estado tendente a impedir los daños al medio ambiente. Esta clase de absurdidad legalista raya en lo criminal, y queda invalidada por el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

47. El derecho penal internacional y los precedentes de Nuremberg⁵⁶ también podrían ser pertinentes para examinar los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio, en la medida en que las empresas transnacionales y quienes promueven sus intereses pueden haber cometido actos contrarios al derecho penal. Sería apropiado comprobar si el concepto de “conspiración” para cometer actos *contra bonos mores* (o “empresa criminal conjunta”, en la expresión utilizada por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia) pueden aplicarse al método aplicado para elaborar y negociar en secreto algunos acuerdos internacionales de inversión. ¿Son los Estados o algunas empresas transnacionales culpables de “conspiración”? Los actos constitutivos de una conspiración de este tipo pueden incluir proporcionar deliberadamente información falsa; publicar previsiones falsas de crecimiento del PIB y del empleo; contratar a grupos de estudio, economistas, universidades o fundaciones para que preparen “informes teleológicos”; y conspirar con grandes empresas de medios de comunicación para asegurarse de que solo se presente la parte positiva de los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio y se supriman o minimicen los aspectos polémicos. La cuestión de la responsabilidad penal de las empresas por ecocidio⁵⁷ y otros delitos es merecedora de un análisis a fondo en un informe futuro⁵⁸.

48. Al examinar la validez de los tratados, los tribunales también deberían considerar argumentos relativos a la equidad, tanto con respecto a la equidad *intra legem* (en el marco de las normas del derecho internacional) como a la equidad *praeter legem* (en lugar de las normas del derecho internacional, aplicando las normas de justicia o de “prevalencia del fondo sobre la forma”). Efectivamente todo tribunal, incluida la Corte Internacional de Justicia, tiene la facultad inherente de adoptar decisiones *ex aequo et bono* (según equidad y razón), en la medida en que en todos los acuerdos existe un elemento inherente de equidad. Cada una de las partes en un acuerdo intenta obtener el mejor resultado posible, y al firmar tratados bilaterales de inversión y acuerdos de libre comercio los países tenían expectativas de crecimiento del PIB, creación de empleo y desarrollo. Nadie imaginaba que los acuerdos incluirían

⁵⁶ Se determinó la responsabilidad penal de ciertos empresarios nazis por las consecuencias de algunas de sus actividades comerciales. www.roberthjackson.org/the-man/speeches-articles/speeches/speeches-related-to-robert-h-jackson/the-influence-of-the-nuremberg-trial-on-international-criminal-law/. Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, Nueva York, 1992. El mismo principio se aplica en el contexto de violaciones más recientes de los derechos humanos. Horacio Verbitsky, Juan Pablo Bohoslavsky (eds.), *Cuentas Pendientes. Los cómplices de la dictadura*, Siglo veintiuno, 2013.

⁵⁷ Polly Higgins, *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the Destruction of our Planet*, Londres, 2010.

⁵⁸ Harmen van der Wilt, “Corporate criminal responsibility for international crimes”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 12 (Issue 1), págs. 43 a 77.

un “caballo de Troya” en forma de disposiciones como compromisos imprevisibles de solución de controversias entre inversores y Estados o “cláusulas de supervivencia”, ni podía soñarse que en los procedimientos de arbitraje se interpretaría que conceptos como el de “expropiación” abarcarían medidas fiscales, presupuestarias, macroprudenciales, sociales, ambientales o de salud que podrían reducir los beneficios de los inversores. Si este peligro se hubiera explicado claramente es probable que ningún Estado habría aceptado. Por tanto, en la medida en que hubo una divulgación insuficiente de los riesgos, una representación falsa y unas previsiones de crecimiento excesivamente optimistas, no existió consentimiento informado, y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ofrece una base para la modificación o la terminación.

49. Esencialmente, los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados no pueden inmunizar a los primeros frente a la responsabilidad de resarcimiento por los daños causados, y el “principio de quien contamina paga” no puede ser invalidado afirmando que el pago de una sanción equivale a una “expropiación”. Esta alegación sería rechazada por cualquier tribunal independiente por ser claramente frívola y contraria al orden público.

50. Según este análisis, la denuncia de acuerdos internacionales de inversión no es únicamente legítima sino también legal, y sus “cláusulas de supervivencia” deben considerarse nulas cuando su propósito sea perpetuar un sistema que viola los derechos humanos.

VI. Perspectiva

51. “No hay ningún camino rápido o cómodo que conduzca a un desarrollo sostenible e incluyente, pero los tres últimos decenios han demostrado que este resultado es improbable cuando se aplica un modelo único de política económica que va cediendo cada vez más espacio al afán de lucro de las empresas globales y las fuerzas del mercado. En último término, los países deben basarse en sus propios esfuerzos para movilizar recursos productivos y en especial elevar su nivel de inversión interna (tanto pública como privada), capital humano y conocimientos tecnológicos. Sin embargo, para ello deben disponer del mayor margen de maniobra posible con objeto de descubrir cuáles son las políticas que mejor se adaptan a sus condiciones específicas, y no ver su espacio de políticas constantemente restringido”⁵⁹.

52. En virtud del artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados establecerán “un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Este principio está reforzado por el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

53. La aprobación de diez tratados internacionales básicos de derechos humanos y de innumerables resoluciones y declaraciones de la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y el Consejo de Derechos Humanos, los convenios pertinentes de la OIT y la OMS, la aparición de un sistema de tribunales regionales de derechos humanos capaces de adoptar decisiones vinculantes, la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993 y los Objetivos de Desarrollo del Milenio —todos esos instrumentos, creados a lo largo de un período de muchos decenios, demuestran que ha surgido un derecho consuetudinario internacional de los derechos humanos que expresa la *opinio juris* y el consenso internacional sobre la primacía de los derechos

⁵⁹ UNCTAD, *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo*, 2014.

humanos. Por consiguiente, la globalización y las inversiones específicas deberían promover un entorno en el que los derechos humanos se hicieran plenamente efectivos gracias a las funciones reguladoras del Estado. Lamentablemente, los acuerdos internacionales de inversión usurpan funciones del Estado como si los únicos derechos existentes fueran los derechos a hacer negocios y a invertir.

54. En el terreno de la propiedad intelectual existe un consenso de que esta es merecedora de una protección que, sin embargo, debe producirse paralelamente a las consideraciones de derechos humanos. La humanidad del siglo XXI funciona sobre la base de miles de años de libertad de los conocimientos o del libre intercambio de ideas e inventos. Si bien es justo recompensar la investigación y patentar nuevos productos farmacéuticos e inventos, los monopolios no deben contribuir a crear una mayor desigualdad, y los gobiernos deben regular para garantizar la flexibilidad e impedir prácticas de “perpetuación”. El acceso a medicamentos asequibles es esencial para proteger el derecho a la vida, y negarse a proporcionar esos medicamentos asequibles equivale al delito penal de denegación de ayuda humanitaria⁶⁰ o de asistencia a personas en peligro. Dicho de otro modo, no es posible apropiarse de los conocimientos para obtener un beneficio, ni estos pueden ser privatizados ni convertidos en bienes comerciables, sino que más bien deben ser compartidos en un espíritu de solidaridad internacional. Compartir los conocimientos de forma gratuita, del mismo modo que la Organización Europea de Investigación Nuclear compartió la World Wide Web, sigue las mejores tradiciones de la civilización.

55. No puede permitirse que la globalización se convierta en el gran casino mundial donde los inversores amañan el sistema para estar seguros de ganar siempre. Un orden internacional democrático y equitativo no será posible si se permite que este “Hotel del Nuevo Mundo Feliz” haga caer a los Estados en una trampa que les permite la entrada pero no la salida. Dado que los cantos de sirena de la inversión extranjera directa han resultado ser engañosos, los gobiernos deben dar la espalda a las mitologías fáciles y exigir pruebas empíricas sobre la creación de empleo y rechazar una “espiral descendente” por lo que respecta a los derechos humanos. Con buena voluntad, los Estados pueden modificar los acuerdos internacionales de inversión de un modo que les beneficie.

56. Las empresas transnacionales actúan en el territorio de Estados que están obligados por la Carta de las Naciones Unidas, equivalente a una constitución mundial, cuyos Propósitos y Principios son esenciales para el logro de un orden internacional democrático y equitativo. Las empresas transnacionales no pueden crear un nuevo orden jurídico al margen de la Carta de las Naciones Unidas, ni considerarse *legibus solutus*, es decir, exentas de acatar los principios del estado de derecho, los principios generales del derecho y los códigos de conducta básicos. Las empresas transnacionales no existen en un vacío y están sujetas al régimen internacional de derechos humanos. Incluso su efecto más deseado en las sociedades actuales, que es el de la creación de empleo, solo es posible gracias a las leyes que aseguran el funcionamiento ordenado de las transacciones en los mercados, la clara asignación de los derechos de propiedad y la dependencia de un sistema judicial efectivo. Actúan en un contexto de rendición de cuentas y de limitaciones y contrapesos que se ha ido desarrollando durante siglos y al que no se puede renunciar. Dondequiera que las empresas transnacionales se registren o realicen operaciones, el Estado de origen y el Estado de acogida tienen la responsabilidad de regularlas para prevenir violaciones de los derechos humanos.

57. Un Estado que no garantice los derechos humanos de la población que vive bajo su jurisdicción habrá fracasado como Estado, aun cuando cumpla todas sus obligaciones financieras. Para impedir que se produzca una situación distópica en que

⁶⁰ www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq32.htm.

un Estado no pueda proteger efectivamente los derechos humanos y las empresas transnacionales dicten la política pública, los Estados deben reafirmar su soberanía de manera acorde con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, en particular con los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Deben revisar y, cuando sea necesario, dar por terminados los acuerdos que entren en conflicto con los derechos humanos.

58. Teniendo presente que el riesgo es la esencia del capitalismo y la inversión, los Estados deben insistir en que los inversores acepten el riesgo y se sometan a la legislación nacional de manera análoga a lo expresado en la doctrina Calvo⁶¹, que afirma que la jurisdicción en las controversias internacionales sobre inversiones debe residir en el país en que se realiza la inversión. Esta doctrina se ha adoptado en las constituciones de muchos Estados latinoamericanos, y merece ser utilizada como modelo para los acuerdos internacionales de inversión. Las empresas transnacionales no pueden alegar que las medidas del Estado tendentes a la protección del medio ambiente o la salud y las normas de higiene entrañan riesgos imprevisibles.

59. La modificación o la terminación de acuerdos internacionales de inversión puede ser una tarea compleja, pero mucho menos problemática que, por ejemplo, hacer frente a un conflicto armado. La economía mundial ha tenido que adaptarse una y otra vez para promover la causa de la dignidad humana. Así sucedió con la prohibición de la lucrativa trata de esclavos, la abolición de la esclavitud y la descolonización, que fueron sustituidos por otros modelos económicos. Durante siglos la esclavitud fue el modelo económico *de facto* cuya legalidad estaba implícita; el colonialismo era el orden internacional *de facto*. Hoy en día esas prácticas se consideran crímenes de lesa humanidad. Durante decenios, los procedimientos de arbitraje para la solución de controversias entre inversores y Estados han trastornado *de facto* el orden internacional, pero no pueden prevalecer sobre la Carta de las Naciones Unidas. Del mismo modo que se abandonaron otros paradigmas económicos, con el tiempo los procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados se reconocerán como un experimento fallido, un intento de secuestro de la constitucionalidad que tuvo como resultado un retroceso de los derechos humanos. Las consecuencias de no modificar o dar por terminados tratados bilaterales de inversión y acuerdos de libre comercio son más graves que aceptar seriamente la necesidad de revisarlos.

