

ISSN: 2221-4135



Revista Andina de Estudios Políticos

<http://www.iepa.org.pe/raep>

Medina Rivas Plata, Anthony. 2018. «Midiendo la influencia de las políticas públicas ambientales en procesos de arbitraje internacional bajo las reglas del Tratado de Libre Comercio: Un estudio de caso del conflicto entre Renco Group y la República del Perú (2011-2016)». *Revista Andina de Estudios Políticos*, 8 (1), pp.1-30.

Artículo Publicado por: Instituto de Estudios Políticos Andinos – IEPA

www.iepa.org.pe

Todos los Derechos Reservados

El presente producto está licenciado por Creative Commons. El Instituto de Estudios Políticos Andinos se reserva el derecho de publicación de los artículos. Cada uno de los artículos es publicado con los permisos correspondientes de los autores. La Revista Andina de Estudios Políticos es una revista publicada bajo la plataforma OJS que garantiza la distribución del presente artículo de manera libre y gratuita.

**MIDIENDO LA INFLUENCIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS
AMBIENTALES EN PROCESOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL BAJO
LAS NORMAS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO: UN ESTUDIO DE
CASO DEL CONFLICTO ENTRE RENCO GROUP Y LA REPÚBLICA DEL
PERÚ (2011-2016).**

*MEASURING THE INFLUENCE OF ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICY IN
INTERNATIONAL ARBITRATION PROCESSES UNDER FTA RULES: A CASE-
STUDY ANALYSIS ON THE CONFLICT AMONG RENCO GROUP AND THE
REPUBLIC OF PERU (2011-2016).*

Anthony Medina Rivas Plata

Universidad Católica de Santa María

Recibido: 20.08.2017 / Aceptado: 30.10.2018

Resumen

Este trabajo se centra en un caso específico de arbitraje internacional, para el cual el Centro Internacional para el Arbitraje de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI) emitió un veredicto final en diciembre del año 2016: el caso Renco Group vs. la República del Perú. Este fue el primer caso en el que una compañía minera transnacional con base en los Estados Unidos denuncia al Estado peruano bajo el marco legal del Tratado de Libre Comercio (TLC) Perú-EE.UU., el cual entró en vigor en febrero de 2009, siendo el resultado ‘parcialmente’ favorable para el Estado peruano. Para entender las causas de este resultado, analizamos dos diferentes, pero complementarios, problemas: el impacto político doméstico del Tratado de Libre Comercio entre Perú y los Estados Unidos, junto con su impacto en la formulación de las políticas públicas ambientales; así como la influencia que dichas reformas tuvieron en el veredicto final emitido por el tribunal del CIADI.

Palabras Clave: Arbitraje Internacional, ISDS, ICSID, Perú, Minería, Tratado de Libre Comercio.

Abstract

This paper will focus on a specific case of international arbitration, for which the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) released a Final Award on Jurisdiction in December 2016: The Renco Group vs. Republic of Peru case. This was the first case where an American-based transnational mining company sued the Peruvian State under the legal framework of the US-Peru FTA, which entered into force in February 2009; with a favourable result for the Peruvian State. In order to understand the causes of this outcome, we deal with two different but complementary problems: the impact of the US-Peru FTA in domestic politics and its public policy outcomes, as well as the influence of these reforms in the Final Award given by the ICSID arbitration court.

Key Words: International Arbitration, ISDS, ICSID, Peru, Mining, Free Trade Agreement.

Anthony Medina Rivas Plata: Licenciado en Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y *Erasmus Mundus Master of Arts in Public Policy* por Erasmus Rotterdam University-ISS (Países Bajos) y la University of York (Reino Unido). Investigador Asociado del IEPA y Profesor de la Escuela de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad Católica de Santa María. Contacto: amedinarp@ucsm.edu.pe

MIDIENDO LA INFLUENCIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTALES EN PROCESOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL BAJO LAS NORMAS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO: UN ESTUDIO DE CASO DEL CONFLICTO ENTRE RENCO GROUP Y LA REPÚBLICA DEL PERÚ (2011-2016)

Introducción

El presente trabajo es un análisis de estudio de caso de un proceso de arbitraje particular. Una conocida empresa minera estadounidense (Renco Group, poseedora de los activos de la compañía Doe Run) demandó a un pequeño Estado latinoamericano (en este caso, Perú) bajo el marco legal del Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Perú; acudiendo a un tribunal de arbitraje instituido por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión (CIADI)¹. La razón formal para esta demanda fue el rechazo por parte de la empresa de la aplicación de las leyes y políticas ambientales establecidas por Estado peruano. Para esto, la compañía no sólo argumentó un trato discriminatorio, sino también un intento del Estado Peruano por expropiar sus activos². En diciembre de 2016, después de casi seis años de juicio, el laudo final emitido por un tribunal del CIADI en Londres reconoció incoherencias en la demanda interpuesta, negando tener jurisdicción para resolver el caso. Sin embargo, incluso si el Grupo Renco fuera presentado como la parte que aparentemente perdió el juicio bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); Perú solo logró una medida de éxito considerada como ‘relativa’ (en lugar de ‘absoluta’).

Contexto de la Investigación

Desde principios de la década de 1990, muchos países han acordado nuevas normas legales para la solución de controversias entre Estados y empresas. En algunos casos, estas normas han colocado a los Estados en una situación desfavorable debido a las complejidades propias de los procesos de arbitraje internacional. Si a esto le sumamos la capacidad de las

¹ Este Centro fue creado en Washington D.C. por el Banco Mundial en 1966. Su objetivo es resolver los conflictos relacionados con la inversión entre empresas y Estados extranjeros. El Convenio del CIADI establece que los inversores privados pueden demandar a un Estado sin tener que recurrir a la protección diplomática o agotar los recursos internos en un Estado anfitrión. La mayoría de los países del mundo reconocen la convención del CIADI a pesar de algunos retiros, la mayoría de ellos de países latinoamericanos. Hasta 2011, tenía 144 estados miembros (Ramírez-Daza 2011: 26-27).

² Según Ramírez-Daza (Op. Cit.: 28-29), las normas para la protección de la inversión extranjera están bien arraigadas en el campo del Derecho Internacional Público. Tradicionalmente, los estándares más aceptados y desarrollados son: a). Admisión y establecimiento de un inversor extranjero, b). Aplicación de la cláusula más favorable y trato del inversionista extranjero como nacional, c). Protección y seguridad completas, d). Expropiación directa o indirecta, e). Cláusula paraguas, y f). Tratamiento de la transferencia de capital. La demanda presentada por Renco Group se basa en b). yd).

empresas transnacionales para ejercer presión a través varias vías formales e informales a fin de obtener apoyo para sus intereses; se puede decir que este tipo de procesos representa un desafío para la soberanía de los Estados, especialmente aquellos de menores capacidades. Esto es aún más evidente en los casos que involucran industrias extractivas, ya que este sector es uno de los más susceptibles a los procesos de arbitraje promovidos por las empresas. Según un informe del Transnational Institute de Amsterdam, 52 casos relacionados con actividades mineras han sido reconocidos hasta ahora en todo el mundo. De estos, dentro de los 44 casos con datos disponibles, las compañías mineras han demandado a los gobiernos por un total de 53 mil millones de dólares (Olivet et al., 2016, 4).

En los arbitrajes internacionales, los estándares legales a aplicarse varían de un país a otro, según el caso, y dependen de procesos específicos de negociación de reglas, previamente acordados por las partes. Estas normas legales se crearon con el objetivo ‘formal’ de facilitar y obtener inversión extranjera en países con modelos económicos de libre mercado, cuyo crecimiento económico dependía de los flujos constantes de inversión extranjera directa que pudiera recibir. El someterse a reglas de arbitraje en caso de conflictos legales con empresas es un requisito obligatorio para países pequeños que experimentan transiciones hacia modelos de mercado, debido a la falta de confianza pública en su estabilidad institucional, así como a tendencias ‘impredecibles’ de política pública que pudieran generar ‘distorsiones’ en los mercados (Pohl, Mashigo y Nohen 2012). Dado que estos acuerdos establecen los derechos que los inversionistas tienen en el extranjero, también pueden ser utilizados por las ellos para presionar a los gobiernos a cambiar determinadas políticas públicas que podrían desafiar sus márgenes de ganancia a corto plazo. La mayoría de estas políticas están relacionadas con el tipo de regulaciones (principalmente sociales y ambientales) que rigen actividades económicas específicas llevadas a cabo por los inversores extranjeros (Olivet Op. Cit., 5).

El aumento de los tratados bilaterales de inversión, así como de los nuevos estándares para la regulación de conflictos Estado-Empresa basados en acuerdos de promoción commercial y tratados de libre comercio, crearon una industria de cabilderos corporativos, bufetes de abogados, árbitros y otros (la mayoría de ellos con sede en los Estados Unidos y el Reino Unido) capaces de ejercer presión sobre los gobiernos que no ‘siguen las reglas’ establecidas por los intereses corporativos. Incluso, aquellos que en la industria se presentarían a sí mismos como expertos ‘independientes’ que solo vendían evaluación y soporte ‘técnico’ para la realización de los procesos de arbitraje; la mayoría de ellos ha tenido

fuertes lazos con corporaciones transnacionales, bancos de inversión y sectores afines (Olivet 2012).

