

Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión

Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados

Luke Eric Peterson



Derechos y Democracia

Centro Internacional de Derechos Humanos
y Desarrollo Democrático

Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión

Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados

Luke Eric Peterson

Luke Eric Peterson es un escritor y consultante independiente, que ha publicado mucho sobre el régimen legal internacional que rige la inversión extranjera directa. Es editor de un boletín de información electrónico dedicado a la legislación internacional de inversiones, el *Investment Arbitration Reporter* (www.iareporter.com). Se lo puede contactar en editor@iareporter.com.



Derechos y Democracia

Centro Internacional de Derechos Humanos
y Desarrollo Democrático

Derechos y Democracia

1001 De Maisonneuve Blvd. East, Suite 1100
Montreal, Quebec, Canadá H2L 4P9
Tel.: 514 283-6073 / Fax: 514 283-3792
Correo electrónico: publications@dd-rd.ca
Sitio Web: www.dd-rd.ca

Derechos y Democracia es una institución canadiense independiente no partidaria, creada por Ley del Parlamento en 1988 para promover el desarrollo democrático y promover y defender los derechos humanos establecidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos. En cooperación con la sociedad civil y los Gobiernos de Canadá y del extranjero, Derechos y Democracia pone en marcha y apoya programas destinados a fortalecer leyes e instituciones democráticas, principalmente en los países en vías de desarrollo.

© Derechos y Democracia (Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático), 2009.

Puede citarse este informe libremente, a condición de mencionar la fuente.

Este informe está disponible también en inglés y en francés.
También disponible en línea en www.dd-rd.ca.

Traducción: Adriana Chamorro, María C. Corro, Claudine Vivier.

Coordinación de proyecto: Carole Samdup, Asesora principal, Derechos Económicos y Sociales, Derechos y Democracia

Diseño: Green Communication Design inc. www.greencom.ca

Producción: Lise Lortie, Asistente de Publicaciones y Marie Malo, Agente de Publicaciones, Derechos y Democracia.

ISBN: 978-2-923539-33-1.

Impreso en Canadá.

Depósito legal: Biblioteca y Archivos Nacionales de Quebec, 2009.

Biblioteca Nacional de Canadá, 2009.

Índice

Agradecimientos	5
Siglas	6
Resumen	7
Capítulo 1: Introducción	9
Antecedentes del régimen internacional de protección de inversiones	10
Disposiciones de los tratados bilaterales de inversión	12
Trato justo y equitativo	12
Expropiación	14
Las responsabilidades limitadas del inversor	14
Disposiciones para la resolución de conflictos en los tratados bilaterales de inversión	15
Usos de los tratados bilaterales de inversión en los litigios contra los Gobiernos anfitriones	17
Organismo regulador y soberanía estatal	20
Capítulo 2: Análisis de la relación entre derechos humanos y tratados de inversión	21
Los derechos humanos y la legislación internacional	21
¿Se invoca la legislación de derechos humanos en las acciones procesales de los tratados de inversión?	21
El uso de analogías con los derechos humanos para definir las protecciones que se deben garantizarse a los inversores	23
Pertinencia de las obligaciones de derechos humanos de un Estado para con terceras partes	26
El derecho humano al agua	26
El derecho humano de reunión pacífica y libre expresión	31
Los derechos humanos de los pueblos indígenas	35
La reforma agraria y la indemnización	36
Las políticas dedicadas a ciertos grupos o personas desfavorecidos	39
Problemas de transparencia y el derecho de obtener información	41
Capítulo 3: Reflexiones y recomendaciones	43
Vigilancia	43
Estudio y análisis de la resolución de asuntos similares en los dos sistemas	44
Estudio y análisis de la interpretación y la aplicación de la legislación de derechos humanos por parte de los árbitros de inversión	44



Agradecimientos

El autor desea agradecer a Carol Samdup y a Derechos y Democracia, miembros del grupo de referencia del proyecto, así como a varios otros revisores externos que brindaron un invaluable aporte con la lectura de los borradores del documento.

Grupo de referencia

Peter Frankental

Director del Programa de Relaciones Económicas
Amnistía Internacional, Reino Unido

Chris Jochnick

Director del Equipo del Sector Privado
Oxfam América, Estados Unidos

Lucie Lamarche

Profesora de Derecho de la Cátedra G.F. Henderson de Derechos Humanos
Universidad de Ottawa, Canadá

Malcolm Langford

Director del Grupo de Investigación sobre Derechos Humanos y Desarrollo
Norwegian Centre on Human Rights, Universidad de Oslo, Noruega

Michelle Leighton

Directora de Programas de Derechos Humanos
Center for Law and Global Justice, Universidad de San Francisco, Estados Unidos

Bruce Porter

Director
Social Rights Advocacy Centre, Canadá

Siglas

ACIJ	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
BEE	<i>Black Economic Empowerment</i>
CCE	Cámara de Comercio de Estocolmo
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIEL	Centro de Derecho Ambiental Internacional
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
FIAN	<i>Foodfirst Information & Action Network</i>
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IIMAD	Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONG	Organización no gubernamental
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TLC EE.UU.-CA	Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centro América
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNESCO	Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura de las Naciones Unidas

Resumen

La segunda mitad del siglo pasado fue testigo de la expansión de dos áreas distintas del derecho internacional: una que protege los derechos humanos y la otra que protege la inversión extranjera directa. El sistema de derechos humanos puede parecer más familiar, y consiste en ciertos principios internacionales de derecho que son vinculantes para todos los Estados y en una gama de acuerdos regionales y de las Naciones Unidas. Sin embargo, la inversión extranjera goza también de una vasta red de tratados de inversión y tratados de libre comercio, que han tenido una importancia clave en los últimos años. El régimen dedicado a la protección de la inversión extranjera protege a los inversores extranjeros (tanto a sociedades como a personas) del tratamiento arbitrario en manos de los Gobiernos anfitriones, lo que incluye casos de expropiación o nacionalización de inversiones.

Algunas veces, estos dos regímenes se encuentran. Los tribunales arbitrales, que tienen la tarea de evaluar el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones para con los inversores extranjeros, deben enfrentar ocasionalmente cuestiones de derechos humanos, incluyendo la pertinencia de la legislación de derechos humanos en la resolución de disputas entre los inversores extranjeros y los Estados.

En este trabajo se presenta el régimen de protección de inversiones extranjeras, con el objetivo de que tanto los principales protagonistas como los expertos en derechos humanos puedan comprender los rasgos básicos del sistema y sus implicaciones legales y políticas. El documento describe asimismo una serie de acciones procesales que han surgido entre inversores y sus Estados anfitriones, en las que se trata del cumplimiento de las obligaciones del tratado durante estos últimos y en las que han surgido también cuestiones de derechos humanos. En una cantidad de casos, los árbitros de las disputas, al interpretar las garantías legales debidas a los inversores extranjeros, han invocado los derechos humanos como guía o los han utilizado como analogía. Por ejemplo, los árbitros analizan las normas de derechos humanos relacionadas con las garantías procesales o los derechos de propiedad para interpretar y elucidar las protecciones establecidas en los tratados de inversión para los inversores extranjeros.

Entretanto, en otros contextos, los Gobiernos anfitriones u otros intereses exteriores (como los grupos de la sociedad civil) piden a los árbitros que consideren los intereses de los miembros de la comunidad en materia de derechos humanos. En algunos casos, cuando se los acusa de violar las protecciones debidas a los inversores extranjeros, los Gobiernos tratan de justificar tales acciones sobre la base de que las obligaciones relativas a los derechos humanos los forzaron a actuar en una situación dada. En un arbitraje internacional entre la República Argentina y un bloque de empresas extranjeras de suministro de agua potable y saneamiento, el Gobierno ha tratado de defenderse de supuestas violaciones a los términos del tratado invocando el derecho humano al agua.

Todavía queda por verse hasta qué punto los Gobiernos están realmente desgarrados por sus diferentes obligaciones legales internacionales o si estas son reconciliables. Es evidente, sin embargo, que quienes están en la primera línea aclarando esta cuestión son los árbitros de los procesos arbitrales de los tratados de inversión. En los procedimientos legales internacionales pendientes en la actualidad entre inversores y Gobiernos, se ha pedido a los árbitros que determinen si las consideraciones de derechos humanos deben limitar o descartar la responsabilidad de los Estados de violar las obligaciones de los tratados de inversión.

No obstante, los árbitros tienen escasa orientación cuando se trata de interpretar y lidiar con las obligaciones en materia de derechos humanos de los Gobiernos, fuera de algunas reglas generales de interpretación de acuerdos. Los tratados de inversión y los de libre comercio ofrecen pocas instrucciones sobre cómo deben reconciliarse con las obligaciones de derechos humanos del Estado. Los Gobiernos podrían optar, en el futuro, por la introducción de un lenguaje explícito de derechos humanos en los textos de los convenios. De esta manera, se haría explícito el requisito de que los árbitros consideren la pertinencia de la legislación de derechos humanos en las cuestiones en disputa. Sin embargo, esto conduce inevitablemente al problema más amplio de la capacidad de los árbitros para manejar las dimensiones jurídicas de derechos humanos en tales disputas.

Algunas veces los tribunales arbitrales y las cortes de derechos humanos pueden funcionar de manera intercambiable y los demandantes potenciales tienen la posibilidad de elegir si ponen las interferencias del Gobierno en el marco de un acuerdo de inversión o de una convención de derechos humanos. Sin embargo, estos dos regímenes legales distintos tienen el potencial de generar resultados que son también diferentes, con consecuencias políticas y financieras variadas para los Gobiernos. Por consiguiente, es necesario que los protagonistas y responsables de políticas de derechos humanos comparen y evalúen de qué diferente manera estos dos sistemas paralelos pueden resolver ciertos tipos básicos de disputas, incluyendo expropiaciones de propiedades, denegación de justicia o demandas de garantías procesales y demandas por daños morales que surgen de daños físicos o intangibles infligidos por los Gobiernos.

En general, será imperativo vigilar más de cerca lo que ocurre bajo el régimen de inversión extranjera, en un esfuerzo por comprender de qué manera se resuelven, cuando surjan, las cuestiones de derechos humanos.

Esta publicación es el volumen 3 de una serie de 3 volúmenes titulada *Invertir en los derechos humanos*.

- Volumen 1: *Estudio de los impactos de los proyectos de inversión extranjera en los derechos humanos. Aprender de las experiencias de las comunidades en las Filipinas, Tíbet, la República Democrática del Congo, Argentina y Perú*, Derechos y Democracia, 2007.
- Volumen 2: *Todo derecho: Guía detallada para evaluar el impacto de las inversiones extranjeras en los derechos humanos*. Derechos y Democracia, 2008.

Disponible en www.dd-rd.ca.

Capítulo I: Introducción

Al analizar el desarrollo inconexo de dos áreas diferentes de la legislación internacional, la que provee protección a las inversiones extranjeras por una parte y la que se refiere a los derechos humanos por la otra, es evidente que la aldea global sacaría provecho de los servicios de un buen urbanista. Durante décadas, estas dos áreas del derecho internacional han evolucionado muy separadas una de la otra, aun cuando comparten algunas raíces distantes en cuanto a sus esfuerzos respectivos por limitar la soberanía del Estado¹. En años recientes, ha ido aumentando la especulación sobre el hecho de que los dos regímenes podrían incurrir en fricciones ocasionales, o incluso colisiones en ciertas instancias². Los Gobiernos podrían adoptar políticas o medidas para impulsar sus obligaciones en materia de derechos humanos, sólo para encontrarse con la acusación de que tales iniciativas entran en conflicto con obligaciones internacionales paralelas, destinadas a proteger a los inversores extranjeros y a sus actividades.