60. A modo de conclusión, sería apropiado reafirmar que, si bien los acuerdos de libre comercio y de inversión tienen su razón de ser, la función principal del Estado es actuar en interés del público. Existen muchas oportunidades para que las empresas y los inversores obtengan beneficios legítimos y establezcan auténticas colaboraciones con los Estados en vez de mantener relaciones asimétricas. La norma básica debería consistir en: a) dar a las empresas lo que les pertenece, es decir, un medio en el cual competir limpiamente; b) restituir a los Estados lo que les pertenece de manera fundamental e inalienable, es decir, la soberanía y el espacio normativo; c) reconocer a los parlamentos lo que les pertenece, es decir, la facultad de examinar todos los aspectos de los tratados sin métodos no democráticos como el secreto y la aprobación mediante procedimientos de urgencia; y d) dar al pueblo lo que le pertenece, es decir, los derechos a la participación pública, el debido proceso y la democracia.

⁶¹ Patrick Juillard, “Calvo Doctrine/Calvo Clause”, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I, págs. 1086 a 1093, Oxford, 2012. D. R. Shea, *The Calvo Clause: A Problem of inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, 1955. C. K. Darymple, “Politics and foreign direct investment: the multilateral investment guarantee agency and the Calvo Clause”, *Cornell International Law Review*, vol. 29, págs. 161 a 189.

VII. Plan de acción

61. Transcurridos 70 años desde la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, es apropiado reafirmar sus Propósitos y Principios que, en virtud del Artículo 103, prevalecen sobre otros tratados. Teniendo presente que un orden internacional democrático y equitativo solo podrá conseguirse gradualmente mediante la acción concertada de los Estados, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones intergubernamentales y la sociedad civil, el Experto Independiente presenta este plan de acción preliminar, que contiene recomendaciones preventivas y correctivas.

62. A los Estados:

a) Los Estados deben asegurar que todos los acuerdos de comercio e inversión, tanto actuales como futuros, representen la voluntad democrática de las poblaciones afectadas. Las negociaciones sobre los proyectos en curso no deben ser secretas ni deben aprobarse mediante “procedimientos de urgencia” sino que, al contrario, deben estar sujetas a la participación del público sobre la base de evaluaciones independientes de los efectos para los derechos humanos, la salud y el medio ambiente.

b) Los Estados deben asegurar que los parlamentos, las instituciones nacionales de derechos humanos y los defensores de los ciudadanos (*ombudspersons*) participen en el proceso de elaboración, negociación, aprobación y aplicación de los acuerdos de comercio e inversión.

c) Los Estados deben asegurar que todos los acuerdos de comercio e inversión reconozcan la primacía de los derechos humanos y especifiquen que, en caso de conflicto, prevalecerán las obligaciones relativas a los derechos humanos. Los Estados deben cumplir su obligación *erga omnes* de aplicar los tratados de derechos humanos y observar los convenios de la OIT y la OMS.

d) Los Estados deben ejercer la diligencia debida para reducir al mínimo el riesgo de violación de los derechos humanos en el contexto de la aprobación y la aplicación de tratados bilaterales de inversión y acuerdos de libre comercio, y blindarse contra el riesgo de tener que compensar a los inversores extranjeros como consecuencia de la adopción de las necesarias medidas o políticas fiscales, financieras y de resolución de la deuda diseñadas para responder a cambios en las circunstancias como los que representan las crisis financieras, los nuevos descubrimientos científicos o la demanda pública de leyes de aplicación general.

e) Los Estados participantes en acuerdos internacionales de inversión deben asegurar que se convenga también en un mecanismo regulador independiente, como la oficina de un *ombudsperson*. Hay que prever la realización de exámenes *ex ante* y evaluaciones *ex post* de los efectos para los derechos humanos y para el medio ambiente.

f) Los Estados no pueden poner en entredicho su obligación de garantizar los derechos humanos aceptando acuerdos de solución de controversias entre inversores y Estados que permitan a los inversores impugnar las leyes laborales y ambientales o los códigos de salud del Estado.

g) Los Estados deben asegurar que los acuerdos internacionales de inversión no menoscaben su capacidad para aplicar las políticas industriales y macroeconómicas necesarias para el desarrollo, que es un objetivo esencial del derecho “constitucional” de las Naciones Unidas, y tomar medidas para revisar sin demora los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio existentes que tengan efectos negativos para los derechos humanos. Los Estados deben someter a prueba los tratados

bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio existentes para determinar su adecuación a las respectivas constituciones, y revisar o dar por terminados los citados acuerdos, en aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuando entren en conflicto con las obligaciones en materia de derechos humanos.

h) Los Estados deben mantener en manos del gobierno los servicios esenciales de modo que estén garantizadas la transparencia y la rendición de cuentas democrática. Toda privatización debe ir acompañada de salvaguardias efectivas en materia de derechos humanos.

i) Todos los futuros acuerdos internacionales de inversión deben contemplar la solución de controversias no mediante procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados sino por parte de los tribunales nacionales o de un tribunal internacional especial de inversiones, con obligaciones explícitas de reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, el interés público y la soberanía nacional.

j) Los Estados deben adoptar medidas para asegurar la aplicación de los Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos y darles un carácter jurídicamente vinculante en el ordenamiento jurídico nacional.

k) Los Estados deben supervisar el respeto de las Directrices sobre las Empresas y los Derechos Humanos por todas las empresas transnacionales que actúan en su territorio y darles un carácter jurídicamente vinculante en el ordenamiento jurídico nacional.

l) Los Estados deben colaborar con agentes de la sociedad civil para contrarrestar los efectos negativos de los acuerdos de libre comercio en el goce de los derechos humanos y crear un entorno propicio para los agentes de la sociedad civil.

m) Los Estados deben dejar sin efecto las decisiones de los procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados y del CIADI que violen los derechos humanos, mostrarse solidarios con los Estados que deseen modificar o dar por terminados tratados bilaterales de inversión, acuerdos de libre comercio o acuerdos de solución de controversias entre inversores y Estados o que busquen dejar sin efecto sentencias arbitrales, y tomar medidas ante los inversores y las empresas transnacionales que violen el derecho internacional de los derechos humanos.

n) Los Estados víctimas de sentencias arbitrales de solución de controversias entre inversores y Estados consideradas *contra bonos mores* deben organizar una respuesta concertada, negarse conjuntamente a aplicar dichas sentencias y convocar una asamblea de Estados partes para modificar o dar por terminados los acuerdos de solución de controversias entre inversores y Estados con efecto inmediato y revisar o dar por terminada la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras cuando las sentencias entrañen violaciones de los derechos humanos.

o) Los Estados deben incluir en los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio disposiciones específicas sobre la responsabilidad jurídica que tienen las empresas transnacionales y los inversores de aportar reparaciones por los daños al medio ambiente o a la salud y otros daños causados por sus actividades, y fortalecer las disposiciones del derecho penal nacional de modo que se contemple la responsabilidad penal individual de los inversores y los ejecutivos de las empresas por daños ambientales o violaciones graves de los derechos humanos. Con este fin, los Estados deben establecer un mecanismo de vigilancia para evaluar el respeto de los derechos humanos por los inversores.

p) Los Estados deben invocar el Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas y solicitar a la Asamblea General que remita las cuestiones jurídicas pertinentes a la Corte Internacional de Justicia para que dicte una opinión consultiva.

63. A los parlamentos:

a) Teniendo presente que en las democracias representativas los parlamentos son los depositarios de la voluntad del pueblo, los parlamentarios deben consultar con sus electores, informarles activamente y recabar la opinión de todos los sectores de la población, particularmente los que probablemente se vean afectados por los acuerdos internacionales de inversión. La aprobación de tratados mediante “procedimientos de urgencia” es incompatible con el proceso democrático y tiene como resultado tratados ilegítimos.

b) Los parlamentos deben asegurar que los acuerdos internacionales de inversión incluyan disposiciones generales sobre su revisión periódica y su modificación, así como disposiciones relativas a la terminación, la retirada o la suspensión, sin “cláusulas de supervivencia” poco razonables.

c) Los parlamentos deben asegurar que los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio promuevan la seguridad alimentaria, la educación, la salud y el saneamiento, así como las políticas sociales y económicas, y adoptar decisiones sobre los asuntos presupuestarios y fiscales internos.

d) Los parlamentarios deben resistirse a los cantos de sirena de quienes promueven los intereses de las empresas transnacionales y presentan proyecciones excesivamente optimistas de crecimiento y desarrollo. Los parlamentarios deben exigir estudios económicos independientes y evaluaciones independientes sobre los efectos para los derechos humanos.

e) Los parlamentarios deben resistirse a los intentos de privatizar servicios gubernamentales esenciales, incluidos los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento.

f) Los parlamentos regionales y las asambleas parlamentarias deben abordar los peligros para los derechos humanos de los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio, incluidos los medios para revocarlos y/o modificarlos en aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

64. A las empresas transnacionales y los inversores: las empresas transnacionales deben aceptar la aprobación por el Estado de medidas tendentes a hacer efectivos progresivamente los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales e incluirlas como componentes del costo de hacer negocios. No deben injerirse en la función del Estado de legislar en interés público en cumplimiento de las obligaciones de los tratados de derechos humanos.

65. A la sociedad civil, las instituciones nacionales de derechos humanos y las instituciones religiosas:

a) Las organizaciones de la sociedad civil y las universidades deben volver a examinar los dogmas del fundamentalismo del mercado y someter a pruebas empíricas la medida en que los actuales acuerdos internacionales de inversión han fomentado u obstaculizado el goce de los derechos humanos.

b) Los ciudadanos y los grupos deben reclamar su derecho democrático a participar en la adopción de decisiones para determinar las políticas presupuestarias, fiscales, económicas, comerciales y sociales de los gobiernos. Deben exigir que los derechos humanos prevalezcan sobre los privilegios de la inversión y reivindicar el contrato social, que se refleja en un índice de satisfacción pública integrado por indicadores materiales y no materiales.

c) Los ciudadanos y los grupos deben exigir una revisión periódica del éxito o de la falta de éxito de los acuerdos internacionales de inversión. Cuando los tratados entren en conflicto con los derechos humanos, deben ser revisados, modificados o terminados.

d) Los ciudadanos y los grupos deben exigir transparencia y rendición de cuentas a los oficiales que han elegido, particularmente con respecto a la elaboración, negociación, aprobación y aplicación de acuerdos de comercio e inversión.

e) Los ciudadanos y los grupos deben hacer que los tribunales nacionales se pronuncien sobre la constitucionalidad de los tratados bilaterales de inversión y los tratados de libre comercio existentes y definan los parámetros de posibles acuerdos futuros.

f) Los ciudadanos y los grupos deben hacer valer sus derechos invocando la jurisdicción de los tribunales regionales de derechos humanos, y solicitar a estos que investiguen y denuncien violaciones de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales resultantes de la aplicación de acuerdos internacionales de inversión o del cumplimiento de sentencias de solución de controversias entre inversores y Estados.

g) Las facultades de derecho deben incluir la deontología en sus planes de estudios y enseñar a los futuros abogados y árbitros que tienen el deber de servir a la sociedad y de hacer cumplir la letra y el espíritu de la ley. No pueden ser cómplices de un sistema cuyas consecuencias previsibles sean la erosión de los derechos humanos y de las normas ambientales. Los estudiantes deben considerar que el derecho de las inversiones es parte de un marco jurídico que incluye los derechos humanos. La ley no es un juego y el objetivo no es “ganar” sino servir a la justicia, con plena conciencia de que el positivismo en el derecho debe incluir la dignidad humana. Nadie debe pretender beneficiarse de la injusticia.

h) Las instituciones religiosas deben unir sus fuerzas para evaluar la adecuación de los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio al derecho y las normas de derechos humanos, y cuando proceda promover medios para modificar o dar por terminados los tratados que tengan efectos adversos para los derechos humanos.

i) Las instituciones nacionales de derechos humanos deben prevenir a los Estados contra la participación en tratados bilaterales de inversión o acuerdos de libre comercio que no garanticen la soberanía y el espacio normativo del Estado. Las instituciones nacionales de derechos humanos deben asesorar a los Estados sobre la forma de modificar o dar por terminados los tratados que obstaculicen la aplicación de los derechos humanos.