Como ya se dijo, el caso *Renco Group vs. República del Perú* al parecer cumplió con todas las condiciones que podrían incitarnos a predecir un resultado absolutamente desfavorable para el Estado peruano; tanto por las características de los actores involucrados, como por las reglas del juego establecidas. Una corporación minera transnacional estadounidense, el capítulo de inversiones de un Tratado de Libre Comercio, un proceso de resolución de conflictos manejado bajo los parámetros de un organismo del Banco Mundial, y un Estado latinoamericano de tamaño medio y poder internacional escaso.

En este contexto, nuestra principal tarea será la de explicar las causas y condicionantes que generaron los resultados del laudo final del tribunal del CIADI para caso ‘Grupo Renco vs. República del Perú’. Si bien se tomarán a consideración los inevitables aspectos formal-legales del proceso; nuestras prioridades se centrarán en el análisis del proceso de las características y condiciones no legales (institucionales y políticas) que generaron ese resultado. A través de este texto, se busca poner en cuestión el sentido común profundamente arraigado (especialmente en nuestros países latinoamericanos) que entiende el marco legal de los Tratados de Libre Comercio (TLC) como una mera ‘imposición’ de poderes superiores a inferiores, buscando promover sus valores y enfoques normativos; todo esto con el futuro objetivo de defender intereses económicos concretos (Aleo 2006, Calabrese y Briziarelli 2011).

Bajo estas consideraciones, este trabajo analizará el vínculo que existe entre el enfoque peruano para con los procesos de arbitraje internacional y la política pública ambiental; a fin de comprender cómo ambos han sido influenciados por las negociaciones y la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC/TLC) entre Estados Unidos y Perú. Sostenemos que fueron tres condiciones entrelazadas las que permitieron que Perú obtuviera un resultado favorable en el proceso de arbitraje iniciado por el Grupo Renco:

- La naturaleza vinculante de el TLC obligó a Perú a promover estándares más altos para la protección ambiental;
- Perú adoptó un enfoque a favor de la aplicación de los arbitrajes internacionales que está integrado en el marco legal del TLC;
- En las audiencias públicas que tuvieron lugar durante el proceso de arbitraje, la República del Perú pudo desarrollar mejores estrategias de formación de coaliciones, logrando la participación de actores clave que respaldaban la posición peruana.

Pregunta de Investigación (Primaria)

¿Existe una jerarquía entre los capítulos Ambiental y de Inversión en el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre los Estados Unidos y el Perú? ¿Cómo influye la relación entre estos dos capítulos en la decisión de un tribunal de arbitraje internacional cuando existe un daño ambiental evidente por parte de un inversor extranjero?

Preguntas secundarias de investigación

- ¿Fue la reforma ambiental e institucional ambiental de Perú una consecuencia de la firma del TLC entre Estados Unidos y Perú? De ser así, ¿cómo se aplicaron estas reformas frente a los requisitos de protección de la inversión de TLC?
- Cómo las reformas Ambientales Legales e Institucionales realizadas por el Estado peruano fueron utilizadas por un tribunal del CIADI como prueba para desestimar las reclamaciones hechas por The Renco Group en un proceso de arbitraje internacional bajo las reglas establecidas por el Capítulo 10 (B) de los Estados Unidos.-Peru TLC, en relación con los procesos de Solución de controversias entre inversores y estados (ISDS)?
- ¿De qué manera los recursos de poder legal, político y económico movilizados por el Estado peruano influyeron en el resultado establecido por el Premio Final del CIADI?

Revisión de la Literatura

Como dice Paulsson (2010), la gran paradoja de los procesos de arbitraje internacional frente a cortes enmarcadas en el CIADI o la Corte Permanente de Arbitraje es que necesitan apoyo de los Estados para operar fuera de su alcance. Debido a esto, surgen muchas preguntas sobre el grado de cooperación que los árbitros podrían esperar de los Estados; si las leyes y procedimientos de arbitraje están vinculados a una autoridad o jurisdicción estatal específica; la relación entre el derecho arbitral y el derecho interno; así como la fuente de legitimidad de los laudos arbitrales (Op. Cit., 2).

Debido a las críticas provenientes de los gobiernos de izquierda intervencionista en América Latina; no solo tribunales internacionales como el CIADI, sino la misma idea de resolver conflictos entre Estados y corporaciones frente a tribunales de arbitraje se ha puesto

en tela de juicio; especialmente después de que muchas compañías mineras y petroleras transnacionales exigieran indemnizaciones a los gobiernos de Venezuela, Bolivia y Ecuador debido a sus respectivos programas de 'nacionalización' de las industrias extractivas (Fiezzoni 2011). Esto no es algo nuevo, si consideramos que toda América Latina más Filipinas e Irak rechazaron firmar la Convención del CIADI en 1964 (Amplio 2014). Sin embargo, la novedad de este siglo, además del rechazo explícito de la jurisdicción del CIADI, es la intención de los países latinoamericanos de crear un mecanismo de arbitraje paralelo en el marco de la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), con el fin de evitar el 'intervencionismo' en conflictos que vinculan a Estados e inversionistas extranjeros (Boeglin 2013). Como podemos ver, América Latina es la región más crítica con el sistema de arbitraje internacional, debido a legítimas preocupaciones sobre su soberanía (Trakman 2012).

Es difícil encontrar una teoría jurídica adecuada para estudiar los procesos de arbitraje, debido a la simple razón de que este tipo de procesos no atrajo mayor atención de los expertos en Derecho. Como dijo Brekoulakis (2013), este campo de estudio ha ido creciendo en forma aislada del resto de disciplinas legales y para-legales. Además, las investigaciones sobre arbitraje son impulsadas principalmente por abogados corporativos (no académicos) que buscan encontrar soluciones prácticas para casos muy concretos de arbitraje. Sus métodos de investigación son positivistas, basados principalmente en la jurisprudencia, sin una discusión importante con los nuevos desarrollos en la teoría legal, ni conceptos más elaborados sobre justicia y derecho internacional (Op. Cit, 746).

Consideramos útil ir más allá del análisis legal-formal y comprometerse con un estudio legal orientado a la política pública, a fin de establecer conexiones entre las disciplinas legales y no legales (Op. Cit. 751-754). Para el propósito de nuestra investigación, nos adherimos a la perspectiva de Estudios Legales Críticos (*Critical Legal Studies*, CLS). CLS es una reacción al legalismo formal y al positivismo, y se ocupa del estudio de las relaciones de poder concretas que operan detrás del Derecho, explicando cómo el Derecho puede ser un legitimador de las estructuras sociales y económicas injustas (Merino 2016, 22). La crítica CLS tiene dos tesis principales: indeterminación e ideología. 'Indeterminación' significa que la Ley es interna y externamente inconsistente, por lo que no es neutral. La ley es un sistema de técnicas diseñado para ocultar el hecho de que un juez elige entre determinados valores. La ley es externamente inconsistente en el sentido de que en realidad no produce resultados correctos que sean predecibles. 'Ideología' significa que el Derecho es también un aparato ideológico que posee sesgos (Op. Cit., 63).

Encontrar un enfoque teórico para esta tesis no es fácil en CLS. Una de las principales paradojas del CLS es que, por un lado, esta corriente critica la tradición de la erudición legal ortodoxa, mientras que por otro lado adopta y mezcla muchas posiciones teóricas diferentes para ‘adaptar la teoría’ en lugar de construirla (Hunt Op. Cit., 9).

Koskenniemi (1990) hace una aproximación interesante al derecho internacional, a través de su crítica de los supuestos filosóficos y políticos liberales incrustados en los estudios jurídicos tradicionales. Para él, estas suposiciones liberales fueron una consecuencia de un acuerdo tácito de un discurso de legitimación históricamente condicionado (Op. Cit., 22). Debido a esto, se opone a las perspectivas positivistas del derecho internacional, ya que representan un ‘consenso de universalidad’ ficticio entre los Estados (Op. Cit., 12). A los fines de esta investigación, usaremos este concepto clave para comprender cómo tratar las normas legales que serán analizadas, a fin de encontrar las relaciones de poder subyacentes que están cubiertas detrás las reglas internacionales ‘neutrales’ relacionadas con la implementación del TLC entre Estados Unidos y Perú.

Metodología

¿Cómo podemos analizar los procesos de ISDS bajo una perspectiva crítica? Normalmente, es difícil establecer un análisis riguroso en un proceso de ISDS, principalmente debido a su secretismo y, por lo ello, a su falta de responsabilidad. Los árbitros y abogados son reacios a hablar con los medios u otros actores de la sociedad civil, las audiencias arbitrales se realizan en interiores la mayoría de las veces, y las partes tienen poder de veto relacionado a qué documentos relacionados con el juicio se harán públicos y cuáles no (Horodyski 2016, 162). Sin embargo, como una circunstancia positiva para los fines de nuestra investigación, la Ley peruana impone la transparencia en los procesos de ISDS. El Decreto Legal N ° 1071 incluido en el ‘paquete legal’ de decretos de adaptación al TLC, establece que, incluso si se deben mantener algunos procedimientos esenciales de confidencialidad durante todo el proceso de arbitraje, el laudo arbitral se publicará y estará disponible una vez que el proceso haya finalizado (Latorre Boza 2009, 50). Como resultado, todos los documentos relacionados con el caso *Renco vs. Perú* estaban disponibles en el sitio web del CIADI al momento de iniciar este trabajo³.