Una serie reciente de evaluaciones de impacto de proyectos de inversión extranjera, iniciada por *Derechos y Democracia*, puso de manifiesto en la comunidad de derechos humanos la existencia de vacíos considerables en lo que respecta al marco jurídico que rige y protege las inversiones extranjeras y los impactos de dicho marco en los derechos humanos. El presente trabajo fue encomendado para capturar y describir el régimen de tratados internacionales en rápida expansión que gobierna y protege las inversiones extranjeras directas y subrayar hasta qué punto las cuestiones de derechos humanos están surgiendo, en efecto, en el contexto de las disputas legales entre inversores extranjeros y países anfitriones.

Como se verá más adelante, los tratados internacionales que protegen legalmente las inversiones extranjeras les brindan la posibilidad de entablar acciones contra los Gobiernos ante paneles arbitrales internacionales, cuando ha habido alegaciones de violación de las protecciones del tratado. En una cantidad limitada pero creciente de estos procedimientos arbitrales entre inversores y Estados han surgido argumentos jurídicos de derechos humanos. Sin embargo, los árbitros internacionales se han referido a esta legislación, en general, en contextos en que los derechos humanos relacionados con la propiedad o las garantías procesales permitían comprender de qué manera había que interpretar las obligaciones de los tratados de inversión o brindaban alguna asistencia para ello. En otras palabras, los derechos humanos a los que se han remitido son aquellos que a veces protegen los negocios o a los protagonistas comerciales, utilizándolos como ayuda para la interpretación en el contexto del tratado de inversión.

Por lo menos hasta la fecha, los árbitros no han debido enfrentarse en la misma medida con un uso muy diferente de la legislación de derechos humanos: destacar las obligaciones legales del Estado anfitrión para con las terceras partes en el arbitraje (por ejemplo, quienes viven en el Estado anfitrión) y utilizar dichas obligaciones como una lente para interpretar y determinar las fronteras de toda obligación paralela debida a los inversores extranjeros. Como se aclarará en las secciones subsiguientes de este documento, en algunos arbitrajes internacionales pendientes entre inversores extranjeros y sus Estados anfitriones, los inversores acusan a los Gobiernos receptores de haber violado las protecciones legales que les

¹ Dinah Shelton ha escrito sobre el tema de la legislación relativa a la responsabilidad estatal por perjuicios ocasionados a los extranjeros, que “puede considerarse como precursora de la legislación internacional sobre derechos humanos”. Es más, Shelton observa que muchas de las causas relacionadas con perjuicios a extranjeros por el Estado durante el siglo 19 “concernen a lo que hoy constituirían violaciones de la legislación internacional de derechos humanos”. Referirse a Dinah Shelton: *Remedies in International Human Rights Law*, segunda edición, Oxford University Press, 2005, párrs. 59-62; sobre el tema de la llamada fragmentación de la legislación internacional más en general, referirse a Martti Koskenniemi: *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 4 de abril de 2006, disponible en línea en: http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm

² En 2003, *Derechos y Democracia* organizó un debate tipo “laboratorio de ideas”, del que surgió la posibilidad de que las disputas sobre tratados de inversión tocaran la cuestión de los derechos humanos. La investigación posterior ha seguido centrándose en la posibilidad de que los Gobiernos se vean tironeados entre sus obligaciones en virtud de los tratados y sus obligaciones para con los derechos humanos. Ver, por ejemplo, Luke Eric Peterson y Kevin R. Gray: *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, documento de información, 2003, http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf; Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Los derechos humanos, el comercio y las inversiones*, 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/9; Remi Bachand y Stephanie Rousseau: *International Investment and Human Rights: Political and Legal Issues*, Derechos y Democracia, 2003, disponible en: http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/globalization/bachandRousseauEng.pdf; Lahra Liberti: “Investissements et droits de l’homme”, col. en *New Aspects of International Investment Law*, Philippe Kahn y Thomas Walde, ed. (Haya: Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2007).

habían garantizado, al mismo tiempo que los Gobiernos rebaten el argumento refiriéndose a obligaciones de derechos humanos más amplias para con sus ciudadanos y otras personas que viven bajo la jurisdicción del Gobierno.

En un procedimiento arbitral que se presenta en detalle más adelante, una revisión de los alegatos legales de las partes en el arbitraje – un grupo de compañías internacionales de agua y la República Argentina – demuestra que los Gobiernos están impulsando argumentos legales de derechos humanos detallados y sofisticados en el contexto de las disputas de tratados de inversión. En términos legos, los Estados están comenzando a solicitar a los árbitros que no interpreten los tratados económicos internacionales en un vacío y que no olviden ni marginen las obligaciones legales sobre derechos humanos.

Mientras que tales argumentos podrían incomodar a quienes desconfíen de la capacidad de los procesos arbitrales “comerciales” para interpretar o revisar normas de derechos humanos, la realidad, como se hace evidente en las próximas páginas, es que los árbitros están confrontados en la actualidad con casos que tienen impactos y externalidades en los derechos humanos. Los árbitros ignorarán estas normas de derechos humanos o se comprometerán con ellas, pero hay pocas perspectivas de que pueda volverse a poner al genio en la botella. Esto puede explicar por qué razón algunos Gobiernos y organizaciones no gubernamentales han reconocido lo que está en juego en estos arbitrajes entre inversores y Estados y han hecho presiones para asegurar que los tratados económicos se consideren a la luz de las obligaciones de derechos humanos.

Algunas de las disputas presentadas en las páginas siguientes pueden proporcionar un importante terreno de prueba que indicará de qué manera los árbitros interpretarán las protecciones legales internacionales que los Estados deben asegurar a los inversores extranjeros, a la luz de las obligaciones paralelas de un Gobierno para con los derechos humanos de sus propios ciudadanos y en armonía con ellas. Por consiguiente, los protagonistas principales y los defensores de los derechos humanos deberían vigilar el régimen de protección de la inversión extranjera en evolución, para comprender de qué manera los tribunales responden cuando se ven confrontados con argumentos de derechos humanos que surgen en el contexto de disputas legales entre inversores extranjeros y sus Gobiernos anfitriones.

“...la inversión extranjera está controlada por un mosaico rígido y altamente descentralizado de tratados bilaterales de inversión”.

Antecedentes del régimen internacional de protección de inversiones

La protección de los extranjeros es una preocupación de larga data de la legislación internacional. Mucho antes del advenimiento de los modernos tratados de inversión, todos los Estados han debido respetar algunas normas mínimas de protección de los tratados de inversión como una cuestión habitual de legislación internacional, incluso si la extensión de estas obligaciones ha sido sujeto de mucha controversia y debate. En particular, la legislación internacional que rige el trato de los extranjeros abarca no sólo a los protagonistas comerciales sino también a los ciudadanos ordinarios. De este modo, las demandas presentadas contra los Estados en el siglo diecinueve y a comienzos del siglo veinte por malos tratos a los extranjeros involucraban situaciones en las que se acusaba a los Estados de haber violado lo que puede caracterizarse como los derechos civiles de los extranjeros, o abusado de dichos derechos³. Entre los ejemplos se incluyen casos de arresto o detención ilegal, brutalidad policíaca, prisioneros mantenidos incomunicados, ciudadanos extranjeros víctimas de la violencia de la turba⁴. Más aun, los tratados negociados con el objetivo de confirmar o complementar estas obligaciones habituales a veces contenían disposiciones destinadas no sólo a la protección económica y de la propiedad sino también de los derechos civiles y las libertades religiosas⁵. En realidad, uno de los principales objetivos de la negociación de varios Gobiernos, incluyendo los de Estados Unidos y Gran Bretaña, con otros países era el de asegurar garantías de libertad religiosa o, por lo menos, garantías de libertad de conciencia para proteger a los extranjeros⁶.

En la segunda mitad del siglo veinte, las reclamaciones internacionales originadas por heridas personales o muerte de extranjeros tendían a presentarlas principalmente las víctimas individuales a través de los canales de derechos humanos, a medida que se iban haciendo disponibles, mientras que las reclamaciones que se originaban en general en los daños económicos sufridos por los extranjeros eran materia de litigio de un Gobierno contra otro⁷. Del mismo modo, la negociación de tratados de amplio alcance que protegen la vasta gama de derechos civiles y económicos de los extranjeros parece haber

³ Ver el debate sobre los tipos de protecciones de derechos civiles en Edwin Borchard: *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, The Banks Law Publishing Co, 1916, pp. 69-77; para tener una idea de las demandas entre Estados Unidos y México con respecto a los derechos civiles, ver A.H. Feller: *The Mexican Claims Commission: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals, 1923-1934*, Nueva York, Macmillan Company, 1935, pp. 132-146.

⁴ Borchard, pp. 98-99; y Feller, *ibid.*

⁵ Por ejemplo, el artículo XII del tratado de amistad, comercio y navegación entre Estados Unidos y Costa Rica de 1851 incluye no solamente garantías para “casas, personas y propiedades”, sino que asegura también la libertad religiosa y la tolerancia.

⁶ Ver el extenso debate en las negociaciones Gran Bretaña-México, Estados Unidos-Colombia y Estados Unidos-México, celebradas en las primeras décadas del siglo 19, en Wilkins B. Winn: “The Efforts of the United States to Secure Religious Liberty in a Commercial Treaty with Mexico, 1825-1831”, col. en *The Americas*, Vol. 28, N° 3, enero de 1972, pp. 311-332.

⁷ Dinah Shelton, *op. cit.*, pp. 56-57.

caído en desuso. Durante la última mitad del siglo ha habido, más bien, un aumento sostenido de acuerdos limitados, hechos a medida para la protección de una categoría de extranjeros: los inversores extranjeros y sus inversiones. Estos acuerdos internacionales vinculantes protegen tanto a las compañías como a las personas, pero en cuanto propietarios de inversiones extranjeras y no en un sentido más generalizado de protección de toda otra forma de interferencia sobre de su salud y bienestar⁸. Este estudio se centra principalmente en estos tratados de inversión y en sus aplicaciones y usos.

Con el dramático aumento del flujo de inversión extranjera directa en todo el mundo, este marco de tratados de inversión internacional se ha desarrollado en silencio, para regir los miles de millones de dólares destinados a la actividad transfronteriza. En contraste con el sistema utilizado para gobernar el mercado mundial, cuyo centro ha sido desde hace mucho tiempo la Organización Mundial del Comercio (y antes de ella el GATT), la inversión extranjera está controlada por un mosaico rígido y altamente descentralizado de tratados bilaterales de inversión. En efecto, los esfuerzos realizados para desarrollar un tratado multilateral de inversión único han fracasado sistemáticamente, a menudo ante la concertada oposición de los grupos de la sociedad civil, que desconfiaban de los motivos subyacentes en tales iniciativas. Las organizaciones no gubernamentales (ONG) de derechos humanos estuvieron a la vanguardia de la oposición al propuesto Acuerdo Multilateral sobre Inversiones, que negociaba la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), así como a una iniciativa posterior de los Gobiernos miembros de la OMC. En el nivel regional, las ONG de derechos humanos también encabezaron la oposición al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que podría haber incluido un capítulo sobre inversiones, definido sobre el modelo de tratados bilaterales de inversión.