66. Al Consejo de Derechos Humanos:

a) El nuevo Foro sobre Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho debe dedicar un período de sesiones a los efectos para los derechos humanos de los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio. Este Foro puede elaborar un plan de acción para abordar los problemas existentes y recomendar soluciones que puedan aplicarse, incluso abandonar progresivamente el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados y o bien recurrir a los tribunales nacionales o bien sustituir el procedimiento de solución de controversias entre inversores y Estados por la creación de un tribunal internacional de inversiones independiente y transparente con jueces permanentes sujetos a un estatuto que otorgue prioridad a los derechos humanos y rechace la jurisdicción unidireccional, de modo que no solo los inversores sino también los Estados tengan derecho a presentar demandas.

b) El Consejo de Derechos Humanos debe utilizar sistemáticamente su procedimiento de examen periódico universal para investigar los efectos de los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio en el goce de los derechos humanos.

c) El Consejo debe considerar la posibilidad de encargar al ACNUDH la tarea de realizar una consulta mundial en línea sobre la cuestión de los efectos adversos de los acuerdos de libre comercio y de inversión para el goce de los derechos humanos, a fin de efectuar una contribución al proyecto sobre rendición de cuentas y reparación, y asignar fondos adicionales para esta consulta.

d) El Consejo debe considerar la posibilidad de remitir cuestiones al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a organismos especializados de las Naciones Unidas como la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, la OIT, la OMS y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, y estudiar la posibilidad de solicitar medidas cautelares para prevenir la violación de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

67. A los organismos y órganos subsidiarios de las Naciones Unidas:

a) La UNCTAD debe considerar la convocación de una conferencia para explorar las posibilidades de revisar o dar por terminados los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio existentes que contengan disposiciones que han constituido una injerencia en la obligación del Estado de legislar en materia de derechos humanos, aplicar políticas económicas y regular en interés público. Dicha conferencia debería promover las vías de acción y la hoja de ruta para la reforma propuestos por la UNCTAD.

b) La UNCTAD y el ACNUDH deben prestar servicios de asesoramiento y asistencia técnica sobre la forma de invertir los efectos negativos para los derechos humanos de los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio y sobre la forma de compensar a las víctimas.

c) Todos los organismos y órganos subsidiarios de las Naciones Unidas deben incluir en su agenda la cuestión de los acuerdos internacionales de inversión y ofrecer servicios de asesoramiento y asistencia técnica a los Estados que estén considerando acuerdos de este tipo con objeto de asegurar la protección de todos los derechos humanos, incluidos los derechos a la alimentación, la salud, el salario mínimo, mejores condiciones de trabajo y la igualdad de género, así como los derechos del niño. En el contexto de los procesos de arbitraje del CIADI y de solución de controversias entre inversores y Estados, deben presentar escritos *amicus curiae*. Deben ejercer su competencia en virtud del Artículo 96, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas de solicitar las opiniones consultivas pertinentes a la Corte Internacional de Justicia.

d) La OMC debe integrar los derechos humanos en la definición de su misión y asegurar que su mecanismo de solución de controversias fomente los derechos humanos.

e) En su calidad de principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional, la CNUDMI⁶² debe integrar los derechos humanos en todas sus actividades, y en particular fortalecer las normas de transparencia y velar por que los procedimientos de arbitraje tengan en cuenta sistemáticamente las obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

⁶² www.uncitral.org/, www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf, www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf.

Culturales y no socaven los derechos humanos, el espacio de políticas de los gobiernos ni las medidas de protección ambiental. Los procedimientos de arbitraje deben pasar de un paradigma de derecho privado a un marco de derecho público que promueva los intereses generales.

VIII. Consideraciones finales

68. El Experto Independiente se congratula de que el mayor reconocimiento de que goza su mandato contribuya a un aumento de las aportaciones de los gobiernos, las instituciones nacionales de derechos humanos, la sociedad civil y las instituciones académicas. Se complace de los contactos establecidos con las partes interesadas de todas las esferas pertinentes y espera colaborar con ellas en la elaboración del informe del próximo año.

69. A modo de conclusión, el Experto Independiente desea reiterar su expresión de agradecimiento al personal sumamente dedicado y competente del ACNUDH y solicita a la Asamblea General que destine más recursos al ACNUDH.

Anexo

[Inglés únicamente]

Selected Activities

Participation at side-events during the 27th, 28th and 29th sessions of the HR Council and side-events during UPR sessions.

- 9 October 2014: Keynote speaker at the Erskine Childers lecture on the right to peace, London.
- 23–24 October: Participation in two panels of the International Law Association, on international governance and geo-engineering, and on new Special Procedures mandates, New York.
- 6–9 December: Conference on the humanitarian impact of nuclear weapons, Vienna.
- 13 December: “Parliaments and the United Nations”, United Nations Association, Bern.
- 27 January 2015: bilateral consultation with trade experts at South Centre, Geneva.
- 10 February: Panel discussion, “Combating Violence and Discrimination against Women, Carter Center, Atlanta.
- 11–12 February: Conference on Democracy and democratic elections, including bilateral meeting with President Carter, Atlanta.
- 19 March: Symposium on Unilateral Sanctions, Legal Policy and Business Challenges, London Centre of International Law Practice, London.
- 20–21 April: Consultation convened by the Independent Expert on human rights and international solidarity, Geneva
- 20–24 April: Participation in the open-ended inter-governmental working group on the right to peace.
- 27 April: Video message to Women’s International League for Peace and Freedom (WILPF)’s Conference on Peace, The Hague.
- 28 April: Bilateral consultations with trade experts at IPU, Geneva.
- 4 May: Bilateral consultations with trade experts at ILO and WHO
- 5 May: Expert consultation on free trade and investment agreements, Geneva (see Appendix 2).
- 19 May: Conference on unilateral economic sanctions, Institute of Democracy and Cooperation, Paris.
- 8–12 June: Annual meeting of Special Procedures mandate holders, Geneva.

Questionnaire of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order

(1) In your views, do free trade and investment agreements promote or obstruct an international order that is more democratic and equitable? Can you provide positive or negative examples of the effects of free trade and investment agreements on human rights, including labour standards, prohibition of child labour, minimum wage levels, vacation and pension entitlements, gender equality etc.?

- (2) How do States ensure that the genuine will of the people is respected when free trade and investment agreements are elaborated, negotiated, ratified and implemented?
- (3) How do States ensure that the distribution of benefits and wealth derived from free trade and investment agreements is proportional to all its parties, as well as third-parties that may also be impacted? In particular what fiscal measures are in place to ensure that profits are legitimately taxed and to prevent the use of tax havens or tax avoidance schemes.
- (4) To what extent can affected groups be identified and consulted in order to mitigate potential adverse effects of these agreements on their human rights? To what extent are all stakeholders consulted, including labour unions, syndicates, environmental protection organizations, health professionals, ombudsmen?
- (5) How can Parliaments ensure transparency and accountability in the process of elaboration, negotiation, ratification and implementation of trade and investment agreements to ensure that human rights are respected, protected and fulfilled?
- (6) What recommendations could be provided as guiding principles to strengthen disclosure of information to enable meaningful participation in the decision-making process in relation to these agreements?
- (7) Have opinion polling and referenda been used before the adoption of past trade and investment agreements, and how could these mechanisms be effectively employed in current negotiations?
- (8) To the extent that globalization impacts all States, whether parties of free trade and investment agreements or not, how can the democratic participation of all States in global decision-making processes be advanced?
- (9) To what extent do free trade agreements or investment agreements compromise the sovereignty of States over domestic policy decisions on the protection of public health, the environment, promotion of local industries and agriculture? Are there human rights clauses or provision for exceptions to ensure the respect of human rights?
- (10) What jurisdiction is competent to judge alleged breaches of a free trade or investment agreement? What are the appeal possibilities? What kind of sanctions can be imposed?
- (11) In States parties to free trade and investment agreements, what recourses and remedies are available to States, corporations, groups and individuals, including indigenous peoples, in case human rights are violated?

Concept Note of the Consultation on the impact of free trade and investment agreements on an equitable and democratic international order, 5 May 2015

1. Background

1. The mandate of the Independent Expert was created by Human Rights Council resolution 18/6 in September 2011. Subsequent resolutions 21/9, 25/15 and 27/9 have complemented the mandate's terms of reference. The first, and current, mandate holder, Mr. Alfred de Zayas, was appointed effective 1 May 2012. To date, the Independent Expert has presented three substantive reports to the Human Rights Council and three reports to the General Assembly on various issues falling within his mandate including on fostering full, equitable and effective participation in conduct of public affairs; the adverse impacts of military expenditures on a democratic international order; the right of self-determination, as well as initiatives and mechanisms promoting the right to peace, international cooperation, and enhanced participation of States and civil society in global decision-making.

2. In resolution A/HRC/RES/25/15, the Human Rights Council calls upon Members states “to fulfil their commitment ... to maximize the benefits of globalization through, inter alia, the strengthening and enhancement of international cooperation to increase equality of opportunities for trade, economic growth and sustainable development...”, reiterating “... that only through broad and sustained efforts to create a shared future based upon our common humanity and all its diversity can globalization be made fully inclusive and equitable.”

3. In recent years, globalization has fostered trade as well as cultural and human exchange, which ultimately has benefitted economic growth. Globalization has provided opportunities for improved standards of living and poverty reduction, but it has also caused unemployment in some sectors, dismantled local industries and triggered population movements and migration. Moreover, the increasing influence of trade in global, regional and bilateral relations between States has in many instances led to growing inequalities both between States and within States. While globalization has allowed for the empowerment of individuals and communities in various domains, the increased rapidity of trade liberalization today, especially in terms of financial flows and corporations’ influential capacity, renders it pertinent to examine the continuing effects of trade and investment agreements on a democratic and equitable international order.

4. Accordingly, the Independent Expert intends to examine the impact of free trade and investment agreements on a democratic and equitable international order in his upcoming reports to the Human Rights Council and to the General Assembly.