³ ICSID cargó todos los documentos del caso por un corto tiempo y luego borró todo de su sitio web sin explicación. Sin embargo, todavía están disponibles en el sitio web de ITALAW: <https://www.italaw.com/cases/906>

A partir de los diferentes métodos de estudio de casos disponibles, utilizaremos el seguimiento de procesos (*Process Tracing*) para explicar una relación de causa-efecto entre el laudo final del CIADI en el caso *Renco Group v. Perú* y el cumplimiento por parte del Perú de los requisitos ambientales del TLC. Sin embargo, incluso si el seguimiento de procesos es un método bastante conocido, sus procedimientos específicos no siempre se clarifican. Primero, éste debe ser un análisis en profundidad de un caso único que incluya una relación entre A y B. A debe incluir el efecto bajo investigación, la causa hipotética y el evento que vincula la causa y el efecto (Bennett y George 1997, Gerring 2007). En segundo lugar, con los datos disponibles, necesitamos saber si nuestro seguimiento de procesos busca probar una teoría ya construida, construir una nueva o explicar un resultado específico. Como dijo Beach & Pedersen (2013), el testeado de teorías (*Theory Testing*) funciona cuando sabes lo que A y B son exactamente, sabes existe un vínculo causal entre ellos, y crees saber por qué A condujo a un resultado B (Op. Cit., 146- 153). Por otro lado, la construcción de teorías (*Theory Building*) se usa si se conocen tanto A y B, pero no se dispone de una teoría específica para explicar por qué A conduce a B (Op. Cit., 154-155), explicando el resultado es un análisis centrado en el caso (no generalizable a otros casos), y tampoco enfocado en probar una teoría específica (Op. Cit. , 156-157). Para el análisis legal, los sistemas de Common Law como el británico y el estadounidense son un campo abierto para hacer análisis de teoría o de construcción de teoría debido al papel tradicional de la jurisprudencia en la creación de la ley. En este sistema legal, el juez no solo aplica la ley, sino que también la interpreta, actuando como un órgano casi legislativo con el fin de garantizar la sucesión y dar previsibilidad y estabilidad a la práctica de los tribunales (Ambrasiené & Cirtautiené 2009: 62). Este no es el caso cuando tratamos con procesos de arbitraje internacional, en los que las partes deben acordar el marco legal que deberán aplicar los árbitros antes de comenzar el juicio. Ciertamente, como en el caso de Perú con el Decreto Legal N° 1071, existe una tendencia creciente por parte de los Estados a utilizar la legislación nacional para aumentar la transparencia en los procesos de arbitraje y laudos arbitrales, buscando al mismo tiempo un equilibrio cuidadoso para satisfacer el interés público sin desalentar el uso del arbitraje (Comrie-Thomson 2017). Además, hay una gran cantidad de publicaciones y comunicados públicos sobre laudos arbitrales, como los Informes del CIADI, los Informes del Capítulo Once del TLCAN, revistas como el *Journal of International Arbitration*, el *ICSID Journal*, *Foreign Investment Law Journal*, etc. Sin embargo, como nosotros ya hemos mencionado, ninguno de estos materiales puede considerarse un precedente judicial como lo entiende el sistema de Common Law. Como dice Commission (2007), la situación actual del precedente judicial en

el arbitraje de tratados de inversión es en algunos aspectos similar al sistema judicial inglés en el siglo XII, cuando aún no existía algún tipo de doctrina vinculante de *Stare Decisis*⁴. En la actualidad, los árbitros internacionales están interesados en obtener información sobre casos similares, especialmente si los marcos legales acordados por las partes son similares (por ejemplo, los Capítulos de Inversión en los TLC); pero no van más allá de eso (Op. Cit., 158).

Entonces, ¿qué tipo de seguimiento de procesos deberíamos usar para un sistema legal que no se basa en precedentes jurisprudenciales (y que debido a esto, los resultados de un análisis legal no serían generalizables a otros procesos de ISDS)? Dado que no intentaremos aquí probar o construir una teoría específica, nuestro desafío consistirá en proporcionar un ‘argumento mínimo suficiente’ sobre las causas del resultado que queremos explicar (Mackie, 1965). Si encontramos suficientes aspectos contabilizados para ese resultado, podemos decir que nuestro ‘requisito de suficiencia’ se cumple (Day y Kincaid 1994). Desarrollaremos nuestro requisito de suficiencia a través de una estrategia de análisis en dos direcciones:

- Cuando surge una disputa contractual, la parte que sabe que podría estar equivocada en una cuestión relacionada a una interpretación controvertida vacilará en entablar un litigio⁵. Sin embargo, como sabe que es probable que pierda, al menos quiere evitar ganarse una reputación como alguien que no respeta sus compromisos (Posner Op. Cit., 42). La evaluación de los costos de contratación frente a los costos generales del proceso de arbitraje (más el posible reembolso por parte del ganador) nos ayudará a hacer un balance que nos permita determinar las verdaderas motivaciones detrás de la demanda del Grupo Renco.
- Primero, dado que la mayoría de la literatura sobre ese tema estudia el arbitraje internacional desde una perspectiva no académica (dada la fuerte influencia de las partes interesadas en los litigious), a la vez que las líneas de investigación están establecidas bajo un marco formal-legal; existe una pequeña literatura que aborda este tema a través de los lentes de la Sociología Política, con el objetivo de comprender

⁴ Según el Oxford English Dictionary, *Stare Decisis* es ‘el principio legal de determinar los puntos en un litigio de acuerdo con los precedentes’ (Anderlini, Felli y Riboni 2012: 1).

⁵ “[...] *The more carefully drafted the contract is, the easier it will be for the parties to resolve a dispute over its meaning when the dispute first arises, in other words at the prelitigation stage*” (Posner Op. Cit.: 42).

las funciones y roles que los diferentes actores asumen al interactuar entre ellos, así como el proceso de generación y producción de normas en un campo polarizado como éste (Dezalay y Garth 1996). Desde esta perspectiva, el arbitraje internacional es también un campo social y organizativo (DiMaggio 1991) en el que no solo interactúan partes en litigio y jueces, sino también productores clave, proveedores de servicios, organismos reguladores y muchos tipos diferentes de organizaciones nacionales e internacionales. Por supuesto, los actores más importantes en un proceso de arbitraje siempre serán las partes y los árbitros; sin embargo, la creciente profesionalización y especialización de los proveedores de servicios han creado una verdadera ‘industria del arbitraje’, compuesta principalmente por árbitros profesionales y abogados especializados (Olivet & Eberhardt Op. Cit.). Elaboraremos nuestro mapa de actores sociales basándonos en el trabajo de Gaillard (2015), quien considera que en cualquier proceso de arbitraje hay tres tipos de actores sociales a estudiar (Op. Cit., 4-9): Actores esenciales (partes y árbitros), proveedores de servicios (grupos especializados e instituciones dedicadas exclusivamente a actividades relacionadas con procesos de arbitraje internacional), y proveedores de valor (agentes sociales a cargo de proporcionar orientación sobre cómo gestionar el arbitraje internacional). Sobre su modo de interacción, Gaillard dice que el campo arbitral sigue un modelo ‘polarizado’ que comprende una gran cantidad de jugadores; en el que cada uno tiende a ocupar funciones específicas, en lugar de alternar entre ellos; y en el que ciertos agentes sociales se han convertido en campeones de ciertas causas que no necesariamente son compartidas por otros jugadores en el campo. En un entorno arbitral que incluye a muy diversos actores, algunos agentes sociales han implementado con éxito una estrategia de diversificación (Op. Cit., 14). La interacción de los actores bajo este modelo es lo que genera las reglas de Derecho a ser aplicadas, generando resultados asimétricos que no pueden generalizarse mediante jurisprudencia. Esto ocurre porque si bien los actores tienen intereses muy heterogéneos, los más pequeños pueden tener un alcance limitado para coordinar acciones; mientras que sólo unos pocos actores sociales en el campo tienen la capacidad de coaligar una amplia gama de intereses clave que generan consenso frente a posiciones específicas en un proceso de arbitraje. Como ya dijimos, si un proceso de arbitraje es un campo polarizado donde se generan normas, una mejor estrategia de formación de coaliciones podría dar apoyo a una parte frente a otra frente a un tribunal internacional (Op. Cit., 16). Esto se puede trazar usando un mapa

de los actores involucrados, con sus respectivas posiciones con respecto al ensayo. Aquí podemos identificar tres posiciones: 1). Favorable para el Estado. 2). Favorable para la Compañía. 3). Neutral.