Las causas de la oposición de las ONG de derechos humanos se encuentran en la inquietud de que el Acuerdo Multilateral de Inversiones o el ALCA habrían extendido protecciones legales poderosas a propiedades y activos, lo que podría congelar la capacidad de los Gobiernos de reglamentar la actividad económica con objetivos más amplios, tales como la promoción y la protección de los derechos humanos, o bien obligar a los Estados a indemnizar a los inversores extranjeros cuando las políticas de derechos humanos tuvieran un impacto negativo sobre ellos⁹.

No obstante las inquietudes mencionadas sobre la multilateralización de las reglas de protección de inversiones, los Gobiernos han negociado incontables tratados bilaterales (y a veces regionales) siguiendo el modelo del Acuerdo Multilateral de Inversiones o del ALCA, en general con una mínima parte de la publicidad que se le dedicó a estos. De hecho, la cantidad de tales acuerdos se quintuplicó: de 385 a 1.857 durante la década de 1990. Para mediados de 2008, había más de 2.600 tratados bilaterales, y una cantidad de disposiciones similares a las de los tratados bilaterales de inversión fueron incluidas en un número creciente de acuerdos de libre comercio más amplios¹⁰. El resultado final de esta situación ha sido que muchos de los objetivos buscados por los proponentes de un acuerdo multilateral o regional, incluyendo elevados niveles de protección a la propiedad, se han obtenido por otros medios. Si bien el actual mosaico de tratados bilaterales de inversión (y de acuerdos de libre comercio) no es universal en cuanto a su cobertura, ha demostrado ser muy útil y los bufetes de abogados aconsejan a los inversores extranjeros que estructuren todo proyecto de inversión directa o de transacciones extranjeras de manera que caigan dentro de la protección de uno de estos acuerdos¹¹. Por ejemplo, un inversor norteamericano puede incorporar un vehículo neerlandés, de manera que todas las inversiones futuras quedarán cubiertas por un tratado que el país anfitrión, en el que se busca hacer la inversión, tiene con los Países Bajos.

En términos amplios, los inversores extranjeros que utilizan este marco legal pueden ser tanto sociedades (privadas o públicas) como personas de negocios particulares que hacen inversiones en otro país. Sin embargo, dada la redacción poco precisa de una gran cantidad de estos tratados de inversión, hay un amplio margen en muchos de ellos como para que las sociedades o las personas puedan esgrimir las protecciones del acuerdo contra sus *propios* Gobiernos, organizando simplemente sus actividades comerciales de manera que figuren como propiedad de las entidades extranjeras elegibles para la protección de un tratado internacional¹².

“Para mediados de 2008, había más de 2.600 tratados bilaterales, y una cantidad de disposiciones similares a las de los tratados bilaterales de inversión fueron incluidas en un número creciente de acuerdos de libre comercio más amplios”.

⁸ Pese a las limitadas atribuciones de estos tratados de inversión, existe el argumento de que ciertas categorías de actividades no lucrativas (por ejemplo, ciertas actividades de desarrollo o de caridad que promueven el desarrollo económico en un país anfitrión) podrían gozar de protección en virtud de los mismos. Ver Luke Eric Peterson y Nick Gallus: *International Investment Treaty Protection for Not-for-Profit Organizations*, documento de trabajo, International Center for Not-for-Profit Law, mayo de 2008, disponible en línea en: <http://www.icnl.org/knowledge/pubs/BITNPOProtection2.pdf>

⁹ Ver, por ejemplo, Rick Rowden y Vicki Gass: *Investor Rights or Human Rights? The Impacts of the FTAA*, documento de información, Action Aid USA, noviembre de 2003, en el archivo del autor.

¹⁰ UNCTAD, “Recent Developments in International Investment Agreements 2007- June 2008”, *IIA Monitor*, No. 2, 2008, disponible en línea en: http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf

¹¹ Ver el Cuadro 4 más abajo.

¹² Ver las opiniones mayoritarias y en desacuerdo en Tokios Tokelés contra Ucrania, causa del CIADI N° ARB/02/18, decisión sobre jurisdicción y opinión en desacuerdo del 29 de abril de 2004.

Dado que los flujos de inversión transfronterizos viajan cada vez más con el pasaporte protector de uno u otro de estos acuerdos internacionales, es importante comprender las protecciones que ofrecen estos instrumentos y, posteriormente, analizar su impacto en los derechos humanos.

Disposiciones de los tratados bilaterales de inversión

Los orígenes de los tratados bilaterales de inversión se remontan a fines de la década de 1950 y fueron desarrollados para tratar de complementar las escasas protecciones que la legislación internacional habitual otorgaba a los extranjeros. Si bien existían algunas protecciones mínimas para los inversores extranjeros que hubieran podido encontrarse en situación de sufrir abusos en manos de un país anfitrión, había también un persistente desacuerdo en lo que respecta a las formas de trato más específicas que deberían brindar los Gobiernos anfitriones. Por ejemplo, en las Naciones Unidas, los Gobiernos de los países desarrollados y los de los países en desarrollo se enfrentaban con dureza sobre la cuestión de determinar si los Gobiernos podían nacionalizar las inversiones extranjeras en el sector de los recursos naturales sin pagar una indemnización *completa* a los inversores extranjeros¹³.

Con este telón de fondo, se esperaba que los tratados bilaterales de inversión proporcionaran (en teoría) una mayor certeza y claridad con respecto a las normas jurídicas que se aplicarían, por lo menos con respecto a las inversiones que fluían entre un grupo dado de países. Sin embargo, los términos de los tratados todavía requieren interpretación y arbitraje para determinar su aplicación concreta y la mayoría de ellos permite que los inversores inicien acciones arbitrales en el caso de supuestas violaciones por parte de un Gobierno anfitrión. Alemania firmó el primer tratado bilateral de inversión moderno con Pakistán en 1959 y otros Gobiernos europeos exportadores de capital inaugurarían sus propios tratados bilaterales en los años siguientes (aparte de los tratados en los que se centra este trabajo, un inversor o su representante local pueden también firmar con las autoridades locales contratos, concesiones o acuerdos con el país anfitrión)¹⁴.

Debe destacarse el hecho de que la mayor parte de los tratados bilaterales de inversión no fuerzan a los países a abrir sus economías a los inversores extranjeros. Si bien algunos países requieren acceso al mercado como parte de dichos

tratados, la mayor parte de ellos no obligan a los Gobiernos a privatizar sectores económicos sensibles (por ejemplo, aerolíneas, bancos o seguros) ni a abrir estos sectores a la propiedad extranjera. Los tratados, más bien, extienden su protección sobre aquellas inversiones extranjeras que se hacen en conformidad con las normas existentes relativas a la propiedad extranjera en la economía local. De esta manera, si un Estado permite a un extranjero comprar un comercio local o establecer una inversión totalmente nueva, estas inversiones podrían estar cubiertas por un tratado internacional que obligue a los Gobiernos a comprometerse con normas de protección más elevadas que las que están disponibles en virtud de la legislación local¹⁵.

Estos tratados de inversión son en general instrumentos que tienen un propósito único: el de proteger a los inversores extranjeros y a sus activos, más que el de imponer a los inversores extranjeros obligaciones o responsabilidades legales. Si bien cada caso es diferente, con el tiempo todos garantizan, en general, la repatriación de los beneficios y otros fondos relacionados con la inversión, la protección contra un trato menos favorable que el reservado a los inversores locales o a los inversores de terceros países (trato nacional y trato de nación más favorecida, respectivamente), ciertas normas absolutas de protección (por ejemplo, “trato justo y equitativo” o “protección y seguridad completas”, así como la promesa de indemnización en caso de nacionalización o expropiación. En el Cuadro 1 (página opuesta) se enumeran algunas de las protecciones clave.

Trato justo y equitativo

Quizás la protección más importante provista por un tratado de inversión sea la que ofrece un “trato justo y equitativo”. El significado de esta obligación sigue evolucionando y es materia de desacuerdo en lo que respecta a determinar si la norma es uniforme en todos los países (independientemente de su nivel de desarrollo¹⁶). Como mínimo, la norma está concebida para proteger contra “denegaciones de justicia”; sin embargo, los Estados pueden también violar sus términos cuando tratan a los inversores extranjeros con mala fe o no les ofrecen garantías procesales. En algunos casos, los árbitros han adoptado el punto de vista de que la protección salvaguarda las “expectativas legítimas” de los inversores, por ejemplo, cuando los funcionarios o entidades del Gobierno hicieron

¹³ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004, pp. 22-23.

¹⁴ Estos acuerdos pueden establecer derechos y responsabilidades específicos para las dos partes y proporcionar algún mecanismo de resolución de conflictos (por ejemplo, los tribunales locales o alguna forma de arbitraje). Si bien pueden brindar una protección legal adicional a los proyectos de inversión extranjera directa, los instrumentos utilizados serán muy diferentes de un proyecto a otro y su estudio está fuera del alcance de este documento. Recientemente, se examinó un aspecto de tales arreglos contractuales en un estudio preparado por el profesor John Ruggie, Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y las empresas comerciales (Andrea Shemberg: *Stabilization clauses and human rights*, 11 de marzo de 2008). Este estudio examinó una serie de contratos entre inversores y Estados y descubrió que una cantidad de cláusulas de estabilización utilizadas para inversiones realizadas fuera de la OCDE contienen una formulación rigurosa, que podría permitir a un inversor extranjero “evitar el cumplimiento de leyes concebidas para promover objetivos ambientales, sociales o de derechos humanos, o buscar indemnización por dicho cumplimiento”, párr. 146.

¹⁵ Los tratados recientes firmados por Estados Unidos, Canadá, Japón, Singapur y varios otros países comprenden los llamados compromisos previos al establecimiento, que pueden colocar a los extranjeros en un pie de igualdad con los locales en lo que respecta a su capacidad de establecer nuevas inversiones o de adquirir inversiones ya existentes.

¹⁶ Nick Gallus: “The influence of the host state’s level of development on international investment treaty standards of protection,” *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, N° 5, p. 711, 11 de octubre de 2005.

Cuadro I: Protecciones clave contenidas en los tratados bilaterales de inversión

Trato justo y equitativo

Los árbitros deben considerar lo que constituye “injusto” o “no equitativo” a la luz de los hechos de una disputa. Los tribunales han tenido discrepancias sobre lo que esto implica en la práctica. En opinión de ciertos árbitros, ejemplos de trato “injusto” o “no equitativo” incluyen la denegación de justicia en tribunales locales, la actuación de mala fe de autoridades administrativas o el acoso o la discriminación que los inversores pueden haber sufrido en sus manos. A menudo, los árbitros interpretan esta obligación como protección de las “expectativas legítimas” de los inversores, aunque no haya consenso en cuanto a lo que significa este concepto.

Protección y seguridad completas

Los Gobiernos anfitriones deben garantizar una protección policial básica a la propiedad extranjera.

Trato nacional

El trato nacional asegura que se trate a los inversores extranjeros y a sus inversiones de manera comparable a los inversores (o inversiones) locales del Estado anfitrión.

Trato de nación más favorecida

El trato de nación más favorecida garantiza que se trate a los inversores extranjeros y a sus inversiones de manera comparable a los inversores (o inversiones) extranjeros de terceros Estados.

Restricciones a la expropiación y a la expropiación indirecta

Los tratados protegen en general contra la expropiación directa o indirecta, obligando al Estado anfitrión a pagar indemnización completa por cualquier inversión sujeta a tal tratamiento.