5. As part of the process of elaborating these reports, the Independent Expert is convening a one-day expert consultation on 5 May 2015 in Geneva, Switzerland.

2. Objectives

6. The consultation intends to:

(i) Seek the views of experts on the impact of free trade and investment agreements on the protection and promotion of human rights and the promotion of a democratic and equitable international order;

(ii) Explore ways in which globalization in trade-related areas could advance, rather than hinder, the realization of an international order that is more democratic and more equitable;

(iii) Gather suggestions for concrete and pragmatic recommendations for his reports to the Human Rights Council and General Assembly.

3. Expected outcome

7. The expected outcome of this meeting is to provide inputs and suggestions to inform the Independent Expert’s 2015 reports to the Human Rights Council and the General Assembly. Participants are encouraged to put forward possible recommendations for inclusion in these reports. Written submission before or after the consultation are welcome.

4. Thematic focus

8. The meeting is expected to address the following issues:

Public participation

9. The level of proactive information provided by governments and transnational enterprises and financiers in the process of elaboration, negotiation and adoption of free trade and investment agreements and the opportunity of the public to meaningfully participate in the process are often not compliant with article 25 of the ICCPR. The rapid adoption of these agreements in parliaments with little consultation or participation, often influenced by lobbyists, prevents the electorate from voting on issues that affect them directly.

10. For this reason it is imperative to examine the role of Parliaments in monitoring the elaboration, negotiation and adoption of these agreements, their responsibility to legislate for the public interest notwithstanding FTAs, their power of modification and/or termination of FTA agreements that conflict with the proper exercise of State competences in protecting the environment, health and labour standards. The role of Parliaments in regulating the activities of transnational enterprises, especially in areas of environmental protection and health standards will also be discussed.

5. Impact on human rights

11. Existing and proposed free trade and investment agreements have far-reaching effects on human rights. International agreements impact the rights to employment and labour, the right to health, the right to food, and the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment. The normative framework to be examined will include the United Nations Charter, the two human rights covenants, the conventions on the rights of the child, the convention on migrant workers, the ILO Conventions on labour standards, WHO Conventions including the Framework Convention on Tobacco Control, and soft law resolutions and declarations including the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, the Guidelines on Business and Human Rights and the Declaration on the Right to Development.

12. A review of human rights concerns that have arisen in the past on the basis of the experience with free trade and investment agreements, especially concerning States' obligation to adopt measures to progressively advance economic, social and cultural rights will notably be discussed. The "chilling effect" of the threat of costly Investor State Dispute Settlements (ISDS) arbitrations, which may deter States in adopting social legislation, will also be explored. The question arises whether transnational corporations can ever be allowed to hinder the competence of States to legislate in the public interest, and whether States can waive their competences without negating the ontological nature of the sovereign State as understood in the UN Charter.

13. Participants will examine the pertinence of human rights impact assessments in the process of elaboration of free trade and investment agreements, as well as the usefulness of subsequent or follow-up human rights impact assessment.

6. Reviewing the primacy of human rights treaty obligations over Free Trade and Investment Agreements

14. During the consultation, participants will be able to express their views on the primacy of the UN Charter and in particular its human rights provisions over other treaties (Cf. Art. 103 of the UN Charter). The discussion should also address experiences with the use of exception clauses or clauses that allow States to legislate in the public interest without fearing financial consequences before ISDS Tribunals. To the extent that free trade and investment agreements hinder the State's function of legislating in the public interest and result in violations of human rights treaties including ICCPR, ICESCR, ILO and WHO Conventions, they may be considered *contra bonos mores* and as such null and void pursuant to article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (CVLT). Customary international law on these issues should be revisited,

including general principles of law (Art. 38 ICJ statute) including good faith (Art. 26 Vienna Convention on the Law of Treaties) and the concept of abuse of rights contained in the legislation of many countries.

15. A review of the establishment of ISDS Tribunals and issues of conflict of interests and a review of the jurisprudence of ISDS arbitrations, including the possibilities of challenging arbitration awards will be discussed. In particular, the possibility and modalities of refusing implementation of arbitration awards and the consequence of such refusal will be explored, as well as the experience made by States in suing transnational corporations for environmental damage (the polluter pays principles) and endangering public health. In this context participants should consider whether the establishment of parallel systems of dispute settlement are compatible with the State's obligation to ensure that suits at law are examined by independent tribunals. Separate and unaccountable dispute settlement mechanisms seem to be contrary to the rule of law, in particular to article 14(1) ICCPR.

7. Pragmatic recommendations to make globalization work for human rights

16. Global challenges include privatization, the role of the World Bank and its International Center for Settlement of Investment Disputes, the WTO and the IMF, foreign debt management, default, unilateral sanctions, extraterritorial application of laws, etc.

17. Participants will discuss general issues about the impact of globalisation on human rights, including the ideas of taxation of transnational enterprises and phasing-out of tax havens and formulate recommendations thereon.

18. Among possible recommendations are the modification or termination of free trade and investment agreements that have led to violations of human rights. Participants consider the grounds for denunciation, invalidity, suspension, modification or termination of treaties laid down in the VCLT, including error (art. 48), fraud (art. 49), corruption (art. 50), coercion (arts. 51 and 52), conflict with peremptory norms (art. 53), implied right of denunciation or withdrawal (art. 56), breach (art. 60), supervening impossibility of performance (art. 61), fundamental change of circumstances (art. 62), emergence of a new jus cogens norm (art. 64), and the procedure to follow (arts. 65 et seq.)

19. Participants may also consider the feasibility for the General Assembly or some other body such as the ILO or WHO to request advisory opinions from the International Court of Justice on the primacy of human rights over FTAs and on available mechanisms to provide redress to victims.

Guiding Principles on business and human rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework – excerpts

20. The Human Rights Council endorsed the Guiding Principles in its resolution 17/4 of 16 June 2011.

Guiding principle 9

States should maintain adequate domestic policy space to meet their human rights obligations when pursuing business-related policy objectives with other States or business enterprises, for instance through investment treaties or contracts.

Commentary

Economic agreements concluded by States, either with other States or with business enterprises — such as bilateral investment treaties, free trade agreements or contracts for investment projects — create economic opportunities for States. But they can also affect the domestic policy space of Governments. For example, the terms of international investment agreements may constrain States from fully implementing new human rights legislation, or put them at risk of binding international arbitration if they do so. Therefore, States should ensure that they retain adequate policy and regulatory ability to protect human rights under the terms of such agreements, while providing the necessary investor protection.

Guiding principle 25

As part of their duty to protect against business-related human rights abuse, States must take appropriate steps to ensure, through judicial, administrative, legislative or other appropriate means, that when such abuses occur within their territory and/or jurisdiction those affected have access to effective remedy.

Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/29/28 – excerpts

Transparency in investment arbitration

21. A significant opportunity for increasing transparency in the area of investor-State arbitration has arisen from work of the Working Group on Arbitration and Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). The UNCITRAL Working Group started working on transparency in 2010, with a mandate that stressed the importance of ensuring transparency in investor-State dispute settlements (A/6317, para. 314). In a written submission in support of that mandate, a Member State observed that the lack of transparency in investor-State arbitration was contrary to the fundamental principles of good governance and human rights upon which the United Nations is founded (see A/CN.9/662, para. 20). That work has culminated in two major texts: (a) the rules on transparency in treaty-based investor-State arbitration, which came into effect on 1 April 2014; and (b) a convention on transparency⁶³ (the United Nations Convention on Transparency), which was finalized by the Commission in July 2014 and opened for signature on 17 March 2015. The Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises welcomes these new transparency rules.

22. Both the Guiding Principles and the UNCITRAL work on transparency back procedural and legal transparency and take a practical approach to achieving that aim. The new UNCITRAL rules on transparency seek to address a regular concern with investor-State dispute settlement cases – namely that their typically confidential and non-participatory nature does not allow for involvement by affected stakeholders, or for an adequate balance between the need for States to ensure that they retain adequate policy and regulatory ability to protect human rights and provide investor protection, as clarified in Guiding Principle 9. With the new UNCITRAL rules and the

⁶³ A/CN.9/812 and www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf. The Working Group chairperson was invited to speak at the March 2015 signing ceremony.

United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, States have a practical means to promote good governance and respect for human rights with a broader policy framework that is aligned with the Guiding Principles.⁶⁴

23. These rules, when they apply, provide a transparent procedural regime under which investment treaty arbitrations are conducted. They can be used in investor-State arbitrations initiated under UNCITRAL arbitration rules, as well as under other institutional arbitration rules or in ad hoc proceedings. States can now incorporate them into investment treaties concluded on or after 1 April 2014, but for the rules to apply to disputes arising under the more than 3,000 investment treaties concluded before that date, the States parties to a treaty, or disputing parties in an investor-State arbitration, would need to agree to apply the rules under that treaty or to that dispute. This highlights the importance of the Convention on Transparency, which provides an efficient, multilateral mechanism by which States can agree, subject to relevant reservations, to apply the rules to all arbitrations arising under their investment treaties concluded before 1 April 2014. The Working Group welcomes the rules and considers that an obvious step for States to remedy incoherence between current modes of investment with norms for good governance and human rights considerations, including those set out in the Guiding Principles, would be to sign and ratify the Convention.

24. The Working Group is pleased to have had the opportunity to engage with UNCITRAL, including at its forty-seventh session in July 2014, and to note that in the report of that session the Commission agreed that the UNCITRAL secretariat should monitor developments in the area of business and human rights, in cooperation with relevant bodies within the United Nations and beyond and inform the Commission about developments of relevance to UNCITRAL work (see A/69/17, para. 204).

Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements, A/HRC/19/59/Add.5 – excerpts

25. All States should prepare human rights impact assessments prior to the conclusion of trade and investment agreements.

26. States must ensure that the conclusion of any trade or investment agreement does not impose obligations inconsistent with their pre-existing international treaty obligations, including those to respect, protect and fulfil human rights.

27. Human rights impact assessments of trade and investment agreements should be prepared prior to the conclusion of the agreements and in time to influence the outcomes of the negotiations and, if necessary, should be completed by ex post impact assessments. Based on the results of the human rights impact assessment, a range of responses exist where an incompatibility is found, including but not limited to the following:

- (a) Termination of the agreement;
- (b) Amendment of the agreement;

⁶⁴ <http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/portfolio-items/transparency-in-investment-treaty-arbitration-and-the-un-guiding-principles-on-business-and-human-rights-the-new-uncitral-rules-and-convention-on-transparency/>.

- (c) Insertion of safeguards in the agreement;
- (d) Provision of compensation by third-State parties;
- (e) Adoption of mitigation measures.

28. Each State should define how to prepare human rights impact assessments of trade and investment agreements it intends to conclude or has entered into. The procedure, however, should be guided by a human rights-based approach, and its credibility and effectiveness depend on the fulfilment of the following minimum conditions:

- (a) Independence;
- (b) Transparency;
- (c) Inclusive participation;
- (d) Expertise and funding; and
- (e) Status.

29. While each State may decide on the methodology by which human rights impact assessments of trade and investment agreements will be prepared, a number of elements should be considered:

- (a) Making explicit reference to the normative content of human rights obligations;
- (b) Incorporating human rights indicators into the assessment; and
- (c) Ensuring that decisions on trade-offs are subject to adequate consultation (through a participatory, inclusive and transparent process), comport with the principles of equality and non-discrimination, and do not result in retrogression.