Procedimientos de Solución de Controversias en el TLC Estados Unidos-Perú

En 1990, en consonancia con la legislación interna de Fujimori⁶, Perú ratificó tratados bilaterales y multilaterales de garantía de inversión, como la Convención de la ONU sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, la Convención Multilateral de Garantía de Inversión (MIGA) y el Acuerdo de Ultramar. Corporación de Inversiones (OPIC) acuerdos. Por supuesto, como muchos otros países latinoamericanos que estaban experimentando procesos similares⁷, Perú firmó el Convenio del CIADI en 1991⁸. Además, desde 1993, Perú firmó 33 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), 769 Acuerdos de Estabilidad Jurídica y 53 contratos de inversión desde 1998 (UNCTAD 2011, 16). A pesar de tener muchos instrumentos de protección de inversiones, Perú nunca firmó un TBI con los Estados Unidos. Esto significa que las disposiciones de Solución de Controversias en caso de un arbitraje internacional con una corporación estadounidense serían motivo de controversia⁹, al menos hasta que el TLC entre en vigencia¹⁰. Una vez que el acuerdo entró en vigencia, cualquier compañía estadounidense interesada en presentar una demanda contra el Estado peruano podría invocar las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI más las modificaciones hechas por el Capítulo 10 (‘Inversiones’) y el Capítulo 21 (‘Solución de Disputas’) del TLC¹¹.

⁶ Decreto Legislativo N° 662 (Ley de Inversión Extranjera), Decreto Legislativo N° 674 (Ley de Privatización), Decreto Legislativo N° 757 (Ley de Inversión Privada) y Decreto Supremo N° 162-92-EF (Reglamento del Régimen de Garantía Privada). Inversión).

⁷ En la década de 1980, los primeros países latinoamericanos en firmar el Convenio del CIADI fueron Honduras, Ecuador y El Salvador. En la década de 1990, el resto de América Latina (con las notorias excepciones de Cuba, México y Brasil) se unió a la Convención (Fiezzoni 2011: 137).

⁸ Desde 1991, cuando Perú firmó el Convenio del CIADI hasta 2016, el país enfrentó 13 procesos de arbitraje internacional en diversas áreas, principalmente relacionados con infracciones contractuales relacionadas con la inversión extranjera en energía eléctrica, petróleo o gas, con resultados asimétricos; algunos de ellos con resultados favorables para el Estado (UNCTAD Op. Cit.: 17). Para más detalles, ver el Apéndice II.

⁹ Por ejemplo, en el caso *Duke Energy International vs. República del Perú* (2008), el demandante (la empresa) solicitó al tribunal del CIADI que aplicara el derecho internacional, mientras que el demandado solicitó la aplicación de la legislación interna peruana. Es importante recordar que este caso comenzó un año antes de la ratificación del TLC (febrero de 2009), por lo que la empresa no pudo invocar las reglas ISDS establecidas por el acuerdo.

¹⁰ El Artículo 42 (1) del Convenio del CIADI establece que: “[...] *The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable*”.

Impacto Interno del TLC en la política pública ambiental

En comparación con otros tratados como el TLCAN, el TLC entre Estados Unidos y Perú incluye una visión ‘desarrollista’ sobre el comercio exterior. Es por eso que el preámbulo del texto del acuerdo pide la promoción del desarrollo sostenible y la cooperación en todos los aspectos de la protección ambiental. Sin embargo, si bien las reglas concretas del tratado buscan atraer IED mientras se establecen protocolos para la protección ambiental, sería un error considerarlo solo un instrumento de conservación ambiental. Otra diferencia entre el TLC entre Estados Unidos y Perú con el TLCAN es el Acuerdo sobre Cooperación Ambiental (AEC). En el TLC peruano, las disposiciones se incluyen en el texto completo del acuerdo; mientras que en el TLCAN, el AEC está incluido en un acuerdo por separado (Gantz 2014).

Una cuestión de debate sobre cómo el TLC impacta concretamente en la política ambiental de Perú es la aplicación de la ley. Por un lado, el texto del TLC dice que los Estados son libres de establecer sus estándares de protección ambiental, pero al mismo tiempo, no se les permite ‘debilitar’ la legislación nacional ambiental actual. Pero, por otro lado, el TLC también incluyó una ‘Provisión de Soberanía’, estableciendo que el acuerdo no faculta a las autoridades de ninguno de los dos países para llevar a cabo actividades destinadas a hacer cumplir la legislación ambiental en el territorio de otra parte (TLC Cap. 18, Art. 3). En relación con otros acuerdos multilaterales, el tratado solo dice que ambas partes están obligadas a cumplir con las obligaciones que se derivan de ellas (TLC, capítulo 18, artículo 2). En caso de inconsistencia entre el TLC y otro acuerdo, el titular tendrá que ‘equilibrar sus obligaciones con respecto a ambos acuerdos, sin restringir el comercio’ (TLC, capítulo 18, artículo 13). Ambos países también deben crear un Consejo de Asuntos Ambientales (TLC capítulo 18, Art. 6) comandado por un alto funcionario para mantener un canal de comunicación entre ellos, implementar las disposiciones establecidas en el Capítulo 18 y la AEC con el apoyo de los actores de la sociedad civil. El Consejo de Asuntos Ambientales tuvo su primera reunión un año en 2010, con el objetivo de planificar la implementación del Capítulo Ambiental de TLC, el Acuerdo de Cooperación Ambiental y el Apéndice sobre Gestión del Sector Forestal.

También se debe crear un organismo coordinador (Secretaría) bajo el mandato del TLC. Esta Secretaría permitirá a los ciudadanos de ambos países reclamar si alguna de las

¹¹ FTA Full Text. Source: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text>

partes no aplica la legislación ambiental (TLC, capítulo 18, artículo 8). Sin embargo, en términos prácticos, esto solo será relevante para Perú ya que las aplicaciones en asuntos de cumplimiento que surjan de una persona u organización en los Estados Unidos utilizan procedimientos establecidos por la legislación estadounidense. Implementar la Secretaría llevó mucho tiempo debido a las controversias sobre el lugar donde debería ubicarse la Secretaría. Luego de cinco años de discusión (contados a partir de 2011), ambas partes acordaron establecer su sede en la oficina del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, en Washington D.C.

Como ya dijimos, el ‘paquete legal’ de 2008 creado por el Poder Ejecutivo peruano tenía el propósito de cumplir con las disposiciones establecidas en el texto del TLC. El rediseño del marco legal ambiental fue un paso necesario antes de la entrada en vigencia del TLC. Una capa de secretismo y la falta de una supervisión del Congreso, facilitó la aprobación del paquete legal, el cual se aprobó fácilmente, evitando la activación de cualquier conflicto importante con grupos de la sociedad civil u otras partes interesadas¹².

La innovación institucional más importante debido al TLC fue la creación del Ministerio del Ambiente del Perú (MINAM). Incluso si no fue un mandato directo derivado del texto del acuerdo, el Decreto Legislativo N ° 1013 aprobado por el gobierno de García, el cual estaba incluido en el paquete legal, establecía que uno de los propósitos del MINAM era facilitar la implementación del TLC. El nuevo Ministerio absorbería todas las entidades con competencias relacionadas con la protección ambiental, como el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM). Desde 1994, incluso si el CONAM era la autoridad ambiental nacional de facto, ésta era una parte orgánica del Ministerio de Energía y Minas¹³. A esto se le agrega que el Consejo de Asuntos Ambientales y la Secretaría están adscritos a la estructura institucional del Ministerio.

Otros organismos independientes regulados por el paquete legal de 2008 fueron la Agencia para la Supervisión de los Recursos Forestales y de Vida Silvestre (OSINFOR) y el

¹² Con respecto a la implementación de la Nueva Ley Forestal, hubo un fuerte conflicto social con los pueblos indígenas de las regiones amazónicas. Sin embargo, el efecto en La Oroya fue sustancialmente diferente porque esta ciudad se encuentra en un lugar muy diferente en las tierras altas, con problemas ambientales de naturaleza diversa.

¹³ Este es un hecho clave para comprender el estrecho vínculo existente entre la minería en Perú y su política ambiental; ambos temas profundamente vinculados desde la creación del Ministerio de Energía y Minas.

Subcomité de Gestión del Sector Forestal. Sin embargo, como ya dijimos, estas instituciones se ocupan de otro tipo de problemas ambientales, como la protección de los bosques, la lucha contra la tala ilegal, el comercio ilegal de especies protegidas y la biodiversidad.

Luego de la creación del Ministerio del Ambiente, se realizaron algunas enmiendas a la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611), sobre la implementación de medidas ‘post-Consenso de Washington’ para la transparencia y la Buena gobernanza: El Acuerdo de Cooperación Ambiental, así como un conjunto reglas de transparencia y acceso a la información pública, participación ciudadana y consulta a comunidades afectadas por actividades contaminantes (como la minería). El Código Penal peruano también fue reformado a través de la Ley N° 29263 que incluía por primera vez el concepto de ‘Crimen contra el Medio Ambiente’. El aumento de las sanciones a los delitos ambientales en el sector forestal fue una consecuencia directa de la firma del TLC, y la Sección 13 del Código Penal fue modificada para regular delitos como contaminación ambiental, tráfico ilegal, biodiversidad, alojamiento ilegal, mala gestión de riesgos, depósitos de residuos, entre otros. Todos estos crímenes incluyeron fuertes sanciones, desde obligar a pagar multas muy altas hasta cinco años de cárcel en algunos casos¹⁴.

Algunas otras leyes y políticas creadas por el paquete legal y con respecto a ‘prácticas de buen gobierno’ como transparencia, participación pública y acceso a la información y participación pública tuvieron un impacto importante en todos los sectores del Estado peruano; incluso si, como señalamos, su creación no fue una obligación establecida por el TLC. De hecho, muchas de estas regulaciones ya se habían incluido en muchos acuerdos de cooperación ambiental ya firmados por Perú.