Libre transferencia de fondos

Los inversores extranjeros tienen garantizado el derecho de poder repatriar fondos relacionados con la inversión (beneficios, intereses, derechos o indemnizaciones y otras ganancias).

ciertas promesas o declaraciones y posteriormente no las cumplieron. Un Estado puede, por ejemplo, no cumplir con la emisión de permisos que había prometido a un inversor extranjero o no continuar con la venta de acciones (previamente ofrecidas) de una compañía estatal. Sin embargo, no hay acuerdo con respecto a lo que deben esperar, exactamente, los inversores de sus países anfitriones, ya se trate de un ambiente comercial estable, de transparencia en las negociaciones con los funcionarios estatales o de ciertas normas de eficacia administrativa y garantías procesales.

En una decisión arbitral que fue particularmente polémica, un tribunal adoptó la opinión radical de que “trato justo y equitativo” incluía la obligación “por parte del Estado anfitrión de actuar de una manera coherente, sin ambigüedad y totalmente transparente con el inversor extranjero,

de modo que este pudiera conocer de antemano todas las reglas y reglamentos que regirían sus inversiones, así como los objetivos de las políticas y de las prácticas o directivas administrativas pertinentes, para poder planificar sus inversiones y cumplir con tales reglamentaciones”¹⁷.

Algunos observadores han notado que tal enorme conjunto de deberes crearía problemas incluso al aparato gubernamental de las economías más avanzadas, ni qué decir de las naciones pobres menos desarrolladas. Los abogados que actuaban por el Gobierno de Chile caracterizaron muy bien la interpretación mencionada como un programa “extremo” de buena gobernabilidad impuesto a los Estados, lo que fue citado con aprobación en casos subsecuentes¹⁸. La incapacidad de cumplir con esta elevada interpretación de la norma de trato justo y equitativo puede conducir a la obligación de pagar indemnización a los inversores a los que se les deniega tal protección.

¹⁷ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contra Estados Unidos Mexicanos, causa N° ARB(AF)/00/2, laudo arbitral del 29 de mayo de 2003.

¹⁸ *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile S.A. contra República de Chile*, causa N° ARB/01/7 del CIADI, decisión de anulación, 16 de febrero de 2007, párr. 66.

Expropiación

Otra disposición clave de un tratado de inversión es la que se refiere a la expropiación. El problema de cómo definir el concepto de expropiación “indirecta” surgió con respecto al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que contiene disposiciones similares a las que aparecen en los tratados de inversión. Durante mucho tiempo persistió la incertidumbre sobre la necesidad de trazar una línea clara entre las medidas normativas que tenían un cierto impacto en la rentabilidad de una inversión y las que equivalían a una expropiación “indirecta” de la misma (por ejemplo, apropiación o privación llevada a cabo a través de mecanismos indirectos o normativos). La duda constante ha impulsado a algunos Gobiernos a introducir un nuevo lenguaje en sus tratados de inversión futuros, para aclarar que las medidas normativas de interés público podrían raramente caracterizarse como expropiación indirecta en virtud de un tratado de inversión. En el contexto canadiense, el modelo de 2004 de tratado de inversión declara lo siguiente:

Excepto en raras circunstancias, como por ejemplo cuando una medida o una serie de medidas sean tan severas a la luz de su objetivo que no puedan considerarse razonablemente como adoptadas o aplicadas de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que estén destinadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta¹⁹.

Sin embargo, la mayoría de los tratados no contienen este tipo de lenguaje, dejando mayor discreción a los árbitros para marcar la línea entre normas legítimas (que no constituyen una expropiación) y aquellas acciones o medidas que se consideran como la expropiación de una inversión.

Las responsabilidades limitadas del inversor

Mientras que los tratados de inversión imponen ciertos límites al trato que los Gobiernos pueden dar a los inversores extranjeros o a las empresas pertenecientes a extranjeros, establecen en contrapartida pocos límites u obligaciones para los inversores. Una revisión realizada en 2001 por las Naciones Unidas encontró pocos ejemplos de obligaciones impuestas a los inversores o a sus países de origen²⁰. En el período intermedio hubo, comparativamente, pocos intentos de redactar tratados

“Mientras que los tratados de inversión imponen ciertos límites al trato que los Gobiernos pueden dar a los inversores extranjeros o a las empresas pertenecientes a extranjeros, establecen en contrapartida pocos límites u obligaciones para los inversores”.

con mayores obligaciones para los inversores. Sin embargo, los analistas consideran que ciertas responsabilidades básicas están implícitas en los tratados de protección de inversiones habituales. El profesor Peter Muchlinski argumentó que la protección de “trato justo y equitativo”, ofrecida por los Gobiernos anfitriones a los inversores extranjeros, puede interpretarse de manera que imponga ciertos deberes a estos mismos inversores, incluyendo el deber de abstenerse de mantener una conducta abusiva²¹. En otras palabras, un inversor no puede reivindicar haber sufrido un trato injusto o no equitativo a manos del Gobierno anfitrión si él mismo está comprometido en actividades abusivas como, por ejemplo, engañar a los funcionarios gubernamentales sobre sus propias actividades o experiencia comercial²². Este argumento ha sido utilizado en varios arbitrajes posteriores, en los que los tribunales convocados para resolver disputas sobre tratados de inversión han dictaminado que las declaraciones fraudulentas y otras formas de actos ilícitos de los inversores pueden minar las demandas que estos presenten contra los Gobiernos anfitriones²³.

Aunque la mayor parte de los tratados bilaterales de inversión no asignan responsabilidades *explícitas* a los inversores, ha habido varias propuestas para introducirlas en los textos de los tratados, condicionando las protecciones legales de los inversores al acatamiento de diversas obligaciones, entre ellas la de cumplir con los instrumentos sobre responsabilidad corporativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), así como la de explotar sus inversiones conforme a las convenciones internacionales de trabajo y derechos humanos²⁴. En un borrador modelo de tratado de inversión, redactado en 2008 para ser debatido por el Gobierno de Noruega, se hacen algunos esfuerzos para introducir modestas responsabilidades para el inversor²⁵. En particular, el preámbulo del acuerdo noruego, que será pertinente cada vez que se convoque a los árbitros para interpretar las disposiciones del tratado, hace referencia a varios objetivos, incluyendo la responsabilidad social corporativa, la lucha contra la corrupción y el principio de “transparencia,

¹⁹ Ver el texto del proyecto de tratado en: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what_fipa.aspx?lang=en#structure

²⁰ “Social Responsibility”, *Series de la UNCTAD sobre Acuerdos internacionales sobre inversiones*, 2001, p. 17.

²¹ Peter Muchlinski: “‘Caveat Investor’? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, julio de 2006, pp. 567-598.

²² Ver la discusión de la causa Azinian contra México en Muchlinski, op. cit., pp. 576-7.

²³ Inceysa Vallisoletana contra El Salvador, laudo arbitral del 2 de agosto de 2006 y *Plama Consortium Limited* contra la República de Bulgaria, laudo arbitral del 27 de agosto de 2008.

²⁴ Para obtener más información sobre el proyecto de modelo de acuerdo de inversión del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS), que fue corregido por el autor del presente documento de información, ver: http://www.iisd.org/investment/model_agreement.asp

²⁵ Para más información, ver: <http://www.regjeringen.no/en/dep/nhd/documents/Consultations/Horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026>

imputabilidad y legitimidad” para todos los participantes en el proceso de inversión extranjera. Además, el proyecto de tratado “alienta” a los inversores a cumplir con las Directrices para las Empresas Multinacionales de la OCDE y del Pacto Mundial de las Naciones Unidas; sin embargo, no llega a mandar obligaciones concretas para los inversores. Aparte de estos intentos, ha habido propuestas académicas de introducir cláusulas en los tratados de inversión, destinadas a dar a los ciudadanos el derecho de hacer “contra-demandas” contra inversores extranjeros en el caso de ciertas violaciones de los derechos humanos²⁶. Sin embargo, tales propuestas no han dejado los escritorios para transformarse en tratados reales. En efecto, en su informe al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2008, el Representante Especial del Secretario General sobre los Derechos Humanos, John Ruggie, lamentó que los derechos legales de las sociedades transnacionales se hayan ampliado mucho, incluso a través de tratados bilaterales, pero que el marco jurídico que rige a estas mismas sociedades no lo haya hecho en la misma medida²⁷.

Ante la falta de un acuerdo mundial sobre inversiones más equilibrado, hay límites para las reformas realizadas con cuantagotas en los tratados bilaterales de inversión. Por ejemplo, si el Gobierno de Noruega negocia tratados bilaterales más equilibrados con socios extranjeros, queda por verse si los inversores noruegos elegirán utilizar tales acuerdos o si, en cambio, estructurarán sus actividades de inversiones directas en el extranjero para aprovechar los acuerdos firmados por otros Gobiernos con el país anfitrión deseado. En efecto, numerosos tratados bilaterales de inversión definen al “inversor” en términos generales, para poder abarcar cualquier entidad societaria incorporada de conformidad con las leyes del país de origen. Por ejemplo, los inversores de una cantidad de países pueden (y así lo hacen) elegir incorporarse en los Países Bajos, para aprovechar sus tratados bilaterales con una gran variedad de países en desarrollo. Dada la amplia gama de protección disponible y los vacíos que existen en la cobertura dentro del sistema actual, es perfectamente racional que los inversores “comparen precios” entre los tratados de protección si su propio país de origen no tiene un acuerdo con el país anfitrión en el que desean invertir. Sin embargo, este fenómeno de “comparar los precios” de los tratados de inversión perjudica los esfuerzos esporádicos que hacen los Gobiernos para reformarlos o reequilibrarlos.

Disposiciones para la resolución de conflictos en los tratados bilaterales de inversión

Las protecciones para los inversores establecidas en los tratados bilaterales de inversión se hacen efectivas en general a través de un poderoso mecanismo internacional de resolución de conflictos, que permite a los inversores iniciar acciones

arbitrales contra el Estado anfitrión en casos de supuestas violaciones de las protecciones del tratado. En general, el inversor nombrará un árbitro, el Estado hará lo mismo, se elegirá un tercer miembro para integrar el panel del tribunal, ya sea por consenso o por obra de algún organismo supervisor. Los inversores pueden oponerse a la gama completa de medidas gubernamentales, incluyendo nuevos impuestos, decisiones administrativas, leyes u otras formas de acción estatal. Quizás lo más importante sea que los inversores pueden demandar indemnizaciones monetarias por las violaciones del tratado.

Aunque los tratados bilaterales de inversión son acuerdos entre Estados, allanan el terreno para que un inversor presente individualmente una demanda contra un Estado. Merced a los mecanismos de arbitraje contenidos en los tratados bilaterales de inversión, los inversores pueden hacer aplicar los términos del tratado sin necesidad de que sus Gobiernos de origen apoyen las demandas por ellos (como se requiere en el sistema de la OMC o en virtud de formas tradicionales de protección diplomática utilizadas para proteger extranjeros y activos en el extranjero). En otras palabras, cuando un inversor considera que se le ha denegado un “trato justo y equitativo” o alguna otra protección que figure en el tratado, puede demandar al Gobierno anfitrión ante un tribunal internacional de arbitraje y tratar de cobrar una indemnización financiera por la violación del tratado.

No existe un tribunal internacional o cuerpo único que reciba tales demandas; estas se manejan más bien caso por caso según unas pocas reglas procesales diferentes. La mayor parte de los tratados de inversión ofrecen más de un conjunto de reglamentos de arbitraje, lo que significa que el inversor puede escoger activamente cuáles desea que se apliquen. Esta decisión puede tener consecuencias importantes, ya que estas reglas pueden ser diferentes, incluso con relación al nivel de confidencialidad que debe rodear al proceso. Varias de las opciones arbitrales más comunes se describen en el Cuadro 2 (página siguiente).