30. States should use human rights impact assessments, which aid in identifying both the positive and negative impacts on human rights of the trade or investment agreement, to ensure that the agreement contributes to the overall protection of human rights.

31. To ensure that the process of preparing a human rights impact assessment of a trade or investment agreement is manageable, the task should be broken down into a number of key steps that ensure both that the full range of human rights impacts will be considered, and that the assessment will be detailed enough on the impacts that seem to matter the most:

- (a) Screening;
- (b) Scoping;
- (c) Evidence gathering;
- (d) Analysis;
- (e) Conclusions and recommendations; and
- (f) Evaluation mechanism.

International Labour Organisation Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up, adopted by the International Labour Conference at its eighty-sixth session, Geneva, 18 June 1998 (Annex revised 15 June 2010) – excerpts

“2. Declares that all Members, even if they have not ratified the Conventions in question, have an obligation arising from the very fact of membership in the Organization to respect, to promote and to realize, in good faith and in accordance with the Constitution, the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions, namely:

- (a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;
- (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour;
- (c) the effective abolition of child labour; and
- (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.”

Declaration of Santa Cruz, Bolivia, 17 June 2014 – excerpts

In its Declaration, the 134 members of the Group of 77 expressed their concern about the negative impact of certain trade agreements on developing countries:

64. We note with great concern that non-communicable diseases have become an epidemic of significant proportions, undermining the sustainable development of member States. In that sense, we acknowledge the effectiveness of tobacco control measures for the improvement of health. We reaffirm the right of member States to protect public health and, in particular, to ensure universal access to medicines and medical diagnostic technologies, if necessary, including through the full use of the flexibilities in the Doha Declaration on the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) and Public Health.

169. We believe that trade rules, in WTO or in bilateral and regional trade agreements, should enable developing countries to have sufficient policy space so that they can make use of policy instruments and measures that are required for their economic and social development. We reiterate our call for the effective strengthening of the special and differential treatment and less than full reciprocity principles and provisions in WTO so as to broaden the policy space of developing countries and enable them to benefit more from the multilateral trading system. We also call for bilateral trade and investment agreements involving developed and developing countries to have sufficient special and differential treatment for developing countries to enable them to retain adequate policy space for social and economic development.

UNCTAD Database of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in 2014⁶⁵

<i>Case title</i>	<i>Year the case was initiated</i>	<i>Respondent State</i>	<i>Home State of investor (claimant)</i>	<i>Legal Instrument</i>	<i>Arbitration Rules</i>	<i>Outcome/Status of proceedings</i>
A11Y Ltd v. Czech Republic	2014	Czech Republic	United Kingdom	Czech Republic-UK BIT	UNCITRAL	Pending
Albaniabeg Ambient Sh.p.k, M. Angelo Novelli and Costruzioni S.r.l. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/14/26)	2014	Albania	Italy	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Alpiq AG v. Romania (ICSID Case No. ARB/14/28)	2014	Romania	Switzerland	Switzerland-Romania BIT; Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Anglia Auto Accessories, Ivan Peter Busta and Jan Peter Busta v. Czech Republic	2014	Czech Republic	United Kingdom	Czech Republic-UK BIT	SCC	Pending
Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/14/1)	2014	Venezuela, Bolivarian Republic of	United Kingdom	United Kingdom-Venezuela BIT	ICSID AF	Pending
Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25)	2014	China	Korea, Republic of	China-Republic of Korea BIT (2007)	ICSID	Pending
Ayoub-Farid Saab and Fadi Saab v. Cyprus	2014	Cyprus	Lebanon	Cyprus-Lebanon BIT	ICC	Pending
Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/14/21)	2014	Peru	Canada	Canada-Peru FTA	ICSID	Pending
Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30)	2014	Yemen	China	China-Yemen BIT	ICSID	Pending
Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/14/3)	2014	Italy	Belgium; France; Germany	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/14/32)	2014	Argentina	Austria	Argentina-Austria BIT	ICSID	Pending
CEAC Holdings Limited v. Montenegro (ICSID Case No. ARB/14/8)	2014	Montenegro	Cyprus	Cyprus-Serbia and Montenegro BIT	ICSID	Pending
Cem Uzan v. Republic of Turkey	2014	Turkey	Data not available	Energy Charter Treaty	SCC	Pending

⁶⁵ <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx>

<i>Case title</i>	<i>Year the case was initiated</i>	<i>Respondent State</i>	<i>Home State of investor (claimant)</i>	<i>Legal Instrument</i>	<i>Arbitration Rules</i>	<i>Outcome/Status of proceedings</i>
City-State N.V., Praktyka Asset Management Company LLC, Crystal-Invest LLC and Prodiz LLC v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/14/9)	2014	Ukraine	Netherlands	Netherlands-Ukraine BIT	ICSID	Pending
Corona Materials, LLC v. Dominican Republic (ICSID Case No. ARB(AF)/14/3)	2014	Dominican Republic	United States of America	CAFTA	ICSID AF	Pending
Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. v. Hellenic Republic (ICSID Case No. ARB/14/16)	2014	Greece	Cyprus	Cyprus-Greece BIT	ICSID	Pending
David Aven, Samuel Aven, Carolyn Park, Eric Park, Jeffrey Shiolen, Giacomo Buscemi, David Janney and Roger Raguso v. Costa Rica	2014	Costa Rica	United States of America	CAFTA	UNCITRAL	Pending
Elektrogospodarstvo Slovenije - razvoj inženiring d.o.o. v. Bosnia and Herzegovina (ICSID Case No. ARB/14/13)	2014	Bosnia and Herzegovina	Slovenia	Energy Charter Treaty; Bosnia Herzegovina-Slovenia BIT	ICSID	Pending
EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic (ICSID Case No. ARB/14/14)	2014	Slovakia	Canada; United States of America	Slovakia/Czechoslovakia-US BIT; Canada-Slovakia BIT	ICSID	Pending
Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/14/10)	2014	Venezuela, Bolivarian Republic of	Netherlands	Netherlands-Venezuela BIT	ICSID	Pending
IBT Group LLC, Constructor, Consulting and Engineering (Panamá) SA and International Trade and Business and Trade, LLC v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/14/33)	2014	Panama	United States of America	Panama-US BIT	ICSID	Pending
Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/14/5)	2014	Costa Rica	Canada	Canada-Costa Rica BIT	ICSID	Pending
InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/12)	2014	Spain	United Kingdom	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (ICSID Case No. ARB/14/29)	2014	Romania	Sweden	Romania-Sweden BIT	ICSID	Pending
JML Heirs LLC and J.M. Longyear LLC v. Canada	2014	Canada	United States of America	NAFTA	Data not available	Pending
Krederi Ltd. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/14/17)	2014	Ukraine	United Kingdom	Ukraine-UK BIT	ICSID	Pending

<i>Case title</i>	<i>Year the case was initiated</i>	<i>Respondent State</i>	<i>Home State of investor (claimant)</i>	<i>Legal Instrument</i>	<i>Arbitration Rules</i>	<i>Outcome/Status of proceedings</i>
Louis Dreyfus Armateurs v. India	2014	India	France	France-India BIT	UNCITRAL	Pending
Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1)	2014	Spain	Netherlands	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Michael Dagher v. Republic of the Sudan (ICSID Case No. ARB/14/2)	2014	Sudan	Jordan; Lebanon	Jordan-Sudan BIT; Lebanon-Sudan BIT	ICSID	Pending
NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/11)	2014	Spain	Netherlands	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/14/15)	2014	Indonesia	Netherlands	Indonesia-Netherlands BIT	ICSID	Discontinued (for unknown reasons)
Oded Besserglik v. Republic of Mozambique (ICSID Case No. ARB(AF)14/2)	2014	Mozambique	South Africa	Mozambique - South Africa BIT	ICSID AF	Pending
Red Eléctrica Internacional SAU v. Bolivia	2014	Bolivia, Plurinational State of	Spain	Spain-Bolivia BIT	UNCITRAL	Settled
RENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/18)	2014	Spain	Data not available	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/34)	2014	Spain	Germany	Energy Charter Treaty	ICSID	Pending
Sodexo Pass International SAS v. Hungary (ICSID Case No. ARB/14/20)	2014	Hungary	France	France-Hungary BIT	ICSID	Pending
Tarique Bashir and SA Interpétrol Burundi v. Republic of Burundi (ICSID Case No. ARB/14/31)	2014	Burundi	Belgium	Belgium/Luxembourg-Burundi BIT	ICSID	Pending
Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/14/4)	2014	Egypt	Spain	Egypt-Spain BIT	ICSID	Pending
United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia (ICSID Case No. ARB/14/24)	2014	Estonia	Netherlands	Estonia-Netherlands BIT	ICSID	Pending
VICAT v. Republic of Senegal (ICSID Case No. ARB/14/19)	2014	Senegal	France	France-Senegal BIT	ICSID	Pending
Vodafone International Holdings BV v. India	2014	India	Netherlands	India-Netherlands BIT	UNCITRAL	Pending

<i>Case title</i>	<i>Year the case was initiated</i>	<i>Respondent State</i>	<i>Home State of investor (claimant)</i>	<i>Legal Instrument</i>	<i>Arbitration Rules</i>	<i>Outcome/Status of proceedings</i>
Zelena N.V. and Energo-Zelena d.o.o Indija v. Republic of Serbia (ICSID Case No. ARB/14/27)	2014	Serbia	Belgium	Belgium/Luxembourg-Serbia BIT	ICSID	Pending

UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development – excerpt⁶⁶

Core Principles for investment policymaking for sustainable development

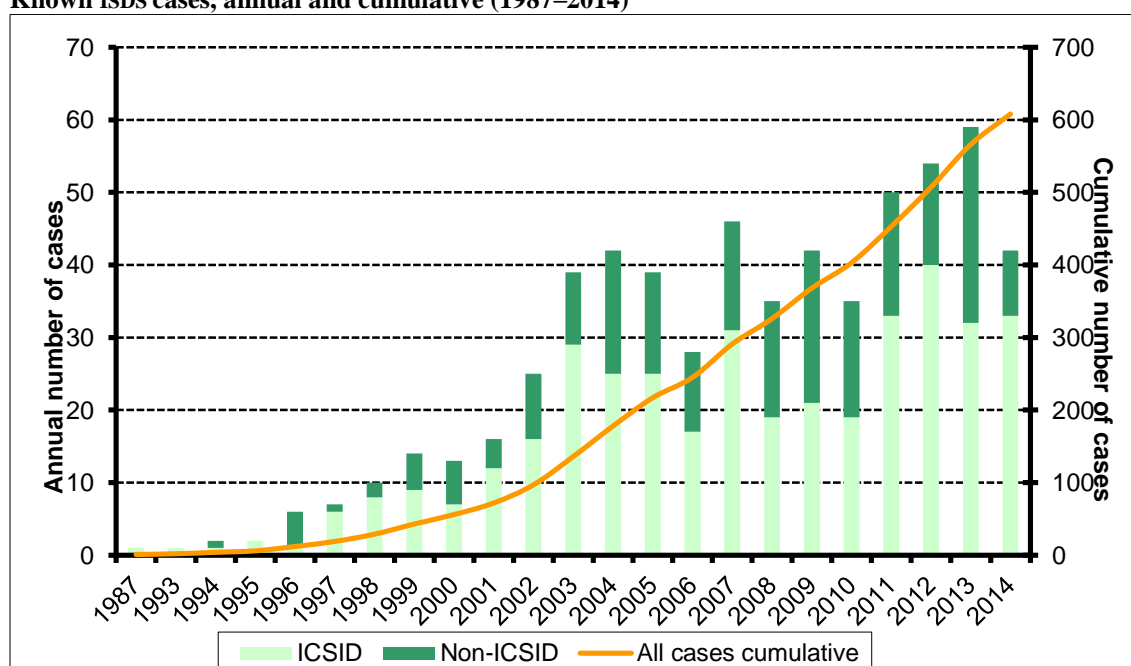
<i>Area</i>	<i>Core Principles</i>
1 Investment for sustainable development	• The overarching objective of investment policymaking is to promote investment for inclusive growth and sustainable development.
2 Policy coherence	• Investment policies should be grounded in a country's overall development strategy. All policies that impact on investment should be coherent and synergetic at both the national and international level.
3 Public governance and institutions	• Investment policies should be developed involving all stakeholders, and embedded in an institutional framework based on the rule of law that adheres to high standards of public governance and ensures predictable, efficient and transparent procedures for investors.
4 Dynamic policymaking	• Investment policies should be regularly reviewed for effectiveness and relevance and adapted to changing development dynamics.
5 Balanced rights and obligations	• Investment policies should be balanced in setting out rights and obligations of States and investors in the interest of development for all.
6 Right to regulate	• Each country has the sovereign right to establish entry and operational conditions for foreign investment, subject to international commitments, in the interest of the public good and to minimize potential negative effects.
7 Openness to investment	• In line with each country's development strategy, investment policy should establish open, stable and predictable entry conditions for investment.
8 Investment protection and treatment	• Investment policies should provide adequate protection to established investors. The treatment of established investors should be non-discriminatory in nature.
9 Investment promotion and facilitation	• Policies for investment promotion and facilitation should be aligned with sustainable development goals and designed to minimize the risk of harmful competition for investment.

⁶⁶ [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-IPFSD.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-IPFSD.aspx)

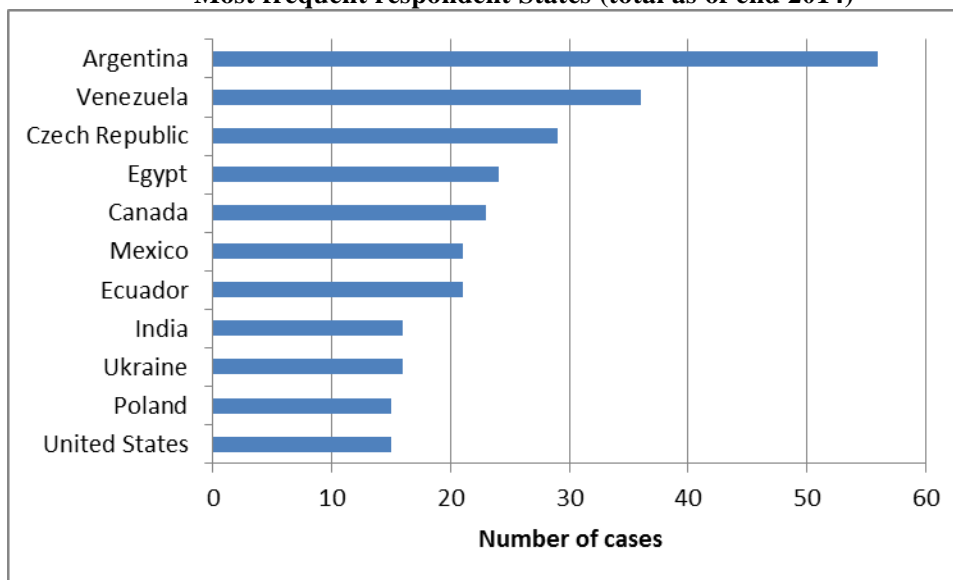
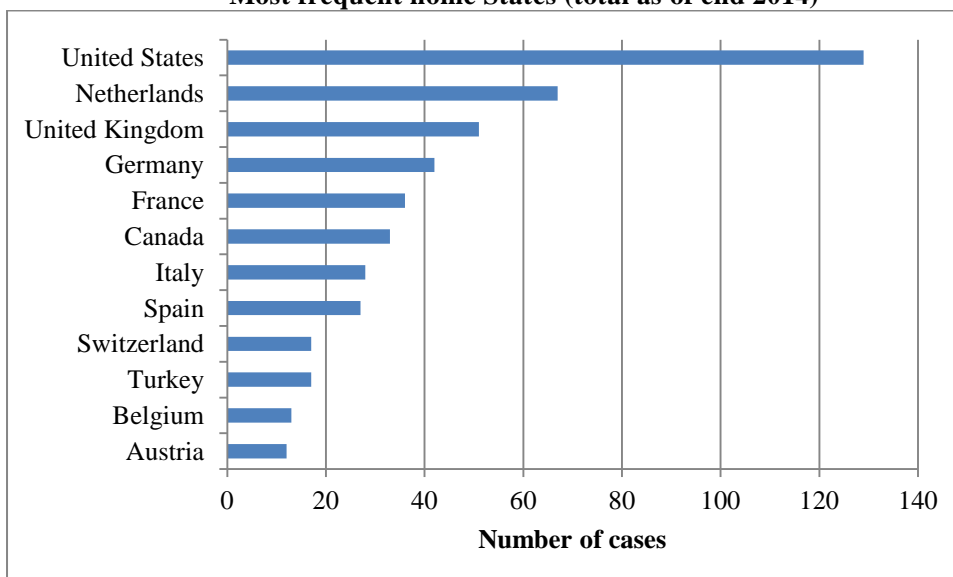
Area	Core Principles
10 Corporate governance and responsibility	<ul style="list-style-type: none"> Investment policies should promote and facilitate the adoption of and compliance with best international practices of corporate social responsibility and good corporate governance.
11 International cooperation	<ul style="list-style-type: none"> The international community should cooperate to address shared investment-for-development policy challenges, particularly in least developed countries. Collective efforts should also be made to avoid investment protectionism.

UNCTAD IIA Issues Note No. 2, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014, May 2015⁶⁷

Known ISDS cases, annual and cumulative (1987–2014)



⁶⁷ http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%202%20IIA%20ISSUES%20NOTESMAY%20evening.pdf

Most frequent respondent States (total as of end 2014)**Most frequent home States (total as of end 2014)**

UNCTAD Expert Meeting on the Transformation of the International Investment Agreement Regime: The Path Ahead, 25–27 February 2015 – excerpts⁶⁸

Item 3 Transformation of the international investment agreement regime

4. Pursuant to the terms of reference agreed by the Extended Bureau of the Trade and Development Board in September 2014, the experts will discuss the path ahead for the international investment agreement (IIA) regime. Challenges arising from the negotiation of IIAs and their implementation suggest that the time has come to revisit the IIA regime with a view to transforming it. Such challenges include the move towards megaregional agreements and the increasing number of investor–State dispute settlement (ISDS) cases.

⁶⁸ TD/B/C.II/EM.4/1 available at: <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=643>

5. Member States and IIA stakeholders at the 2014 IIA Conference, held in connection with the World Investment Forum in Geneva in October, called upon UNCTAD to develop a road map for the reform of the IIA regime and sketched the contours of such reform.

6. A number of developments characterize the current IIA regime and set the background against which such reform would be undertaken.

7. First, the balance is gradually shifting from bilateral treaty making to regional treaty making, including through megaregional agreements, such as the Regional Comprehensive Economic Partnership, the Trans-Pacific Partnership, or the Transatlantic Trade and Investment Partnership. These agreements, also known as “megaregionals”, could have systemic implications for the IIA regime: they could either contribute to the consolidation of the existing treaty landscape or create further inconsistencies through overlap with existing IIAs, including those at the plurilateral level (*World Investment Report 2014*).

8. Second, the second-highest number of treaty-based ISDS cases were brought against host countries in 2014. Host countries — both developed and developing — have learned that ISDS claims can be used by foreign investors in unanticipated ways, as a number of recent cases have challenged measures adopted in the public interest (*World Investment Report 2014*). This has sparked growing interest in reform of the investment dispute settlement system.

9. Third, an increasing number of countries are concluding IIAs with novel provisions aimed at rebalancing the rights and obligations between States and investors, as well as ensuring coherence between IIAs and other public policy objectives, in response to the recognition that inclusive growth and sustainable development need to be placed at the core of international investment policymaking (2013 and 2014 editions of the *World Investment Report*).

UNCTAD Trade and Development Report 2014 – excerpts (pp. 46-48)

In an increasingly globalizing world, no less than at the domestic level, market activity also requires a framework of rules, restraints and norms. And, no different from the domestic level, the weakening and strengthening of that framework is a persistent feature. However, there are two important differences. The first is that the international institutions designed to support that framework depend principally on negotiations among States with regard to their operation. Essentially these States must decide on whether and how much of their own policy space they are willing to trade for the advantages of having international rules, disciplines and support. Inevitably, in a world of unequal States, the space required to pursue their own national economic and social development aspirations varies, as does the likely impact of an individual country’s policy decisions on others. Managing this trade-off is particularly difficult at the multilateral level, where the differences among States are the most pronounced. Second, the extent to which different international economic forces can intrude on a country’s policy space also varies. In particular, cross-border financial activities, as Kindleberger (1986) noted in his seminal discussion of international public goods, appear to be a particularly intrusive factor. But in today’s world of diminished political and legal restraints on cross-border economic transactions, finance is not the only such source; as chapter V notes, there are also very large asymmetries in international production, in particular with the lead firms in international production networks, which are also altering the space available to policymakers.

The growing interdependence among States and markets provides the main rationale for a well-structured system of global economic governance with multilateral rules and disciplines. In principle, such a system should ensure the provision of global public goods such as international economic and financial stability and a more open trading system. In addition, it should be represented by coherent multilateral institutional arrangements created by intergovernmental agreements to voluntarily reduce sovereignty on a reciprocal basis. The guiding principle of such arrangements should be their ability to generate fair and inclusive outcomes. This principle should inform the design, implementation and enforcement of multilateral rules, disciplines and support mechanisms. These would contribute significantly to minimizing adverse international spillovers and other negative externalities created by national economic policies that focus on maximizing national benefits. From this perspective, how these arrangements manage the interface between different national systems (from which they ultimately draw their legitimacy), rather than erasing national differences and establishing a singular and omnipotent economic and legal structure, best describes the objectives of multilateralism.

The extent to which national development strategies respond to national needs and priorities can be limited or circumscribed by multilateral regimes and international rules, but equally, they can be influenced by economic and political pressures emanating from the workings of global markets, depending on the degree of integration of the country concerned. While the extent and depth of engagement with the global economy may result from domestic economic policy choices, subsequent policies are likely to be affected by that engagement, sometimes in a way and to an extent not anticipated. As noted in TDR 2006, it is not only international treaties and rules, but also global market conditions and policy decisions in other countries that have an impact on policy space. Global imbalances of power (both economic and political) also remain undeniably significant in affecting the capacities of governments of different countries to engage in the design and implementation of autonomous policies.