Algunas otras leyes y políticas creadas por el ‘paquete legal’ relacionadas con ‘buenas prácticas de gobierno’ como transparencia, participación pública y acceso a la información y participación pública tuvieron un impacto importante en todos los sectores del Estado peruano, incluso si su creación tampoco fue era mandatoria por el TLC (Illescas 2010, en Perales y Morón, 108). Muchas de estas regulaciones ya se aplicaban como consecuencia de acuerdos de cooperación ambiental ya firmados. En ese sentido, el Ministerio del Ambiente fue diseñado para funcionar como un centro focal para coordine todas las actividades

¹⁴ El Ministerio Público del Estado, la Policía Nacional del Perú y el Ministerio de Medio Ambiente Fiscal se encargarían de hacer cumplir la ley.

relacionadas con acuerdos comerciales que incluyen asuntos ambientales; incluida la creación de una Política Ambiental Nacional del Perú (PNEP)¹⁵.

La posición del Grupo Renco

Argumentos	Demandas
<ul style="list-style-type: none"> • Perú fue responsable de la contaminación de La Oroya desde 1922 hasta 1997, antes de la adquisición del complejo minero por parte de DRP. • A lo largo de la década de 1990, Perú no pudo privatizar CENTROMIN, debido a sus condiciones obsoletas. • Perú asumió la responsabilidad de la remediación ambiental como condición para la privatización del complejo La Oroya. • Perú asumió todas las deudas y obligaciones contractuales de CENTROMIN. • Perú retuvo y asumió responsabilidad por daños a terceros relacionados con la contaminación. • CENTROMIN y Perú no cumplieron con su obligación de remediar las áreas alrededor del complejo (PAMA). 	<ul style="list-style-type: none"> • Una declaración de que Perú ha incumplido el Acuerdo de Garantía, el Acuerdo de Transferencia de Acciones; violó las prescripciones de ‘tratamiento justo y equitativo’ hechas por el Artículo 10.5 y el Artículo 10.3 del TLC, violando la ‘cláusula contra expropiaciones’ establecida por el Artículo 10.7 del TLC. • Compensación monetaria por todos los daños materiales y morales sufridos por el Grupo Renco; incluidos los costos del proceso de arbitraje.

¹⁵ Este es el instrumento más importante y obligatorio que guía la política ambiental general peruana, creada como consecuencia del Art. 67 de la Constitución Nacional del Perú, la Declaración de Río de Medio Ambiente y Desarrollo, los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU y otros tratados internacionales firmados por Perú, incluido, por supuesto, el TLC Estados Unidos-Perú (Ministerio del Ambiente 2009: 1).

<ul style="list-style-type: none"> • DRP participó en diferentes proyectos de salud pública de responsabilidad social, con apoyo de la población local. • En 2006, Perú aceptó la extensión del PAMA (plantas de ácido sulfúrico) de DRP. • En 2008, DRP completó todos los proyectos contemplados en el PAMA, excepto una de las 3 plantas de ácido sulfúrico. • Perú limitó la extensión de tiempo para terminar la planta de ácido sulfúrico, lo que provocó la quiebra de DRP. Luego de eso, Perú reabrió el complejo y lo puso bajo la administración de un tercero. 	
---	--

Posición de la República del Perú

Argumentos	Demandas
<ul style="list-style-type: none"> • Se le solicitó a DRP que presente una renuncia, a lo cual éste alega impropriamente que ‘retira su renuncia’ presentada con la Notificación de Arbitraje y Declaración de Demanda. La renuncia no era válida porque no se ajusta al lenguaje requerido por el Capítulo 10 del TLC. • Falta de jurisdicción: el TLC entró en vigor el 1 de febrero de 2009; y Renco ha presentado reclamos de arbitraje antes de esa fecha. Las disposiciones establecidas por el TLC no son retroactivas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocimiento de las objeciones hechas a las reclamaciones del Grupo Renco, de conformidad con el Artículo 10.20.4 (d) del TLC.

<p>• El contrato realizado entre Renco Group y Perú establece que ‘cualquier controversia sobre la determinación de si . . . las normas o prácticas utilizadas por la Compañía fueron o no menos protectoras del medio ambiente o de la salud pública que aquellas aplicadas por Centromin o en aquellos casos en los que no se llegó a un consenso entre Centromin y la Compañía con respecto las causas del supuesto daño que es objeto de la demanda o con respecto a la forma en que se compartirá la responsabilidad entre ellos...’, entonces el asunto debe ser presentado a un experto técnico para que tome una decisión. En el caso de que el monto del reclamo sea inferior a USD 50,000, la decisión del experto técnico es vinculante. Si el monto del reclamo es superior a USD 50,000, cualquiera de las partes puede someter el asunto a arbitraje de acuerdo con las disposiciones del Contrato si una o ambas partes no están de acuerdo con la decisión del experto técnico. Ni Renco ni Doe Run Perú han presentado un reclamo a un experto técnico de conformidad con el Contrato. Por lo tanto, esta objeción también está dentro del alcance del Artículo 10.20.4</p>	
--	--

Estrategia de formación de coalición en Perú

El caso de arbitraje del Grupo Renco vs. República del Perú fue un ‘campo social’ que involucró una compleja interacción de actores. Utilizando el marco teórico de Gaillard

sobre los tipos de actores (2015, 3-7), podemos establecer la correlación de las fuerzas que dieron forma a los resultados finales de la Corte del CIADI:

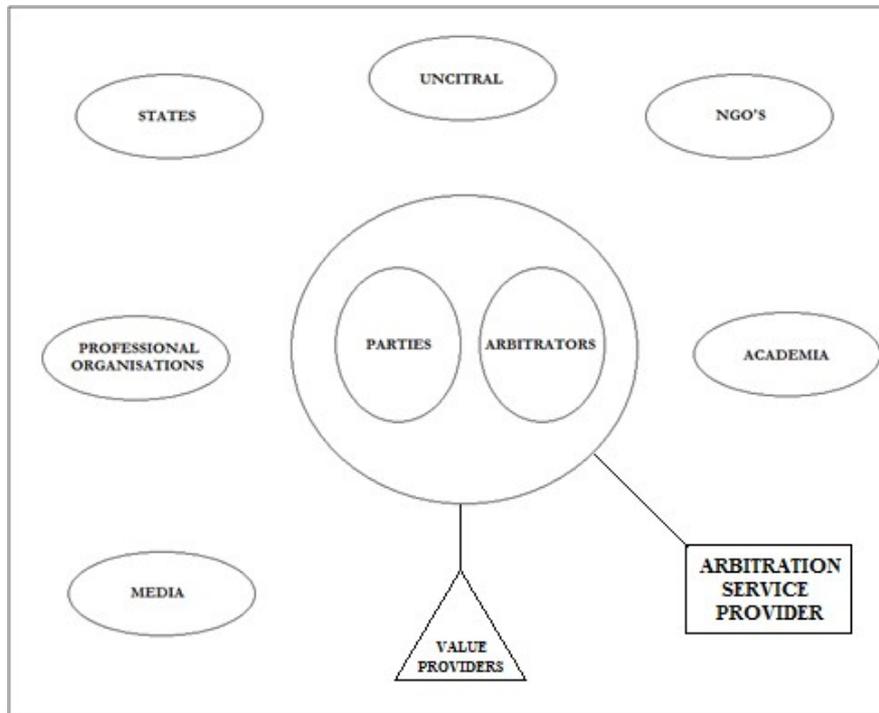


Imagen 1. Distribución de actores en un proceso de arbitraje (Gaillard 2015).

Las Partes y los Árbitros son los Actores Esenciales en un proceso de arbitraje (Op. Cit., 4), mientras que los Proveedores de Servicios son grupos sociales que dedican su actividad exclusivamente a trabajar en asuntos de arbitraje (Op. Cit., 5). Los Proveedores de Valor son grupos de personas que brindan orientación sobre cómo debe desarrollarse el proceso de arbitraje y cómo deben comportarse los actores en un arbitraje. Independientemente de su capacidad para crear normas, estos actores son reconocidos en relación con un cierto ‘grado de legitimidad’ y tienen la capacidad de influir en los laudos arbitrales de manera decisiva: Estados, organizaciones internacionales, profesionales, organizaciones, clubes, medios y la academia pueden ser proveedores de valor (Op. Cit., 7-10). La siguiente tabla presentará la composición de los Proveedores de Valor de Actores Esenciales en el caso del Grupo Renco vs. Perú, en relación con sus respectivas posiciones en relación con el conflicto:

Actores Esenciales en la disputa

Renco Group	R. del Peru	Árbitros
<ul style="list-style-type: none"> King & Spalding LLP (Defensa Legal). 	<ul style="list-style-type: none"> White & Case LLP (Defensa Legal). Estudio Echeopar Abogados (Defensa Legal). Embajador Peruano en el Reino Unido. Representante del Ministerio de Economía y Finanzas. 	<ul style="list-style-type: none"> Michael J. Moser, Árbitro Presidente. Yves Fortier, CC, QC, Árbitro. Toby Landau, QC, Árbitro.