Es importante tener en cuenta varias de las características del procedimiento arbitral de los tratados bilaterales de inversión. En primer lugar, el proceso se queda atrás de manera significativa en lo que respecta a la transparencia.

“En otras palabras, cuando un inversor considera que se le ha denegado un “trato justo y equitativo” o alguna otra protección que figure en el tratado, puede demandar al Gobierno anfitrión ante un tribunal internacional de arbitraje y tratar de cobrar una indemnización financiera por la violación del tratado”.

²⁶ Ver, por ejemplo, Todd Weiler: “Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 27, pp. 429, 2004.

²⁷ Informe del Representante del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las sociedades transnacionales y otras empresas comerciales, 7 de abril de 2008, párr. 12.

Cuadro 2: Diversas opciones de arbitraje disponibles en los tratados bilaterales de inversión

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El CIADI del Banco Mundial es el único centro construido expresamente para la resolución de conflictos relativos a la inversión extranjera directa entre inversores y Gobiernos. Durante décadas, el Centro manejó una pequeña parte de los litigios *contractuales*. Sin embargo, en la década del 90, el número de casos del CIADI aumentó muchísimo, cuando los inversores comenzaron a invocar las ofertas de arbitraje contenidas en los tratados de inversión. De las diversas opciones de arbitraje disponibles para resolver estos casos, el CIADI es único porque publica una lista completa de procedimientos de arbitraje que se están llevando a cabo bajo sus auspicios. Sin embargo, las audiencias son a puertas cerradas, a menos que ambas partes deseen lo contrario.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

A diferencia del CIADI, la CNUDMI no administra ni supervisa arbitrajes sino que elabora los reglamentos procesales que pueden utilizar las partes que deseen arbitrar sus disputas de una manera "ad-hoc". Puesto que los arbitrajes de la CNUDMI no se llevan a cabo bajo un mismo techo, es muy difícil saber qué cantidad de procedimientos arbitrales se están realizando. No obstante, sus reglas figuran muy a menudo en los tratados bilaterales de inversión y las encuestas sugieren que una cantidad importante de los arbitrajes de estos tratados se hace por medio de este canal menos visible.

Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE)

Las reglas de la CCE, si bien aparecen más raramente, están incluidas en una minoría de tratados bilaterales de inversión, particularmente cuando una parte, o ambas, es de Europa del Este o de la ex URSS y, principalmente, en el Tratado de la Carta de Energía, un acuerdo multilateral poderoso que rige el comercio y las inversiones en el sector de la energía. La Cámara de Comercio maneja una modesta cantidad de arbitrajes de tratados de inversión, varios por año, como consta en las estadísticas publicadas por la sede. Se dispone de escasa información sobre los arbitrajes que tienen lugar en virtud de las reglas de la CCE, a menos que las partes deseen lo contrario.

Cámara de Comercio Internacional (CCI)

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) es una alternativa muy popular para la resolución de disputas comerciales privadas. La CCI maneja también una pequeña cantidad de casos de tratados de inversión, sobre los cuales se sabe muy poco. El principal obstáculo, que limita la cantidad de casos arbitrados en la CCI, es el hecho de que en la mayor parte de los tratados bilaterales de inversión no se ofrece el arbitraje de la Cámara como una opción.

No hay requisitos uniformes para hacer conocer públicamente una demanda de arbitraje. Si bien todas las causas del CIADI se publican en un registro, las que se presentan bajo otras reglas procesales no están sujetas al mismo nivel de apertura²⁸. Más aun, cuando se trata del verdadero desarrollo del proceso arbitral, algunas reglas procesales imponen barreras formidables, incluso cuando una de las partes (ya sea el inversor o el Gobierno) desea hacer pública la información sobre el procedimiento. Por ejemplo, en virtud de los reglamentos de la CNUDMI, utilizados a menudo, la norma preestablecida para los procedimientos arbitrales es claramente la de confidencialidad y las comunicaciones orales legales y las audiencias no son, en general, objeto de registro público.

Por extraño que parezca, no hay manera de saber cuántas demandas se han presentado contra Gobiernos, mucho menos los detalles de tales demandas y sus implicancias legales, políticas y financieras. En unos pocos casos tratados aquí, la información se ha hecho pública como resultado de la investigación llevada a cabo para elaborar este trabajo. A veces, las partes revelan previamente la información sobre sus causas; otras veces son los periodistas o las organizaciones no gubernamentales quienes investigan estos juicios y sacan a la luz nueva información²⁹.

²⁸ <http://www.worldbank.org/icsid>

²⁹ Un recurso para seguir los acontecimientos en el área es el *Investment Arbitration Reporter*, un servicio electrónico de información publicado por el autor de este trabajo (www.iareporter.com).

“Ha habido una corriente de arbitrajes en materia de tratados bilaterales de inversión en los últimos años y se sabe que se han presentado docenas de casos por año. Se calcula también que se han iniciado una cantidad desconocida de casos que no se hicieron públicos”.

Otra característica notable del procedimiento arbitral es la amplitud que tienen las partes para elegir quién entenderá la disputa. No existe un tribunal permanente que pueda oír tales casos; más bien, se los presenta ante tribunales de arbitraje establecidos expresamente. La capacidad de las personas para actuar como abogados, que alegarán en nombre de los inversores y los Gobiernos, o como árbitros en otros casos, interpretando el significado de los tratados, ha generado una gran cantidad de escrutinio y debate³⁰. Se ha pedido el establecimiento de un tribunal permanente cuyos miembros, jueces independientes y con dedicación exclusiva, oírían las disputas sobre tratados de inversión³¹. Sin embargo, tales propuestas no han producido aún un cambio importante en el modelo actual de arbitraje caso por caso.

Debe enfatizarse que los tratados de inversión han generado un gran volumen de disputas legales *internacionales*. Los inversores, a menudo, pueden evitar la presentación de las disputas en los tribunales *nacionales* del Estado anfitrión o, más bien, iniciar una demanda internacional luego de haber observado los períodos de espera (en general mínimos) prescritos en el tratado de inversión en cuestión. Con toda claridad, esto contrasta con el sistema internacional de derechos humanos, para cuyo acceso se requiere haber agotado antes los mecanismos nacionales, como una manera de respetar la soberanía del Estado y el principio de subsidiariedad (es decir, los conflictos deben resolverse en el ámbito local en la medida de lo posible).

Como se establecerá en el resto de este trabajo, hay evidencias claras de que se presentan ante los tribunales de arbitraje cuestiones de derechos humanos. Esta tendencia conduce a formular preguntas obvias con respecto a la capacidad de los árbitros de intervenir satisfactoriamente en la dimensión de derechos humanos de tales disputas. No obstante, la realidad es que los derechos de este ámbito aparecen, y continuarán apareciendo, en los arbitrajes de los tratados de inversión. En este sentido, es importante comprender cómo funcionan estos procesos, incluyendo su comparación con los mecanismos de arbitraje en materia de derechos humanos. En el Cuadro 3 (página siguiente) se cotejan varias características principales de los procesos de resolución de disputas en cuanto a la protección de inversiones y a los derechos humanos, particularmente con respecto a dos de los tribunales de derechos humanos regionales más utilizados.

En la sección siguiente se describe de qué manera los inversores extranjeros utilizan los tratados de inversión para pedir un arbitraje contra los Gobiernos anfitriones por supuestas violaciones de tratados. Las secciones subsecuentes analizan la aparición de los argumentos de derechos humanos en estos arbitrajes entre inversores y Estados y cómo tratan los árbitros las obligaciones de derechos humanos de los Estados.

Usos de los tratados bilaterales de inversión en litigios contra los Gobiernos anfitriones

Los tratados bilaterales de inversión se han transformado en una característica de importancia en el panorama de la reglamentación de la inversión extranjera, al punto que numerosos Gobiernos enfrentan acciones procesales iniciadas por inversores extranjeros y la necesidad de reconciliar su conducta con las obligaciones de los tratados internacionales. Como se mencionó anteriormente, en los casos en los que no existe un tratado de inversión entre el país de origen de un potencial inversor y el país anfitrión deseado, es cada vez más común que los inversores estructuren sus inversiones para que transiten a través de un país, por lo menos, que cuente con un tratado de protección con el país anfitrión. De esta manera, aun cuando no exista un tratado de inversión entre el país de origen de un inversor y el país en el que desea hacer la inversión, la transacción de inversión extranjera estará, de todos modos, protegida por algún tratado. Con más de 2.600 tratados bilaterales de inversión activos, no es siempre fácil determinar qué tratado internacional rige un proyecto dado de inversión extranjera directa. El Cuadro 4 (segunda página siguiente) proporciona una cierta guía para los observadores que buscan comprender cuáles son los tratados de inversión que pueden aplicarse a un determinado proyecto de inversión extranjera directa. Sin embargo, sólo los inversores saben de qué manera han organizado sus inversiones y con qué es lo que esto implica con respecto al tratado.

Dado que los inversores extranjeros, cada vez más frecuentemente, establecen sus inversiones para que sean regidas por uno o más tratados, no debe sorprender que las acciones procesales en virtud de estos tratados se estén multiplicando. En general, son las sociedades las que presentan demandas contra los Gobiernos, alegando que se ha tratado a sus inversiones en otro Estado de manera contraria a los compromisos del tratado. Sin embargo, en un pequeño número de casos, han sido empresarios individuales, en lugar de sociedades, quienes presentaron demandas contra los Gobiernos. Si bien estas pueden involucrar disputas estrictamente económicas, en ocasiones pueden evocar la demanda internacional más tradicional de maltrato a los extranjeros, con alegaciones de privación ilegítima de libertad, acoso, violencia física e incluso torturas. Un empresario neerlandés, el Sr. Trinh Vinh Binh, presentó una demanda contra el Gobierno

³⁰ Michael Goldhaber: “Are Two Hats Too Many?”, *The American Lawyer Magazine*, Vol. 27, N° 6, Edición Focus Europe, verano de 2005.

³¹ Gus Van Harten: *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

Cuadro 3: Comparación de las características clave de los tribunales de derechos humanos y el arbitraje de los tratados de inversión

Preguntas clave	Tribunales de derechos humanos regionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Corte Interamericana de Derechos Humanos)	Arbitraje de tratados de inversión
<i>¿Mediante qué proceso pueden los particulares presentar demandas por la violación de tratados?</i>	Se deben agotar los mecanismos legales internos.	Es raro que haya un requisito de agotar mecanismos locales; puede haber un corto período de espera prescrito por el tratado (por ejemplo, de 3 a 6 meses) antes de que los demandantes puedan invocar un arbitraje internacional, pero los árbitros no lo aplican a menudo.
<i>¿Quién arbitra?</i>	Jueces a tiempo completo que ejercen la función por un período de tiempo establecido.	Árbitros designados para oír un sólo caso; a menudo elegidos entre los miembros de firmas de abogados, universidades o jueces retirados.
<i>¿Deben darse a conocer públicamente las demandas?</i>	Sí.	No. Si bien las demandas presentadas ante el CIADI son públicas, los procedimientos en virtud de otras reglas no necesitan serlo.
<i>¿Son públicas las audiencias?</i>	Sí, a menos que circunstancias específicas requieran privacidad.	No. Sólo en raros casos las audiencias son públicas (por ejemplo, si ambas partes están de acuerdo en que lo sean).

vietnamita de conformidad con el tratado de inversión firmado entre los Países Bajos y Vietnam en 2005. Además de una demanda estándar de confiscación de ciertos activos comerciales, el Sr. Trinh alegó también que había sido sometido a detención ilegal, tortura y violencia física previas al juicio por parte de las autoridades vietnamitas³². Este tipo de demanda, si bien este es un caso particular en el contexto de los tratados de inversión, se asemeja a las demandas de derechos humanos, aunque presentada en virtud de un tratado económico.