There are valid concerns that the various legal obligations emerging from multilateral, regional and bilateral agreements have reduced national policy autonomy by restricting both the available range and the efficacy of particular policy instruments. At the same time, multilateral disciplines can operate to reduce the inherent bias of international economic relations in favour of countries that have greater economic or political power (Akyüz, 2007). Those disciplines can simultaneously restrict (particularly *de jure*) and ease (particularly *de facto*) policy space. In addition, the effectiveness of national policies tends to be weakened, in some instances very significantly, by the global spread of market forces (especially financial markets) as well as by the internalization of markets within the operations of large international firms.

It is important to consider whether, how and to what extent policy space is reduced and reconfigured. Limits on policy space resulting from obligations or pressures to deregulate markets tend to circumscribe the ability of governments to alter patterns of market functioning to meet their broader social and developmental objectives. Yet unfettered market processes are unlikely to deliver macroeconomic and financial stability, full employment, economic diversification towards higher value added activities, poverty reduction and other socially desirable outcomes.

But while national policies are obviously affected by the extent of policy space available, as determined by the external context, they are also – and still fundamentally – the result of domestic forces. These include, among others, politics and the political economy that determine the power and voice of different groups in society, domestic expertise and capacities, the nature of institutions and enforcement agencies, the structure of the polity (e.g. degree of federalism), and prevailing macroeconomic conditions. Even when policymakers have full sovereign command over policy instruments, they may not be able to control specific policy targets effectively.

Furthermore, the interplay between these internal and external forces in determining both policymaking and implementation within countries in today's globalized world is an increasingly complex process. The emergence in the 1980s and 1990s, and the growing acceptance by policymakers throughout the world, of what could be called a standard template for national economic policies — irrespective of the size, context and nature of the economy concerned — was certainly influential (even if not always decisive) in determining patterns of market liberalization. But even as waves of trade liberalization and financial deregulation swept across the world, culminating in what we experience as globalization today, variations across individual countries suggest that they have retained some degree of policy autonomy, along with relatively independent thinking.

Certainly, for the more developed countries, globalization à la carte has been the practice to date, as it has been for the more successful developing countries over the past 20 years. By contrast, many developing countries have had to contend with a more rigid and structured approach to economic liberalization. This one size-fits-all approach to development policy has, for the most part, been conducted by or through the Bretton Woods institutions — the World Bank and the International Monetary Fund (IMF) — whose surveillance and influence over domestic policymakers following the debt crises of the 1980s were considerably extended giving them greater authority to demand changes to what they deemed to be “unsound” policies. Countries seeking financial assistance or debt rescheduling from the Bank or the IMF had to adopt approved macroeconomic stability programmes and agree to “structural” and political reforms, which extended the influence of markets — via liberalization, privatization and deregulation, among others — and substantially reduced the economic and developmental roles of the State. Similarly, and as discussed in greater detail in the next chapter, the Uruguay Round of trade negotiations extended the authority of the World Trade Organization (WTO) to embrace services, agriculture, intellectual property and trade-related investment measures, thereby restricting, to varying degrees, the policy space available to developing countries to manage their integration into the global economy.

Emphasizing the role of policy, and of the international economic institutions in promoting one set of policies over another, is an important correction to the view that globalization is an autonomous, irresistible and irreversible process driven by impersonal market and technological forces. Such forces are undoubtedly important, but essentially they are instigated by specific policy choices and shaped by existing institutions. It is also misleading to think of the global economy as some sort of “natural” system with a logic of its own. It is, and always has been, the evolving outcome of a complex interaction of economic and political relations. In this environment, multilateral rules and institutions can provide incentives and sanctions that encourage countries to cooperate rather than go their own way. And as the world has become increasingly interdependent, it is more challenging for countries to build institutional structures and safeguard remaining flexibilities in support of inclusive development. To the extent that markets and firms operate globally, there are grounds for having global rules and regulations. Moreover, international collective action is needed to help provide and manage global public goods that markets are unable or unwilling to provide. Dealing effectively with emerging threats, such as climate change, also requires appropriate global rules, regulations and resources. However, it goes without saying that governance at the international level is very different from governance at the national level, given that governments are being asked to surrender some measure of their sovereignty and responsibility to support collective actions and goals. It is imperative, therefore, and all the more so in a world of interdependent but unequal States and economies, for international measures to be designed in such a way that they complement or strengthen capacities to achieve national objectives and meet the needs of their constituencies.

The system that has evolved under finance-led globalization has led to a multiplicity of rules and regulations on international trade and investment that tend to excessively constrain national policy options. At the same time it lacks an effective multilateral framework of rules and institutions for ensuring international financial stability and for overseeing extra-territorial fiscal matters. Within this imperfect system, policymakers in developed countries are aiming to tackle a series of interrelated macroeconomic and structural challenges, while those from developing countries are trying to consolidate recent gains and enter a new phase of inclusive development. It is therefore more important than ever before for national policy space to be made a central issue on the global development agenda.

UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, General Assembly resolution 68/109 – excerpts

Article 1. Scope of application

Applicability of the Rules

1. The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”) shall apply to investor-State arbitration initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors (“treaty”)* concluded on or after 1 April 2014 unless the Parties to the treaty** have agreed otherwise.
2. In investor-State arbitrations initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty concluded before 1 April 2014, these Rules shall apply only when:
 - (a) The parties to an arbitration (the “disputing parties”) agree to their application in respect of that arbitration; or
 - (b) The Parties to the treaty or, in the case of a multilateral treaty, the State of the claimant and the respondent State, have agreed after 1 April 2014 to their application.

Application of the Rules

3. In any arbitration in which the Rules on Transparency apply pursuant to a treaty or to an agreement by the Parties to that treaty:
 - (a) The disputing parties may not derogate from these Rules, by agreement or otherwise, unless permitted to do so by the treaty;
 - (b) The arbitral tribunal shall have the power, besides its discretionary authority under certain provisions of these Rules, to adapt the requirements of any specific provision of these Rules to the particular circumstances of the case, after consultation with the disputing parties, if such adaptation is necessary to conduct the arbitration in a practical manner and is consistent with the transparency objective of these Rules.

Discretion and authority of the arbitral tribunal

4. Where the Rules on Transparency provide for the arbitral tribunal to exercise discretion, the arbitral tribunal in exercising such discretion shall take into account:
 - (a) The public interest in transparency in treaty-based investor-State arbitration and in the particular arbitral proceedings; and

- (b) The disputing parties' interest in a fair and efficient resolution of their dispute.
5. These Rules shall not affect any authority that the arbitral tribunal may otherwise have under the UNCITRAL Arbitration Rules to conduct the arbitration in such a manner as to promote transparency, for example by accepting submissions from third persons.
 6. In the presence of any conduct, measure or other action having the effect of wholly undermining the transparency objectives of these Rules, the arbitral tribunal shall ensure that those objectives prevail.

Applicable instrument in case of conflict

7. Where the Rules on Transparency apply, they shall supplement any applicable arbitration rules. Where there is a conflict between the Rules on Transparency and the applicable arbitration rules, the Rules on Transparency shall prevail. Notwithstanding any provision in these Rules, where there is a conflict between the Rules on Transparency and the treaty, the provisions of the treaty shall prevail.
8. Where any of these Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the disputing parties cannot derogate, that provision shall prevail.
9. These Rules are available for use in investor-State arbitrations initiated under rules other than the UNCITRAL Arbitration Rules or in ad hoc proceedings.

Draft Declaration on the Right to International Solidarity of the Independent Expert on human rights and international solidarity (A/HRC/26/34) – excerpts

Article 9

1. In the elaboration and implementation of international agreements and related standards, States shall ensure that the procedures and outcomes are fully consistent with their human rights obligations in matters pertaining to, inter alia, international trade, investment, finance, taxation, climate change, environmental protection, humanitarian relief and assistance, development cooperation and security.
2. States shall take appropriate, transparent and inclusive action to consult their populations and fully inform them of the decisions agreed upon at the national, bilateral, regional and international levels, in particular on matters that affect their lives.

Article 10

1. States shall establish an appropriate institutional framework and adopt domestic measures to give effect to the right of peoples and individuals to international solidarity, in particular by ensuring and facilitating access for everyone to domestic and international legislative, judicial or administrative mechanisms:
 - (a) When failure of States to fulfil their commitments made at the regional and international levels results in denials and violations of human rights; and
 - (b) When actions and omissions by non-State actors adversely affect the exercise and full enjoyment of their human rights.

2. States shall promote and prioritize support for micro, small and medium community based and cooperative enterprises which generate the majority of jobs around the world, including through national and international grants and concessional loans.
3. States shall be guided by International Labour Organization Recommendation No. 202 (2012) concerning National Floors of Social Protection, with a view to securing universal access to social services.

Article 11

1. States shall implement a human rights-based approach to international cooperation and all partnerships in responding to global challenges such as those relating to:
 - (a) Global governance, regulation and sustainability in the areas of climate change, protection of the environment, humanitarian relief and assistance, trade, finance, taxation, debt relief, technology transfer to developing countries, social protection, universal health coverage, reproductive and sexual health, food security, management of water and renewable energy resources, social standards, free education for all, human rights education, migration, and labour, and in countering dumping of toxic wastes, and transnational organized crime, such as terrorism, human trafficking, piracy and proliferation of arms.
2. States shall establish and implement appropriate mechanisms to ensure that international cooperation is based on equal partnerships and mutual commitments and obligations, where partner States are accountable to each other, as well as to their respective constituents at the national level, for the outcomes of policies, strategies and performance, whether at the bilateral, regional or international level, which shall reflect the best interests of their citizens and all others within their jurisdiction, in accordance with international human rights principles and standards.
3. States shall give effect to the establishment of a fair, inclusive and human rights based international trade and investment regime where all States shall act in conformity with their obligation to ensure that no international trade agreement or policy to which they are a party adversely impacts upon the protection, promotion and fulfilment of human rights inside or outside of their borders.

Article 12

The right to international solidarity shall impose on States particular negative obligations, required by applicable international human rights instruments, including:

- (a) Not adopting free trade agreements or investment treaties that would undermine peoples' livelihoods or other rights;
- (b) Not imposing conditionalities in international cooperation that would hinder or make difficult the exercise and enjoyment of human rights;
- (c) Not denying anyone access to life-saving pharmaceuticals and to the benefits of medical and scientific progress.

Bibliography

- ActionAid (2013) "How tax havens plunder the poor" www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2014/05/ActionAid-Tax-Havens-May-2013.pdf
- S.M. Ali Abbas, S.M. et al. "A partial race to the bottom_ Corporate tax developments in emerging and developing economies" IMF Working Papers 12(28), IMF, Washington 2012.