Proveedores de Valor

Favorables a Renco Group	Favorables a la R. del Peru	Neutrales
<ul style="list-style-type: none"> ONG Vida. Población Local de La Oroya. Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos de La Oroya Congresistas de los Estados Unidos (8 Republicanos). 	<ul style="list-style-type: none"> Sociedad Nacional de Minería y Petróleo (SNMPE) Medios de Comunicación en Perú Medios de Comunicación en los Estados Unidos ONG Cooperació 	<ul style="list-style-type: none"> Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica.

	<p>n.</p> <ul style="list-style-type: none"> • ONG Red Muqui. • Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP). • Sociedad Nacional del Ambiente • PUCP • Unifying Hands Against Poverty Network. • ONG AIDA. • ONG Earthjustice. • ONG CEDHA 	
--	---	--

Análisis del caso

En noviembre de 2016, el tribunal del CIADI emitió un Laudo Final de 21 páginas¹⁶ en el que se afirmaba que Renco no había cumplido los requisitos para obtener el consentimiento de Perú para el arbitraje en virtud del TLC; y debido a esto, y debido a la falta de jurisdicción del tribunal, las reclamaciones de Renco fueron desestimadas. El resto del texto del Laudo Final fue solo un complemento del Laudo Parcial (publicado en Agosto de 2016) sobre honorarios y costos de arbitraje¹⁷. Estos costos incluirían las tarifas para el tribunal arbitral, así como los pagos para los árbitros, los gastos de viaje y alojamiento, los

¹⁶ Fuente: Laudo final, 09 de noviembre de 2016. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7744_1.pdf

¹⁷ Un total de USD 700,000, que se usaron sólo para pagar los salarios de los tres árbitros.

asesores expertos y otros costos relacionados. Para concluir, el Laudo Final estableció que cada parte asumirá sus propios costos legales y otros incurridos en relación con el arbitraje, así como la mitad de los costos de arbitraje. Las palabras ‘contaminación’ o ‘medio ambiente’ nunca aparecieron en el Laudo Final de un juicio que duró más de seis años. El ‘grado de éxito’ obtenido por el Estado Peruano y determinado por el tribunal del CIADI se midió en función de la distribución de los costos que recibirían las partes.

A lo largo del proceso, el equipo de la defensa legal peruana presentó los hechos de manera detallada y diligente, tomando los aportes de diferentes actores de la sociedad civil que presentaron pruebas sobre las degradantes condiciones ambientales de La Oroya. Todos los medios de comunicación peruanos, así como los medios de comunicación estadounidenses informaron sobre las excentricidades y la falta de ética del propietario de DOE RUN, Ira Rennert¹⁸ ¹⁹. Rennert incluso perdió el apoyo de las asociaciones empresariales más poderosas y de orientación conservadora en Perú, la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo (SNMPE). Irónicamente, el único apoyo recibido por DOE RUN provino de la mayoría de la población de La Oroya y del Sindicato de Trabajadores Mineros de la localidad; las que priorizaron el crecimiento material y económico sobre sus propios problemas medioambientales y de salud (Bravo 2015). Ciertamente, Perú usó su correlación favorable para elaborar una fuerte defensa legal, insistiendo en la falta de responsabilidad del DOE RUN para cumplir con su PAMA. Sin embargo, el tribunal del CIADI pasó discutiendo por casi cinco años en torno a una cuestión de procedimiento relacionada con la aplicación del Capítulo 10 del texto del TLC. A pesar de que el tribunal del CIADI presentó el Laudo Final como un ‘éxito parcial’ para la posición del Perú, la dura verdad es que Perú gastó más dinero que Renco para lidiar con este caso. Según Diario Gestión, el Grupo Renco gastó USD 3,8 millones durante todo el proceso, mientras que Perú gastó alrededor de USD 8,3 millones (Gestión 2016).

¹⁸ “[...] *The government entity, as its case against Rennert’s Renco Group went to trial on Monday, reiterated allegations that the billionaire — who allegedly used some of the looted \$117 million to fund the construction of his 62,000-square-foot mansion in Southampton — and his son, Ari, lied to the pension group in a January 2012 phone call about an impending sale of the nearly bankrupt RG Steel.*” (New York Post 2015).

¹⁹ “[...] *A federal appeals court has ordered billionaire Ira Rennert to pay a \$213.2 million judgment, upholding a previous jury decision that found him liable for pilfering almost \$120 million from his ailing mining company to help fund construction of his 63-acre estate in Sagaponack.*” (27east 2017).

Conclusiones

Para un no experto en Derecho Internacional Privado, un proceso como este puede ser muy complejo y difícil de entender desde una mera perspectiva legal. Sin embargo, debido a que los procesos ISDS están en constante aumento en todo el mundo, es necesario estudiarlos también desde las perspectivas de otras Ciencias Sociales; especialmente para comprender el papel de los tribunales internacionales de arbitraje en la estructura actual de gobernanza de las inversiones extranjeras. A través de una visión general del proceso de negociación del TLC y de la implementación de los capítulos relacionados con la protección ambiental y la inversión, tratamos de explicar las tensiones y contradicciones permanentes que surgen del conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional, la protección de la inversión extranjera y la protección ambiental, así como de la dinámica política al interior los tribunales de arbitraje internacional.

Como mostramos en nuestra revisión de la literatura, una de las razones que podrían explicar por qué la academia jurídica no está muy interesada en estudiar los procesos de ISDS, es porque la mayoría de las revistas internacionales de arbitraje son editadas por abogados profesionales y no por académicos. Evaluar un proceso ISDS no es una tarea fácil no sólo debido a la falta de transparencia a lo largo del proceso, sino también porque los laudos arbitrales son ad-hoc y no configuran nueva jurisprudencia legal.

Afortunadamente, nuestro marco teórico fue útil y eficaz para rastrear el resultado final de nuestro trabajo. Incluso si el laudo final otorgado por el CIADI estaba relacionado con cuestiones procedimentales como salarios, honorarios y pagos; por un lado, el Tribunal reconoció implícitamente el compromiso del gobierno peruano de mantener y aplicar sus normas ambientales sobre niveles de contaminación relacionados con las actividades mineras en La Oroya. Este reconocimiento fue, claramente, la base para otorgar un reconocimiento favorable a los argumentos presentados por Perú. Sin embargo, obtener resultados favorables y obtener una verdadera victoria no son los mismos, debido al predominio de la necesidad de proteger las inversiones extranjeras por encima de preocupaciones ambientales.

El resultado obtenido por el Estado Peruano frente a este proceso ISDS no es tan evidente como podríamos pensar a primera vista. Los medios de comunicación peruanos destacaron de manera excesiva la 'victoria' obtenida por el Estado sobre DRP. Esto podría deberse a la falta de información y al desconocimiento generalizado de lo que implica un proceso de arbitraje internacional. Es importante considerar que el Estado gastó seis años de juicio y millones de dólares en procedimientos burocráticos y legales; todo esto, solo para

lograr un laudo final que establece que el Tribunal no posee jurisdicción para resolver el conflicto. Esto definitivamente no podría considerarse como una victoria; especialmente cuando evaluamos toda la evidencia disponible contra la posición del demandante.

Ciertamente, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú (TLC) le ofreció al Perú una ‘ventana de oportunidad’ para fortalecer sus capacidades para la formulación de políticas públicas en materia ambiental, así como para modernizar su marco institucional. Bajo este criterio, primero podemos tentarnos a decir que la elevación de los estándares ambientales para la protección del agua, el suelo, el aire, los recursos forestales y la biodiversidad fue una consecuencia directa de la firma del TLC y que, debido a esto, el tribunal del CIADI reconoció como válidos los argumentos presentados por la defensa legal peruana contra los reclamos hechos por el Grupo Renco. Sin embargo, la realidad es más compleja que esto. La situación de La Oroya involucre a muchas partes interesadas (sociedad civil, ONG, poblaciones locales, sindicatos, bufetes de abogados, etc.); las cuales generaron insumos importantes al tribunal del CIADI para reconocer el comportamiento irrespetuoso del Grupo Renco - DOE RUN con respecto a los estándares ambientales establecidos por los compromisos del TLC asumidos por el gobierno peruano.

Como la principal consideración del Gobierno peruano para firmar el TLC fue atraer inversión extranjera directa (IED), todas las reformas legales e institucionales nacionales realizadas en el ‘paquete legal’ de 2008 se diseñaron con este objetivo. Sin los requisitos derivados del proceso de negociación del TLC con EE.UU., esto no habría sido posible. Incluso si estas reformas fueron indudablemente positivas para la gestión pública del sector ambiental, para un ciudadano peruano es incómodo saber que su gobierno está comprometido con emprender reformas a largo plazo sólo cuando existen presiones económicas externas a corto plazo provenientes del exterior²⁰. Debido a esto, por un lado rechazamos las posturas que afirman que los TLC son solo herramientas para promover un ‘imperialismo legal’ de grandes potencias que buscan que los países más pequeños desregulen áreas sensibles como el medio ambiente; siendo éste un requisito para atraer nuevas inversiones. Vimos exactamente lo contrario en este caso. Por otro lado, existe una contradicción no resuelta entre los procedimientos domésticos-internos y las demandas internacionales. Del análisis del conflicto entre el Grupo Renco y el Estado Peruano se desprende claramente que existe una jerarquía dentro del texto del TLC que otorga

²⁰ Además, muchas innovaciones ambientales, como la Política Ambiental Nacional, fueron más una consecuencia de tratados internacionales como la Declaración de Río y los Objetivos del Milenio de las Naciones Unidas, que como resultados del TLC.

preeminencia a su Capítulo de Inversión sobre su Capítulo Ambiental. Incluso si el texto del TLC le dio al Perú un ‘espacio soberano’ para modificar y modernizar sus propias políticas ambientales, éste también crea incentivos para que inversionistas extranjeros demanden al Estado peruano frente a un tribunal del CIADI sin pasar por los tribunales nacionales. Nosotros consideramos que esta jerarquía fue diseñada deliberadamente por los negociadores estadounidenses con el objetivo de priorizar la protección del inversionista estadounidense por encima de las preocupaciones ambientales del Perú. En ese sentido, consideramos que el actual sistema de arbitraje bajo las reglas del CIADI es costoso e ineficiente. Los peruanos necesitamos un debate urgente sobre cómo encontrar formas más precisas y eficientes de tratar con inversionistas extranjeros.