No obstante, en la era moderna, es inusual que los tratados de inversión se ejerzan para proteger lo que puede caracterizarse

como los derechos civiles o el bienestar de extranjeros individuales. La enorme proporción de demandas conocidas por tratados de inversión las presentan las sociedades, alegando que ciertas medidas gubernamentales (leyes, reglamentos, reglamentos administrativos) u otras acciones (u omisiones) estatales han conducido a la violación de una o más obligaciones de los tratados para con los inversores extranjeros. A menudo, los inversores alegarán que han sufrido expropiación directa o indirecta, por ejemplo, en el caso de que las acciones de los Gobiernos hayan disminuido o destruido seriamente el valor de una inversión. En otros casos, los inversores pueden alegar que los Gobiernos los han tratado de manera injusta, arbitraria o discriminatoria.

³² La causa Binh se realizó en virtud de las reglas procesales de la CNUDMI y fueron pocos los detalles que se conocieron. El arbitraje se resolvió antes de que los árbitros hubieran tenido la posibilidad de emitir su fallo. Los detalles que se presentan aquí se basan en información confidencial obtenida por Derechos y Democracia.

Cuadro 4: Los tratados que pueden aplicarse a un proyecto particular de inversión

1. El país de origen del inversor extranjero puede tener un tratado bilateral de inversión con el país anfitrión. Si hubiera varios inversores extranjeros involucrados en un proyecto dado, múltiples tratados podrían aplicarse a dicho proyecto.
2. Los inversores pueden incorporar subsidiarias o sociedades de control transnacionales, que pueden permitirles beneficiarse con las protecciones contenidas en los tratados firmados entre terceros países y el país anfitrión. El conglomerado de construcción Bechtel, que es el caso más famoso, inició un arbitraje contra Bolivia en el marco de un tratado de inversión, a pesar de que no existía un tratado entre Bolivia y Estados Unidos, porque Bechtel encaminó sus inversiones en la concesión del servicio de agua boliviano a través de los Países Bajos. En virtud de esta estructura societaria, la inversión se califica como “neerlandesa” y está regida por el tratado bilateral de inversión entre Bolivia y los Países Bajos. Consecuentemente, es de importancia crítica para los países anfitriones y otros observadores determinar qué compañías intermedias pueden haberse utilizado en las transacciones de inversiones extranjeras directas, para poder comprender qué tratados pueden aplicarse a una inversión dada.
3. Aun cuando el país de origen de un inversor haya firmado un tratado bilateral de inversión con un país anfitrión, un inversor puede elegir utilizar el tratado de otro país “de origen”, organizando sus inversiones de manera creativa. Por ejemplo, la *Aeroport Development Corporation*, basada en Montreal, invocó el tratado bilateral de inversiones entre Chipre y Hungría en la disputa que lo enfrentaba a Hungría por la construcción y operación de una terminal en el aeropuerto de Budapest. Aunque Canadá había firmado un tratado bilateral con Hungría, los inversores invirtieron a través de empresas subsidiarias chipriotas, lo que les permitió invocar el tratado entre Chipre y Hungría al considerar que cualquiera de sus disposiciones eran más generosas que las del tratado entre Canadá y Hungría.
4. Los inversores pueden invocar la cláusula del trato de nación más favorecida en un esfuerzo por obtener derechos o protecciones más favorables que los contenidos en otros tratados. Por ejemplo, un inversor incorporado en el Reino Unido, *RosInvest Co UK Ltd*, invocó con éxito esta cláusula en un arbitraje reciente con Rusia, en virtud del tratado entre el Reino Unido y Rusia, lo que le permitió beneficiarse con los derechos arbitrales más generosos contenidos en el tratado entre Dinamarca y Rusia. Sin embargo, no todos los tribunales arbitrales han apoyado esta interpretación, tan favorable al inversor, de la cláusula de nación más favorecida, lo que crea una constante incertidumbre con respecto a este punto. Los Gobiernos deben ser concientes, por lo menos, de que los inversores pueden tratar de invocar la cláusula de la nación más favorecida, presente en un determinado tratado bilateral de inversiones, para tratar de “incluir” las disposiciones de otros tratados de inversión en su reclamación.

Las Naciones Unidas mantienen listas de tratados bilaterales de inversión firmados por cada país, así como copias de muchos de los mismos*. Sin embargo, con docenas de tratados en negociación en cada momento, los ministros de Comercio Internacional o de Asuntos Extranjeros de Gobiernos específicos son quienes pueden proporcionar la información más actualizada sobre los tratados recientes de cada país.

* Ver www.unctad.org/ia y consultar las bases de datos de los acuerdos internacionales sobre inversiones para más detalles.

Entre las demandas de este último tipo se incluyen algunas en las que se afirma que los inversores extranjeros fueron sometidos a un tratamiento, con respecto a reglamentos o licencias, menos favorable que el de otros inversores, a procesos administrativos o judiciales nacionales que carecían de garantías procesales o transparencia, o bien que habían sido perjudicados por la decisión de un nuevo Gobierno de revertir privatizaciones previas o introducir impuestos importantes o regalías en las inversiones existentes.

En el momento de la redacción de este trabajo, los arbitrajes pendientes entre inversores y Estados se referían a la mayor parte de los sectores económicos (energía, minería, telecomunicaciones, concesiones de agua y aguas usadas, manufacturas, servicios financieros, medios de comunicación y espectáculos, agricultura y transformación de alimentos) y ponían de relieve cuestiones fundamentales con respecto a los límites que los tratados de inversión imponen a la soberanía³³. Si bien los méritos de estas diferentes causas pueden variar mucho, todas ellas hacen surgir responsabilidades potenciales para los Gobiernos. Los montos reclamados como daños por los inversores no son indicativos de los que se otorgará en el caso de que un Estado sea declarado culpable de la violación de un tratado; sin embargo, los perjuicios financieros otorgados en demandas exitosas a inversores extranjeros, en el marco de un tratado bilateral de inversión, son del orden de decenas o cientos de millones de dólares.

Ha habido una corriente de arbitrajes en materia de tratados bilaterales de inversión en los últimos años y se sabe que se han presentado docenas de casos por año. Se calcula también que se han iniciado una cantidad desconocida de casos que no se hicieron públicos. Tales disputas pueden tener origen en conductas realmente atroces por parte de funcionarios gubernamentales o estatales, incluyendo la destrucción de la propiedad o los activos del inversor. En otros casos, las acciones procesales pueden deberse a un esfuerzo por bloquear o cuestionar los intentos de los Gobiernos de imponer reglamentos a los inversores extranjeros con objetivos públicos aparentemente importantes, incluyendo razones de salud, ambientales o de política cultural.

Organismo regulador y soberanía estatal

Los tratados de inversión han sido objeto de un fuerte escrutinio por parte del público, particularmente en América del Norte, donde los inversores extranjeros han montado acciones procesales que tocaban la sensibilidad de los organismos reguladores de los Estados. Las disposiciones del tipo del tratado bilateral de inversiones del TLCAN ganaron notoriedad a fines de la década de 1990, cuando una serie de litigios cuestionaron medidas conflictivas, tales como la prohibición impuesta por California a la utilización de un aditivo controvertido para la gasolina y la prohibición comercial de otro aditivo para la gasolina³⁴. Más de una década después, el Gobierno de Canadá continúa enfrentando acciones legales relativas al TLCAN, que se refieren a cuestiones polémicas tales como el proceso de evaluación de impacto ambiental para una cantera impopular, un intento de eliminar progresivamente el peligroso agroquímico Lindane y la propuesta de utilizar el sitio de una mina para deshacerse de desechos municipales no tóxicos³⁵.

Todavía queda por resolver muchas cuestiones difíciles y espinosas sobre la interpretación y la aplicación de las obligaciones de los tratados de inversión, que incluyen el consenso con respecto a la línea divisoria luego de la cual una reglamentación o acción estatal deviene una forma de “expropiación” por la que debe pagarse una indemnización a los inversores extranjeros afectados; qué tipo de diferenciación política entre diferentes actores comerciales será permisible, sin violar el deber de proporcionar trato nacional a inversores e inversiones extranjeras; y hasta qué punto la ausencia de ciertas cláusulas de exoneración de responsabilidades en los tratados bilaterales de inversión puede interpretarse como una indicación de que tales exoneraciones no están implícitas en el tratado.

Puesto que una gran variedad de acciones o políticas gubernamentales pueden ser objeto de examen en las disputas de tratados de inversión, no es sorprendente que las cuestiones de derechos humanos también comiencen a surgir en este contexto, como se analiza más en detalle en el próximo capítulo. Antes de orientar la atención hacia este punto, en el próximo capítulo se brinda una breve recapitulación de la situación de los derechos humanos bajo la legislación internacional.

³³ Referirse al sitio Web del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), www.worldbank.org/icsid, para obtener una indicación de los arbitrajes que maneja (principalmente basados en los tratados, pero también algunos basados en contratos).

³⁴ Howard Mann y Konrad Von Moltke: *NAFTA's Chapter 11 and the Environment*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, documento de trabajo, 1999

³⁵ Luke Eric Peterson: “Drowning in Chapter 11 Lawsuits”, *Embassy: Canada's Foreign Policy Newsweekly*, 16 de abril de 2008, disponible en línea en: <http://www.embassymag.ca/page/view/.2008.april.16.peterson>

Capítulo 2: Análisis de la relación entre derechos humanos y tratados de inversión

Los derechos humanos y la legislación internacional

Aun si se ha desarrollado toda una estructura de convenios para proteger la inversión extranjera, hay una serie de tratados internacionales separados que se han firmado en respuesta al mandato establecido en la Carta de las Naciones Unidas³⁶. La Carta otorga a las Naciones Unidas el poder de promover “niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;”, así como el poder de “ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. En efecto, la Carta obliga a los Estados miembro de las Naciones Unidas a “tomar medidas conjunta o separadamente”, en cooperación con las Naciones Unidas, para promover los derechos humanos.

Al igual que en el área de la legislación referida a inversiones extranjeras, no todas las obligaciones legales se basan en tratados; algunas provienen de la legislación internacional consuetudinaria, que se origina en la práctica inveterada de los Estados y cuyas obligaciones son vinculantes para todos independientemente de su consentimiento. Como Robert Howse y Makau Mutua observan:

El alcance y el contenido de la legislación consuetudinaria internacional de derechos humanos, como en realidad todo el derecho consuetudinario, están en desarrollo continuo. Si bien hay ciertos derechos humanos cuya situación, en cuanto a la costumbre, es generalmente aceptada, la lista no está necesariamente completa ni cerrada. Pero queda claro, en la legislación internacional existente, que un “estado viola la legislación internacional si, en materia de política estatal, practica, promueve o

aprueba” las conductas siguientes: genocidio, esclavitud o comercio de esclavos, asesinato o desaparición de personas, detención, discriminación racial sistemática como el *apartheid*, y modelos sistemáticos de violaciones severas de derechos humanos internacionalmente reconocidos.³⁷

Como complemento a estas obligaciones consuetudinarias existe una red de convenios sobre derechos humanos, muchos de los cuales han sido negociados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mientras que otros son convenciones estrictamente regionales, como las desarrolladas en Europa, América y África. Este amplio y creciente catálogo de tratados firmados por los Gobiernos se superpone a las obligaciones tradicionales descritas más arriba, imponiendo importantes y significativas obligaciones a los Gobiernos en las áreas de los derechos humanos.