- Yilmaz Akyüz, *Reforming the IMF*, Third World Network, 2006.
- Raymond Baker, *Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and how to Renew the Free-Market System*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2005.
- Hamid Beladi (ed.): *Frontiers of Economics and Globalization*, Emerald, 2010.
- Nathalie Bernasconi, "Rethinking Investment-related dispute settlement", *International Institute for Sustainable Development Investment Treaty News*, 6(2) May www.iisd.org
- Matthew Bishop and Michael Green, *The Road from Ruin*, A&C Black, London 2011.
- Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*, CEPAL, 2011.
- Kate Bronfenbrenner, *Final Report: The Effects of Plant Closing or Threat of Plant Closing on the Right of Workers to Organize*, Cornell University IRL School, 1996.
- Alfredo E. and Alfredo F. Calcagno, *El Universo Neoliberal*. Ediciones Akal, Madrid 2015.
- Ha-Joon Chang, *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*, Anthem, 2002.
- Ha-Joon Chang, *Bad Samaritans, The Myth of Free Trade and the Secret History of Capitalism* Colin Crouch, *Coping with Post-Democracy*, Fabian Society, London 2000.
- Philippa Dee, *The Impact of Trade Liberalisation on Jobs and Growth*. OECD, 2011. http://www.oecd-ilibrary.org/trade/the-impact-of-trade-liberalisation-on-jobs-and-growth_5kgj4jfj1nq2-en.
- Pia Eberhardt and Cecilia Olivet, *Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, Brussels/Amsterdam, November 2012.
- European Commission, "Investment in TTIP and beyond – the path for reform", *Concept Paper* http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.pdf
- Malgosia Fitzmaurice and T. Elias, "The Doctrine of Fundamental Change of Circumstances" in Fitzmaurice, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Eleven Publishing, 2005.
- Joseph F. Francois, "Ex Ante Assessment of the Welfare Impacts of Trade Reforms with Numerical Models", in Chapter 13 in Gilbert, *New Developments*, 2010.
- Joseph F. Francois and Ian Wooton, *Market Structure in Services and Market Access in Goods*, CEPR Discussion paper, London 2005.
- Kevin P. Gallagher, *The New Vulture Culture: Sovereign debt restructuring and trade and investment treaties*, IDEAs Working Paper no. 02/2011, IDEAs, New Delhi
- John Gilbert (ed.) *New Developments in Computable General Equilibrium Analysis for Trade Policy* (*Frontiers of Economics and Globalization*, Volume 7) Emerald Group Publishing Limited, 2010.
- David Hall, "Challenges to Slovakia and Poland health policy decisions: Use of investment treaties to claim compensation for reversal of privatization/liberalization policies." <http://corporateeurope.org/trade/2013/06/transatlantic-corporate-bill-rights>
- Steffan Hindelang and Markus Krajewski, "Shifting Paradigms in International Investment Law – More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified". Oxford.
- Anne Hoffmann, *Indirect Expropriation*, in A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

- Denis Horman, *Une clause sociale pour l'emploi et les droits fondamentaux*, Editions Luc Pire, Bruxelles, 1996.
- Scott Horton, *Lords of Secrecy*, Nation Books, 2015.
- Robert Howse, "Securing Policy Space for Clean Energy under the SCM Agreement: Alternative Approaches", a think piece produced as part of a compilation of papers for the E15 Expert Group on Clean Energy Technologies and the Trade System, 2013.
- Gary Hufbauer and Jeffrey Scott, *NAFTA REvisited: Achievements and Challenges*. Washington DC 2005, Institute for International Economics.
- International Monetary Fund, « The Liberalization and Management of Capital Flo0ws – An Institutional View » Washington D.C. 2012.
- Raoul Marc Jennar, *Le Grand Marché Transatlantique. La Menace sur les peuples d'Europe*. Cap Bear Editions 2014.
- Sarah Joseph, *Blame it on the WTO? A Human Rights Critique*. Oxford 2011.
- Martin Khor, *Implications of some WTO Rules on the Realisation of the MDGs*, Third World Network, 2005.
- Naomi Klein, *The Shock Doctrine*, Penguin, New York 2007.
- Naomi Klein, *This Changes Everything. Capitalism vs.The Climate*. Simon & Schuster New York 2014.
- Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Oxford 2013.
- David Lynch, *Trade and Globalization. An Introduction to regional trade agreements*, Rowman & Littlefield, New York 2010.
- Loretta Napoleoni, *Rogue Economics*, Seven Stories Press, New York 2008.
- Cecilia Olivet and Pia Eberhardt, *Profiting from Crisis*, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, Amsterdam/Brussels 2014.
- Anne Orford, 'Beyond Harmonization: Trade, Human Rights and the Economy of Sacrifice' 18 *Leiden Journal of International Law* 179 (2005).
- Melik Özden, *The Right to Land*, CETIM, Geneva 2013.
- Leo Panitch, and Sam Gindin. *The Making of Global Capitalism: The Political Economy of American Empire*. London: Verso 2013.
- W. Park and G. Alvarez, *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, *The Yale Journal of International Law*, vol. 28 (2003).
- Jan Paulsson and Zachary Douglas, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations*, in Horn, Norbert and Kroll (eds), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, The Hague, Kluwer Law International, 2004.
- Sebastian Perry, "Stockholm: Arbitrator and counsel – the double-hat syndrome". *Global Arbitration Review*, Volume 7, 15 March 2012.
- Ernst-Ulrich Petersmann, "The Human Rights Approach Advocated by the United Nations High Commissioner for Human Rights and by the International Labour Organisation: is it relevant for WTO law and policy? In 7 *Journal of International Economic Law*, 605 et seq. (2004).
- Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-first Century*, Harvard University Press. 2004.

- Lauge N.S. Poulsen, Jonathan Bonnitcha, “Analytical Framework for Assessing Costs and Benefits of Investment Protection Treaties”, Study prepared for the Department of Business Innovation and Skills, LES Enterprise 2013.
- Stephen Powell, “The place of human rights law in World Trade Organization rules” 16 Florida Journal of International Law 219 (2004).
- Dani Rodrik, *The Globalization Paradox. Democracy and the future of the World Economy*. WW Norton, New York 2011.
- Dani Rodrik, *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions and Economic Growth*. Princeton 2008.
- Jeffrey Sachs, *The Price of Civilization*, The Bodley Head, London 2011.
- Karl P. Sauvant, “The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 16 (2015), pp. 11-87, is available at http://works.bepress.com/karl_sauvant/158/ and <http://ccsi.columbia.edu/files/2015/03/KPS-UN-Code-proof-2-Journal-of-World-Investment-and-Trade-March-2015.pdf>. An abbreviated excerpt is forthcoming under the title “Why the Code failure?” in Khalil Hamdani and Lorraine Ruffing, eds., *The United Nations Centre on Transnational Corporations: Corporate Conduct and the Public Interest* (London: Routledge, March 2015).
- Karl P. Sauvant (2015), *AIM Investment Report 2015: Trends and policy challenges* (Dubai: Annual Investment Meeting, 2015), prepared for the Annual Investment Meeting (AIM), Dubai, 30 March to 1 April 2015.
- Karl P. Sauvant and Federico Ortino (2013), *Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future* (Helsinki: Ministry for Foreign Affairs, 2013). A Columbia FDI Perspective (no. 101) by the authors, entitled “The need for an international investment consensus-building process”, was published on August 12, 2013
- Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford 2010.
- Robert Scheer, *The Great American Stickup*, Nation Books, New York 2010.
- Olivier de Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge 2014.
- Bryan Schwarz, “The Doha Round and Investment lessons from Chapter 11 of NAFTA” 3 *Asper Review of International Business and Trade Law* 1 (2003)
- Mehdi Shafaeddin, “Does Trade Openness Favour or Hinder Industrialization and Development?” *Third World Network Trade & Development Series No. 31*, Malaysia 2006.
- Joseph Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, Penguin, London 2002
- Joseph Stiglitz, *Making Globalization Work*, Penguin, London 2007
- Joseph Stiglitz, *Freefall: Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, Allen Lane, London 2010.
- Joseph Stiglitz, *The Price of Inequality*, Allen Lane, London 2012.
- Christian Tam, Antonios Tzanakopoulos and Andreas Zimmermann (eds.) *Research Handbook on the Law of Treaties*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.
- Yash Tandon, *Tide is War, the West’s War Against the World*. OR Books, New York 2015.

Cristian Tietje, Freya Faetens, “The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership” Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, Netherlands 2014.

Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford 2007.

Gus van Harten, *Public Statement on the International Arbitration Regime 2010*
<http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>

Carlos Vazquez, “Trade sanctions and human rights – past, present and future” 6 *Journal of International Economic Law* 7967 (2003)

Kenneth J. Vandevelde, “Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation”, Oxford 2010

Thomas Waelde, *International Energy Investment*, in *Energy Journals* No. 17, 1996, pp. 191-215. http://felj.org/sites/default/files/elj/Energy%20Journals/Vol17_No1_1996_article_international.pdf

Simon Walker, *The Future of Human Rights Impact Assessments of Trade Agreements*, Intersentia, Antwerp/Oxford 2009.

Louis Wells, “Property rights for foreign capital : sovereign debt and private direct investment in times of crisis”, in Karl Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2009-2010. New York, Oxford University Press.

Rüdiger Wolfrum, Peter Tobias and Anja Seibert-Fohr, *WTO: Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff, Leiden 2007.

Jean Ziegler, *Destruction massive: Géopolitique de la faim*, Seuil, 2011.

Organizations documents

ILO, *Social Protection Outlook*, 2015

UNCTAD, *Trade and Development Report*, 2014, 2013, 2012.

UNCTAD, *World Investment Report*, 2015, 2014, 2013

UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014*, IIA Issues Note, No. 2, 2015

UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union*, IIA Issues Note No. 2, 2014

UNCTAD, *the Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment_ An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, IIA Issues note – working draft, 2014.

UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap. Special Issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, IIA Issues Note No. 2, 2013

UNCTAD, *Transparency in IIAS: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. 2012

UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment” UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, 2012.

UNCTAD, *Scope and Definition : A Sequel*, 2011, w222.unctad.org/iaa

UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*, United Nations 2007.

UNCTAD, *Doha-Quatar 2012*, UNCTAD XIII, Geneva 2012.

UNCTAD, *Working towards prosperity for all*, Geneva 2015.

UNCTAD, *Report of the Expert Meeting on the Transformation of the International Investment Agreement Regime: The Path Ahead* (Held at the Palais des Nations, Geneva, from 25 to 27 February 2015)

UNCTAD, *Investor-State Disputes_ Prevention and Alternatives to Arbitration*, Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium, *International Investment and Alternative Dispute Resolution*, 2010

WIPO, *The Enforcement of Intellectual Property Rights, LTC Harms*, 3rd edition 2012
http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/791/wipo_pub_791.pdf

Others

http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2014/02/state-of-the-international-order/intlorder_report.pdf

<http://www.brookings.edu/research/reports/2014/02/state-of-the-international-order>

CETIM, *Ami, Attention. Un Accord peut en cacher un autre*, Cetim, Geneva 1998.

Oxfam, *Rigged Rules and Double Standards*, London 2012.

Oxfam, *Partnerships of Power Play? How Europe should bring Development into its trade deals with African, Caribbean and Pacific Countries*, Oxfam 2018.

<http://socialprotection-humanrights.org/>

<http://socialprotection-humanrights.org/legaldep/protecting-pensions-against-austerity-measures-in-latvia/>

Pope Francis on TPP, TTIP, TISA <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-276806-2015-07-10.html>

<https://www.techdirt.com/articles/20131205/11253225471/holy-see-pope-criticizes-tpp-taftattip-wto-speech.shtml>

<https://www.youtube.com/watch?v=aZpyP9w4ctY>