Referencias Bibliográficas

- 27east.com (2017). «Ira Rennert Loses Appeal, Ordered To Pay \$213.2 Million For Scheme That Funded Sagaponack Estate». 05 de Junio de 2017.
<http://www.27east.com/news/article.cfm/General-Interest-Southampton/512368/Ira-Rennert-Loses-Appeal-Ordered-To-Pay-2132-Million-For-Scheme-That-Funded-Sagaponack-Estate>
- Agencia de Noticias Andina (2008). «Estándares de TLC de Estados Unidos con Perú son los que demócratas quieren aplicar otrosacuerdos». 11 de Mayo de 2008.
<http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-estandares-tlc-estados-unidos-peru-son-los-democratas-quieren-aplicar-a-otros-acuerdos-178625.aspx>
- Aldaz-Carroll, E. (2005). «Regional Approaches to Better Standards Systems», ponencia presentada en: *Global Economic Prospects 2005: Trade, Regionalism and Development*. Washington D.C.: World Bank.
- Aleo, M. (2006). «Comparative Advantage and Labor Protections in Free Trade Agreements: Making Labor Protections in Trade Agreements Practical and Effective». (Working Paper N° 958). Berkeley: University of Berkeley Press.
- Ambrasiené, D. & Cirtautiené, S. (2009). The Role of Judicial Precedent in the court practice of Lithuania. *Jurisprudence*, 2 (116), pp. 61-78.
- Anderlini, L, Felli, L. and Riboni, A. (2012). «Why Stare Decisis?» 27 de Octubre de 2012.
<http://econ.lse.ac.uk/staff/lfelli/papers/Stare%20Decisis.pdf>
- Ángeles Villareal, M. (2006). «Andean-U.S. Free-Trade Agreement Negotiations». 09 de Mayo de 2017.
<http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/RL32770.pdf>
- Beach, D. & Pedersen, R. (2013). *Process-Tracing Methods: Foundations and Guidelines*. Michigan: UMICH press.
- Bennett, A. & George, L. (1997). «Process Tracing in Case-Study Research». https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-5103-bee3-0000-000059b16b9d/05.19.bennett_george.pdf
- Boeglin, N. (2013). «ICSID in Latin America: Criticism, withdrawal and the search for alternatives». <http://www.brettonwoodsproject.org/>
- Bravo, F. (2015). *El Pacto Fáustico en La Oroya*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- Brekoulakis, S. (2013). International Arbitration Scholarship and the Concept of Arbitration Law. *Fordham International Law Journal*, 36(4), pp. 745-787.
- Broad, R. (2014). «Remembering the ‘Tokyo No’ Fifty Years Later». 06 de Noviembre de 2014. <http://triplecrisis.com/remembering-the-tokyo-no-fifty-years-later/>
- Calabrese, M. & Briziarelli, A. (2011). «Policy Imperialism: Bilateral Trade Agreements as Instruments of Media Governance». In: Mansell & Raboy (Eds.): *The Oxford Handbook of Media and Communication Policy*. London: OUP, pp. 383-394.
- Commission, J. (2007). Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence. *Journal of International Arbitration*, 24(2), pp. 129–158.
- Comrie-Thomson, P. (2017). A Statement of Arbitral Jurisprudence: The Case for a National Law Obligation to Publish International Commercial Arbitral Awards. *Journal of International Arbitration*, 34(2), pp. 275–301.
- Cordeu, J. L. (2004). «Tratado de Libre Comercio Comunidad Andina-Estados Unidos». <http://ftp.fao.org/docrep/fao/008/ae928s.pdf>
- Day, T. and Kincaid, H. (1994). Putting Inference to the Best Explanation in its Place. *Synthese*, 98(2), pp. 271-295.
- De Brabandere, E. (2012). «Arbitral decisions as a source of International Investment Law’. In: Gazzini, T. & De Brabandere, E. [Eds]. *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Dezalay, Y. & Garth, B. (1996). *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago Press.
- Diario El Comercio (2015). «TLC con EE.UU. es la línea roja. Ningún acuerdo irá más allá’. Disponible en: <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/tlc-eeuu-linea-roja-ningun-acuerdo-ira-mas-alla-noticia-1832427> [Accesado el 12 Jul 2018].
- Diario El Comercio (2017). «Ex dueño de Doe Run inició nueva demanda contra el Perú’. Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/negocios/exdueno-doe-run-demanda-peru-flexibilizar-estandares-ambientales-433531> [Accesado el 11 Ene 2018].
- Diario Gestión. (2016). «Estado Peruano gastó más que DOE RUN en juicio’. Disponible en: <http://gestion.pe/economia/estado-peruano-gasto-mas-que-rencocaso-doe-run-2175760> [Accesado el 20 Feb 2018].
- Diario Gestión. (2017). «Pulgar Vidal: Perú perdería demanda por US\$ 800 millones del expropietario de Doe Run tras flexibilizar norma ambiental’. Disponible en: <http://gestion.pe/economia/pulgar-vidal-peru-perderia-demanda-us-800-millones-expropietario-doe-run-flexibilizar-norma-ambiental-2187795> [Accesado el 10 Ene 2017].
- Diario La República. (2008). «Los 108 decretos de Alan García. Available’. Disponible en: <http://larepublica.pe/29-06-2008/los-102-decretos-de-alan-garcia> [Accesado el 10 Abr 2018].
- Diario La República. (2016a). «Caso Doe Run: fallo de arbitraje internacional favorece a Perú’. Disponible en: <http://larepublica.pe/politica/786568-caso-doe-run-fallo-de-arbitraje-internacional-favorece-peru> [Accesado el 18 Jul 2018].
- Diario La República. (2016b). «CIADI falla a favor del Perú en caso Doe Run’. Disponible en: <http://larepublica.pe/impresaeconomia/786795-ciadi-falla-favor-del-peru-en-caso-doe-run> [Accesado el 21 Jul 2018].
- Diario La República. (2017). «Ejecutivo flexibiliza estándar de Doe Run sería exitosa’. Disponible en: <http://larepublica.pe/impresaeconomia/864127-ejecutivo-flexibiliza-estandar-del-aire-y-venta-de-doe-run-seria-exitosa> [Accesado en 12 Ene 2018].

- DiMaggio, P. and Powell, W. (Eds.). (1991). *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: University of Chicago Press.
- Donegan, B. (2006). Governmental Regionalism: Power/ Knowledge and Neoliberal Regional Integration in Asia and Latin America. *Millennium: Journal of International Studies*, 35(1), pp. 23-51.
- Eisenhart, S. (2016). «Whatever Happened to the ASEAN Medical Device Directive?» Disponible en: <https://www.emergogroup.com/blog/2016/04/whatever-happened-asean-medical-device-directive> [Accesado el 05 Jul 2018].
- Elsig, M. (2010). Principal-agent theory and the World Trade Organization: Complex agency and 'missing delegation. *European Journal of International Relations*, 17(3), pp. 495-517.
- Evenett, S.J. & Meier, M. (2008). An Interim Assessment of the US Trade Policy of 'Competitive Liberalization'. *The World Economy*, pp. 31-66.
- Fach Gómez, K. (2011). «Latin America and ICSID: David versus Goliath?» Disponible en: http://works.bepress.com/katia_fachgomez/2/ [Accesado el 18 May 2018].
- Fairlie, A. (2005). 'Integración Comercial y Tratados de Libre Comercio: Algunos escenarios para los países Andinos'. Disponible en: <http://www.contexto.org/pdfs/paper%20libro.pdf> [Accesado el 06 May 2018].
- Financial Times. (2015). «The Doha round finally dies a merciful death'. Disponible en: <https://www.ft.com/content/9cb1ab9e-a7e2-11e5-955c-1e1d6de94879?mhq5j=e1> [Accesado el 05 May 2018].
- Gaillard, E. & Banifatemi, Y. (2010). «The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence-Competence' Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/228209436_The_Jurisdiction_of_the_Arbitral_Tribunal_A_Transnational_Analysis_of_the_Negative_Effect_of_Competence-Competence [Accesado el 10 Apr 2018].
- Gaillard, E. (2015). Sociology of International Arbitration. *Arbitration International*, 2015, 31, pp. 1-17.
- Gantz, D. (2014). Labor Rights and Environmental Protection under NAFTA and Other U.S. Free Trade Agreements. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 42(2), pp. 297-366
- Gantz, David A. (2004). «Investor-State Arbitration under ICSID, the ICSID Additional facility and the UNCTAD arbitral rules'. Accessed from: <http://www.usvtc.org> [Accesado el 10 May 2018].
- Gerring, J. (2007). *Case Study Research: Principles & Practices*. London: Cambridge University Press.
- Horodyski, D. (2016). Democratic Deficit of Investment Arbitration in the view of rules on Transparency and Mauritius Convention on Transparency. *US-China Law Review*, 13 (160), pp. 160-171.
- Hunt, A. (1986). The Theory of Critical Legal Studies, *Oxford Journal of Legal Studies*, 6(1), pp. 1-45.
- IPS Noticias. (2009). «PERÚ: Salvataje financiero de Doe Run eclipsa desastre ambiental'. Disponible en: <http://www.ipsnoticias.net/2009/04/peru-salvataje-financiero-de-doe-run-eclipsa-desastre-ambiental/> [Accesado en 15 Abr 2018].
- Islam, G. & Zyphur, M. (2009). Rituals in Organizations: A Review and Expansion of Current Theory. *Group Organization Management*, 34(1), pp. 114-139.
- ITALAW Database. (2017). «The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru, ICSID Case No. UNCT/13/1» Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/906> [Accesado en: 15 Ene 2018].