Dado que los Gobiernos tienen numerosas obligaciones internacionales vinculantes en materia de derechos humanos, así como las obligaciones antes descritas para con los inversores extranjeros, ¿hay instancias en las que ambos grupos de obligaciones interactúan uno con el otro? En la próxima sección se analiza esta cuestión a través del estudio de las disputas legales que se conocen, surgidas entre inversores extranjeros y Gobiernos anfitriones en virtud de tratados de inversión.

¿Se invoca la legislación de derechos humanos en las acciones procesales de los tratados de inversión?

En general, los árbitros en las disputas de los tratados de inversión no tienen el mandato de encontrar violaciones de las obligaciones de derechos humanos.

³⁶ Esta sección se nutre en gran medida de una publicación anterior de Derechos y Democracia de los autores Robert Howse y Makau Mutua: *Protecting Human Rights in a Global Economy: Challenges for the World Trade Organization*, (Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático), 2000, pp. 8-10, disponible en: http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/globalization/wto/protecting_human_rightsWTO.pdf

³⁷ Howse y Mutua, p. 9

En su carácter de tribunales de jurisdicción limitada, están habitualmente circunscritos a determinar si se ha violado la protección de un tratado de inversión en particular. Sin embargo, esto no significa que la legislación de derechos humanos no forme parte del telón de fondo contra el cual se aplican e interpretan las obligaciones de los tratados. Se ha reconocido, hace ya mucho tiempo, que la legislación aplicable a los arbitrajes de inversiones abarca típicamente la legislación internacional (y no simplemente la protección acordada en el tratado), y que esto podría incluir otras formas no económicas de legislación internacional³⁸.

En efecto, ya en la década de 1980, un tribunal de arbitraje de inversiones reconoció que las obligaciones impuestas por otros tratados internacionales ratificados por un Estado anfitrión podrían ser pertinentes para defender el tratamiento que daría al caso de un inversor extranjero en particular. En la causa en cuestión, *PP contra Egipto*, el panel de árbitros del CIADI tomó con seriedad el argumento de que un Estado anfitrión podría estar vinculado por ciertas obligaciones que se desprenden de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)³⁹. Con respecto a los hechos de esta causa, la adhesión de Egipto a la Convención de la UNESCO no excusó su anulación de un contrato de inversión que había sido aprobado anteriormente para la construcción de una urbanización turística adyacente a un sitio cultural. Sin embargo, los árbitros consideraron, en efecto, que la Convención era pertinente en la disputa. En particular, rechazaron otorgar indemnización a los inversores por beneficios *futuros* perdidos con el argumento de que no podían ser indemnizados por actividades que violarían la legislación internacional una vez que la Convención de la UNESCO entrara en vigencia en Egipto y se aplicara al proyecto en cuestión⁴⁰. Recientemente, se han identificado varios otros casos en los que los tribunales han reconocido formas de la legislación internacional que no se refieren a inversiones (ya sea ambientales o culturales) como pertinentes en la resolución de supuestas violaciones de las obligaciones de un Estado para con las inversiones extranjeras⁴¹.

En virtud de las reglas internacionales de interpretación de tratados, como se indica en el artículo 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los árbitros pueden interpretar las obligaciones de los acuerdos a la luz de “reglas de derecho internacional pertinentes, aplicables a las relaciones entre las partes”. Aun cuando los árbitros no tiendan a apoyarse en este artículo en particular, queda muy claro que

“Considerando el cuerpo de disputas que se ha presentado para arbitraje en virtud de los tratados de inversión, es evidente, en efecto, que ya se ha citado la legislación sobre derechos humanos en una cantidad de instancias. Sin embargo, parece haber dos posibilidades diferentes”.

podrían hacerlo⁴². Por supuesto, surgirán argumentos referidos a qué reglas de la legislación internacional son pertinentes en un contexto dado. Mientras que los principios *jus cogens* contra la esclavitud, la discriminación racial o las obligaciones sobre los derechos humanos, contenidos en la Carta de las Naciones Unidas son, relativamente, aceptados sin polémica, las opiniones difieren en cuanto a otras normas de derecho internacional, tales como las contenidas en los *tratados* de derechos humanos. No obstante, se ha abierto una brecha importante que permite a los árbitros considerar los derechos humanos y otras obligaciones legales internacionales de los Estados cuando interpretan las obligaciones contenidas en los tratados de protección de inversiones.

Considerando el cuerpo de disputas que se ha presentado para arbitraje en virtud de los tratados de inversión, es evidente, en efecto, que ya se ha citado la legislación sobre derechos humanos en una cantidad de instancias. Sin embargo, parece haber dos posibilidades diferentes. En primer lugar, hay instancias en las que las obligaciones de derechos humanos que se les deben garantizar a los protagonistas comerciales (el derecho a la propiedad y las garantías procesales) se usan para ayudar a definir las protecciones de los inversores en el tratado de inversión. En segundo lugar, comienzan a surgir en el panorama las obligaciones de derechos humanos que el Estado anfitrión debe a terceras partes en los procesos arbitrales (personas o grupos bajo la jurisdicción estatal) Recientemente, algunos Gobiernos (y a veces organizaciones no gubernamentales) se han referido a estas obligaciones de derechos humanos, en un intento por justificar o defender ciertas acciones gubernamentales o medidas que pueden haber tenido impactos negativos en los inversores extranjeros.

³⁸ Ver Peterson y Grey, 2003, op. cit.

³⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contra Egipto*, caso del CIADI N° ARB/84/3, laudo arbitral del 20 de mayo de 1992, 32 I.L.M. 933 (1993), párr. 154.

⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 190-191.

⁴¹ Ver, por ejemplo, Howard Mann: *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key issues and opportunities*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 2008, pp. 25-29.

⁴² Ver Moshe Hirsch: “Interactions between investment and non-investment obligations in international investment law”, en *Oxford Hybook of International Investment Law*, Schreuer, Christoph, Muchlinski, Peter, Ortino, Federico, eds., Oxford University Press, 2008, pp. 154-181.

El uso de analogías con los derechos humanos para definir las protecciones que deben garantizarse a los inversores

Si bien la mayor parte de los tratados de inversión guardan silencio con respecto a la cuestión de los derechos humanos, ello no significa que el tema no sea oportuno en las disputas que surgen entre inversores y Gobiernos anfitriones. En efecto, los derechos humanos pueden ser pertinentes de varias maneras en las disputas referidas a tratados de inversión entre Gobiernos. Una revisión, llevada a cabo como parte de la investigación para este trabajo sobre arbitrajes de tratados de inversión conocidos, encontró que los derechos humanos habían sido mencionados en un pequeño número de ellos, por lo menos en cuanto a la información públicamente disponible. Son en general los dictámenes finales (o laudos), más que los alegatos legales, los que no son públicos. En esta sección se presentan algunos ejemplos.

A menudo, por lo menos hasta la fecha, la legislación sobre los derechos humanos aparece en los arbitrajes en aquellas instancias en las que se las invocó *en nombre del inversor* o en las que los árbitros la utilizaron para elucidar las obligaciones del tratado bilateral de inversión. Si bien esto puede sorprender a algunos observadores, ocurre que las sociedades o las personas de negocio, individualmente, pueden tener derecho a ciertas protecciones de derechos humanos⁴³. En tanto que las personas pueden gozar de las protecciones de todo el espectro de tratados regionales e internacionales de derechos humanos, las sociedades también se benefician con algunas de ellas, por lo menos en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A la luz de esta realidad, en efecto, los inversores (ya se trate de sociedades o de personas de negocio) a veces presentan demandas de derechos humanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lugar, o además, de las demandas sobre el tratado de inversión iniciadas contra un Gobierno anfitrión⁴⁴.

Quizás no sea sorprendente que, en varios arbitrajes de tratados de inversión entre inversores extranjeros y Gobiernos anfitriones, los árbitros (o los abogados de los inversores) se han referido a la jurisprudencia de derechos humanos en la interpretación y aplicación de las protecciones *debidas a los inversores* en virtud de los tratados de inversión. Esto se ha hecho, en general, sin mucha explicación teórica sobre el recurso a esta

jurisprudencia; más bien, como ocurrió en la causa *Mondev contra Estados Unidos*, los tribunales parecen haber retenido el hecho de que los casos de derechos humanos pueden ayudar a esclarecer, por vía de analogía, de qué manera deben interpretarse ciertas disposiciones de los tratados de inversión⁴⁵.

En la causa *Mondev contra Estados Unidos* en virtud del TLCAN, el tribunal recibió una demanda de un promotor inmobiliario canadiense que objetaba el tratamiento que los tribunales estadounidenses habían dado a su reclamación. Durante el curso del proceso de la demanda de Mondev, referida al hecho de que no había recibido “tratamiento según la legislación internacional”, el tribunal examinó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al artículo 6(1), que proporciona, entre otros, el derecho a una audiencia⁴⁶. En otros casos de arbitraje, incluyendo la causa *Tecmed contra México*, los árbitros consultaron la jurisprudencia en materia de derechos humanos, buscando asistencia para interpretar las obligaciones que se les deben garantizar a los inversores con respecto a las expropiaciones de propiedades⁴⁷. Los árbitros que deben interpretar las protecciones contra la expropiación o la nacionalización de los tratados de inversión han hecho alusión, por ejemplo, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre “el disfrute pacífico de las posesiones”. En la causa *Azurix contra Argentina*, el tribunal del CIADI refrendó el enfoque adoptado en la causa *Tecmed contra México* (descrito más arriba), en el que se consideraba que un dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos proporcionaba “directrices útiles” para la interpretación de la cláusula de expropiación del tratado bilateral de inversiones entre Argentina y Estados Unidos⁴⁸.

Otro caso en el que los árbitros se han referido a la jurisprudencia en materia de derechos humanos para respaldar la interpretación de las protecciones que se garantizan a los inversores fue el del dictamen de 2008 en una disputa entre una empresa de energía incorporada en los Países Bajos y el Gobierno de Rumania⁴⁹. Aunque Rumania había solicitado al tribunal que declinara su jurisdicción en el litigio sobre la base de que la empresa neerlandesa estaba, en efecto, controlada por ciudadanos rumanos, el tribunal se negó a hacerlo. Por el contrario, consideró que, en los términos del tratado de inversión entre Rumania y los Países Bajos, quedaba suficientemente claro que los ciudadanos rumanos podían crear entidades societarias en los Países Bajos y servirse de ellas con el

⁴³ Marius Emberly: *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, 2006.