- Kennedy, D. (2002) «The critique of rights in Critical Legal Studies». In: Brown, W. and Halley, J. [Eds]. *Left Legalism / Left Critique*, United States: Duke University Press, pp. 178-227.
- Koskenniemi, M. (1990). The Politics of International Law, *European Journal of International Law*, 4, pp. 4-32.
- Latorre Boza, D. (2009). «Transparencia e Intervención de Terceros en el Arbitraje en el Perú». Disponible en: http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/boletin/pdf/Revista_arbitraje_CARCPUCP.pdf [Accesado en 15 May 2018].
- Levitsky, S. & Way, L. A. (2004). Elecciones sin Democracia: El surgimiento del autoritarismo competitivo. *Revista Estudios Políticos*, 24, pp. 159-176.
- Llusta Inc. (2015). «Alberto Fujimori: Perú fue vendido a precio de huevo roto». Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=eFf2enEeWbo> [Accesado en 09 May 2018].
- Mackie, J.L. (1965). Causes and Conditions. *American Philosophical Quarterly*, 2(2), pp. 245-264.
- Más, J.L. (2006). Tratado de Libre Comercio y los impactos económicos y sociales. *Gestión en el Tercer Milenio: Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas*, 9(17), pp. 63-76.
- Merino, Roger. (2016). *Justicia Social y Economía en la Teoría del Derecho: Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*. Lima: Palestra Editores.
- MEF. (2016). «Tribunal internacional decide a favor del Perú en arbitraje sobre la Oroya». Disponible en: https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=4561&Itemid=1019_58&lang=es [Accesado el 10 Jun 2018].
- MEM. (2010). «MEM informa que DOE RUN Peru no envía los documentos solicitados». Disponible en: http://www.minem.gob.pe/_detallenoticia.php?idSector=1&idTitular=2476 [Accesado el 20 Jul 2018].
- Minerandina. (2010). «SNMPE expulsa a DOE RUN Peru». Disponible en: <http://www.minerandina.com/snmpe-expulsa-a-doe-run-peru/> [Accesado el 28 Jul 2018].
- Ministry of Environment of Peru (2009). *Peruvian Environmental National Policy*. Lima: Government of Peru.
- Ministry of Foreign Trade and Tourism of Peru (2017). *Acuerdos Comerciales del Perú: Lo que debemos saber de los Acuerdos Comerciales (Algunos también llamados "TLC")*. Disponible en: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=48:l-o-que-debemos-saber-de-los-tlc [Accesado el 11 May 2018].
- New York Post. (2015). «Ira Rennert back in court over alleged 70m pension fraud». Disponible en: <http://nypost.com/2015/12/07/ira-rennert-back-in-court-over-alleged-70m-pension-fraud/> [Accesado el 05 May 2018].
- Petras, J. & Veltmeyer, H. (2014). *The New Extractivism: A Post-Neoliberal Development Model or Imperialism of the Twenty-First Century?* United States: ZED Books.
- Pijano, C. V. (2013). «ASEAN quality assurance framework for higher education». Disponible en: <https://www.chea.org/userfiles/Conference%20Presentations/ASEAN%20Quality%20Assurance%20Final-CIQG.pdf> [Accesado el 09 Nov 2018].
- Pinto Herrera, H. (2009). «El PAMA de Doe Run Perú y sus prórrogas improrrogables». *Investigaciones Sociales*, 13(23), pp. 251-269.
- Pohl, J., K. Mashigo and A. Nohen (2012), «Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey». (OECD Working Papers on International Investment 2012/02), Paris: OECD Publishing.

- Posner, R. A. (2004). «The Law and Economics of Contract Interpretation». (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 229). Chicago: University of Chicago Law School.
- Ramírez-Daza, L. (2011). Arbitration in International Economic Law. *Lima Arbitration*, 4, 9-36.
- Rodrik, D. (2000). «Trade Policy Reform as Institutional Reform». Disponible en: <https://www.sss.ias.edu/files/pdfs/Rodrik/Research/trade-policy-reform-institutional-reform.PDF> [Accesado el 10 Ene 2017].
- Rodrik, D. (2006). Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion? A Review of the World Bank's Economic Growth in the 1990's: Learning from a Decade of Reform. *Journal of Economic Literature*, XLIV, pp. 973-987.
- Rosen, H. (2004) «Free trade agreements as foreign policy tools: the US–Israel and the US–Jordan FTAs», In: Jeffrey Schott (ed.): *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities*. Washington, DC: Institute for International Economics, pp. 51–77.
- RPP Noticias. (2009). «Congresistas de EEUU: Perú debe dictar normas para implementar del TLC». Disponible en: <http://rpp.pe/economia/economia/congresistas-de-eeuu-peru-debe-dictar-normas-para-implementar-del-tlc-noticia-202408> [Accesado el 12 May 2018].
- RPP. (2009). «DOE RUN se declara en insolvencia y se pone en manos de INDECOPÍ». Disponible en: <http://rpp.pe/economia/economia/doe-run-se-declara-en-insolvencia-y-se-pone-en-manos-del-indecopi-noticia-198830> [Accesado el 25 Jul 2018].
- Ruiz-Dana, A. et. al. (2007). *Regional Integration, Trade and Conflict in Latin America*. Santiago de Chile: RIDES.
- Schommer, H. (2007). Environmental Standards in U.S. Free Trade Agreements: Lessons from Chapter 11. *Sustainable Development Law & Policy*, 8(1), pp. 36-37.
- Scott, J. & Wilkinson, R. (2011) The Poverty of the Doha Round and the Least Developed Countries. *Third World Quarterly*, 32(4), pp. 611-627.
- Spanakos A.P. & Renno, L. (2009). Speak Clearly and Carry a Big Stock of Dollar Reserves: Sovereign Risk, Ideology, and Presidential Elections in Argentina, Brazil, Mexico, and Venezuela. *Comparative Political Studies*, 42(10), pp. 1292-1316.
- The University of Queensland. (2015). «ASEAN Common Competency Standards for Tourism Professionals (ACCSTP) Project». Available from: <http://www.uq.edu.au/cbamt/index.html?page=55433&pid=55449> [Accesado el 15 Ene 2018].
- Trakman, Leon E. (2012). «The ICSID under siege. *Cornell International Law Journal*, 45, pp. 603-665. Tulchin, J. and Bland G. (Eds). (1995). *Peru in Crisis: Dictatorship or Democracy?* Woodrow Wilson Center, Washington.
- Ubal, S. (2014). «La empresa Doe Run 5ª en el ránking de contaminación mundial». Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=190840> [Accesado el 28 Jul 2018].
- UNCTAD. (2011). *How to prevent and manage Investor-State disputes: Lessons from Peru*. UNCTAD Investment Advisory Series B. Washington D.C.: UNCTAD.
- Uria Menéndez Lawyers. (2014). *International Arbitration Guide: A Latin American Overview*. Madrid: Uria Menéndez Editorial.
- VICE News (2014). «The Giant Toxic Hole Eating Peru's Highest City». Disponible en: <http://motherboard.vice.com/read/the-city-that-metal-ate-cerro-de-pasco-giant-hole-swallowing-city> [Accesado el 10 Aug 2018].
- Wade, R. (2002). US hegemony and the World Bank: The fight over people and ideas. *Review of International Political Economy*, 9(2), pp. 215-243.

- Wade, R. H. (2011). Emerging World Order? From Multipolarity to Multilateralism in the G20, the World Bank, and the IMF. *Politics & Society*, 39(3), pp. 347–378.
- World Trade Organization. (2014). «Trade and Tariffs: Trade grows while tariffs decline. (Institutional Brochure: 20 Years of WTO). Available from: https://www.wto.org/english/thewto_e/20y_e/wto_20_brochure_e.pdf [Accesado el 13 Jul 2018].
- Zumpfort, W. D. (2008). «The crisis of the WTO. Berlin: Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit. (Occasional Paper N° 41).