⁴⁴ Ver, por ejemplo, el enfoque legal de los inversores de la empresa petrolera rusa Yukos, que también presentaron demandas con respecto a un tratado de inversión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En otra instancia, en el arbitraje entre la Sociedad de Responsabilidad Limitada AMTO contra Ucrania, los árbitros dejaron en claro en su laudo arbitral que los demandantes también presentaron un caso contra Ucrania en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver el laudo de Amto en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AmtoAward.pdf>

⁴⁵ *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos*, cusa del CIADI N° ARB/(AF)/99/2, laudo arbitral del 11 de octubre de 2002, párr. 144, disponible en línea en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf>

⁴⁶ Laudo *Mondev*, op. cit., párrs. 141-4

⁴⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos*, causa N° ARB(AF)/00/2, laudo arbitral del 29 de mayo de 2003, párrs. 116-122, disponible en línea en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas_001.pdf

⁴⁸ *Azurix Corp. contra Argentina*, cusa del CIADI N° ARB/01/12, laudo arbitral del 14 de julio de 2006, párrs. 311-2, disponible en línea en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>

⁴⁹ *The Rompetrol Group N.V. contra Rumania*, decisión sobre las objeciones preliminares del demandado sobre jurisdicción y admisibilidad, 18 de abril de 2008, disponible en línea en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/RomPetro.pdf>

“...es claro que los árbitros, así como ciertos inversores, han recurrido a la jurisprudencia en materia de derechos humanos en un esfuerzo por respaldar ciertas interpretaciones de las protecciones que se deben garantizar a los inversores u obtener información para ello”.

propósito de poseer inversiones realizadas en Rumania. De esta manera, los ciudadanos rumanos se beneficiarían, obviamente y de manera indirecta, de las protecciones del tratado internacional garantizadas por Rumania a las empresas neerlandesas. En la defensa de esta interpretación particular del tratado de inversión entre Rumania y los Países Bajos, los árbitros observaron que no es contradictorio para los Estados negociar tratados internacionales que se aplican a sus propios ciudadanos:

El ejemplo clásico es este rasgo característico de nuestro período, los derechos humanos, pero no hay razón por la cual las mismas consideraciones políticas no deberían animar a los Estados en el área comercial, ambiental u otras y, en realidad, como ya se sabe por experiencia práctica, elementos importantes relacionados con la propiedad, los activos y la actividad económica se sitúan en el corazón de los regímenes de derechos humanos⁵⁰.

En otras palabras, estos ejemplos, incluyendo los tratados derechos humanos, ayudaron al tribunal a sostener que Rumania podría haber negociado voluntariamente un tratado internacional que protegería a sus propios ciudadanos, a condición de que se incorporaran en otro territorio y luego invocaran el tratado en calidad de inversores extranjeros.

En un arbitraje reciente, en un caso de inversión extranjera de otro caso que involucraba a Rumania, se pidió a los árbitros que mantuvieran una actitud escéptica ante la demanda de dos ciudadanos suecos, nativos de Rumania y que mantenían vastos lazos con este país. Para desestimar ciertas objeciones de jurisdicción presentadas por Rumania, el tribunal investigó si los demandantes eran en realidad ciudadanos en virtud de la legislación sueca y, por lo tanto, habilitados a accionar judicialmente a Rumania bajo el tratado bilateral de inversión entre Suecia y Rumania. El tribunal observó que “tendría presente el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual todos tienen el derecho a una nacionalidad, a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”⁵¹. El tribunal no volvió a hacer referencia a este derecho, pero su

invocación parece haber teñido su enfoque con respecto a las objeciones de Rumania ante la posición de los demandantes en la causa. En efecto, el Tribunal observó que un Estado que desea cuestionar el otorgamiento de la nacionalidad a una persona por parte de otro Estado se enfrenta con la pesada carga de la prueba⁵².

Otro caso en el que los árbitros han hecho referencia a la legislación de derechos humanos en favor de inversores extranjeros es el arbitraje entre la compañía de energía basada en Estados Unidos *CMS Gas Transmission* y el Gobierno de Argentina. En un dictamen de 2005, los árbitros rechazaron las objeciones presentadas por Argentina, que sostenía que los impactos de la crisis económica y social reciente comprometerían los derechos humanos y, por lo tanto, planteaban cuestiones sobre la aplicabilidad de los tratados de inversión y las protecciones debidas a los inversores argentinos en las empresas públicas de Argentina. En particular, los árbitros adoptaron, sin desarrollarlo, el punto de vista de que los derechos humanos fundamentales no estaban afectados; más aun, los árbitros agregaron que la Constitución de Argentina y los tratados de derechos humanos internacionales protegían los derechos de propiedad, minimizando así la probabilidad de que los acuerdos anteriores entraran en conflicto con las disposiciones de un tratado de inversión que protegieran la propiedad⁵³.

Otra instancia particularmente notable en la que se mencionaron las obligaciones de la legislación de derechos humanos se dio en el contexto de una disputa por un tratado de inversión en el arbitraje entre *Trinh Vinh Binh* contra Vietnam, en virtud del tratado de inversión bilateral entre los Países Bajos y Vietnam. Como se ha mencionado un poco antes en este trabajo, la CNUDMI no llegó a dictar fallo en el arbitraje. Más aun, los alegatos en la causa permanecen confidenciales. Sin embargo, una investigación llevada a cabo para Derechos y Democracia encontró que el demandante, una persona con doble ciudadanía de los Países Bajos y Vietnam, utilizó argumentos de derechos humanos. El demandante, Sr. Trinh, que realizó inversiones por millones de dólares en Vietnam, alegó que fue detenido por un período de tiempo excesivo antes del proceso (18 meses) y sometido a “tortura” y “tratamiento inhumano” mientras estaba bajo custodia de las autoridades. Afirmó, además, que la conducta de la policía y las fuerzas de seguridad vietnamitas, que era claramente ilegal y corrupta y se desviaba seriamente de las normas internacionales de garantías procesales debidas, constituía una violación de las obligaciones de “protección y seguridad plenas” y “trato justo y equitativo” que constaban en el tratado entre los Países Bajos y Vietnam.

⁵⁰ *Rompetrol contra Rumania*, decisión del 18 de abril de 2008, párr. 109.

⁵¹ *Ioan Michula y otros contra Rumania*, causa del CIADI N° ARB/05/20, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 27 de septiembre de 2008, párr. 88.

⁵² *Ibid.*, párr. 87.

⁵³ *CMS Gas Transmission Company contra Argentina*, causa del CIADI N° ARB/01/8, laudo arbitral del 12 de mayo de 2005, párrs. 114-121; (esta somera descripción es desconcertante, puesto que el tribunal parece rechazar inquietudes surgidas con respecto al impacto de la crisis financiera sobre los derechos humanos de los ciudadanos de la Argentina mediante el siguiente silogismo: la propiedad es un derecho humano; los tratados de inversión protegen la propiedad, por lo tanto, los tratados de inversión son tratados que protegen más bien que dañan los derechos humanos).

Finalmente, en un arbitraje todavía en curso y que no ha tenido aún dictamen de los árbitros, un grupo de las Primeras Naciones de Canadá está haciendo juicio al Gobierno de Estados Unidos, alegando interferencias en su comercio de tabaco. Se oponen, en particular, a los términos de un arreglo importante firmado por la mayoría de los Estados de Estados Unidos y las cuatro principales compañías tabacaleras y al impacto que este arreglo ejerce en su propio comercio en Estados Unidos. Los demandantes argumentan que Estados Unidos ha violado una disposición del TLCAN, que obliga a los Gobiernos a tratar a los inversores “de conformidad con la legislación internacional, incluyendo un trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas”⁵⁴. Alegan, además, que la interpretación de esta obligación del TLCAN debe concordar con el cuerpo más amplio de legislación internacional, incluyendo los derechos humanos internacionales y, particularmente, con las obligaciones garantizadas a los pueblos indígenas. Entre estas últimas, según los inversores, existe la obligación de respetar los derechos de los pueblos indígenas de ocupar sus territorios tradicionales y disfrutarlos, incluyendo el propósito de llevar a cabo actividades comerciales tradicionales, así como la obligación de “tomar medidas anticipatorias para iniciar consultas de buena fe con los pueblos indígenas, antes de imponer una medida que afecte los derechos de propiedad individuales o de grupo o las actividades económicas indígenas”⁵⁵.

Esencialmente, los demandantes argumentan que los árbitros deberían tener en cuenta estas obligaciones de derechos humanos que se deben garantizar a los pueblos indígenas cuando interpreten el significado de tratar a los inversores “de manera justa y equitativa”. El caso puede decidirse recién en 2009 ó 2010.

Sobre la base de los ejemplos presentados más arriba, es claro que los árbitros, así como ciertos inversores, han recurrido a la jurisprudencia en materia de derechos humanos en un esfuerzo por respaldar ciertas interpretaciones de las protecciones que se deben garantizar a los inversores u obtener información para ello. Debe recordarse que los árbitros en las disputas de tratados de inversión no tienen la jurisdicción de responsabilizar a los Estados por las violaciones de sus obligaciones de derechos humanos. Más bien, en virtud de los términos de los tratados de inversión, los árbitros están en general limitados a determinar si las protecciones en el tratado de inversión han sido violadas. Como parte de tal ejercicio de interpretación, los árbitros pueden (y a veces lo hacen) buscar

analogías en las leyes de derechos humanos o bien ayuda para interpretar el significado de las obligaciones de los tratados de inversión.

De esta manera, los tratados de inversión pueden ser útiles para los inversores extranjeros (tanto personas como sociedades) que traten de hacer avanzar ciertos aspectos *limitados* de los derechos humanos. Además de utilizarlos para cuestionar al Estado que toma la propiedad, las personas que han sufrido malos tratos (prolongados períodos de detención previa al juicio, tratamiento inhumano u otros abusos más graves) pueden también responsabilizar a los Gobiernos a través del arbitraje de un tratado de inversión⁵⁶. Asimismo, las empresas de medios de comunicación extranjeras, o los editores personalmente, pueden presentar demandas contra los Gobiernos que tratan de censurar o silenciar la prensa libre. Por ejemplo, en un caso destacado, un tribunal del CIADI indicó que un Gobierno violaría un tratado de inversión si castigara a un editor de propiedad extranjera por publicar materiales de campaña para un partido político opositor⁵⁷. Aunque esta demanda no parece haber sido formulada en términos expresos de derechos humanos, el inversor argumentó que la venganza política contra la sociedad editora de materiales de oposición debía considerarse como un trato “injusto” y “no equitativo” contrario a un tratado de inversión⁵⁸. Debe tenerse en cuenta que esta disputa en particular podría haberse presentado como una demanda bajo la cláusula de libertad de expresión del Convenio Europeo de Derechos Humanos, más que en virtud de un tratado bilateral de inversión. Así, hasta un cierto punto, los acuerdos regionales de derechos humanos y los tratados bilaterales de inversión confieren formas de protección que se superponen en cierta medida; cabe a los demandantes decidir qué canal utilizarán para presentar sus litigios.

Si bien no debe subestimarse el alcance de los tratados de inversión para hacer avanzar ciertos objetivos de derechos humanos, tampoco debería sobreestimarse. En última instancia, quienes decidan presentar una demanda en virtud de un tratado deben ser capaces de demostrar que existe una inversión. Como se ha mencionado antes, estos tratados de inversión protegen una gama de inversores mucho más limitada que la anterior generación de tratados internacionales, que protegían a *todos* los extranjeros (independientemente del hecho que estuvieran o no involucrados en inversiones transfronterizas).

Aparte de los casos en los que los inversores extranjeros hacen uso de los tratados de inversión en un intento por promover ciertos argumentos limitados de derechos humanos, hay otro

⁵⁴ *Grand River Enterprises* contra Estados Unidos de América, memoria del demandante, 10 de julio de 2008, disponible en línea en: www.state.gov/documents/organization/107684.pdf

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Incluso algunas organizaciones sin fines de lucro gozan de ciertas protecciones en virtud de estos tratados de inversión, por lo menos en lo que se refiere a las actividades en el extranjero que se centran en el desarrollo económico y en lo que podría llamarse “inversiones”. Por ejemplo, si una organización de derechos humanos financiera y operara un proyecto en el extranjero, destinado a mejorar la vida social y económica de las mujeres, estas actividades podrían estar protegidas de la interferencia de las autoridades estatales. Sobre las posibilidades (y los límites) que tienen las organizaciones sin fines de lucro de beneficiarse con las protecciones de los tratados de inversión, ver Luke Eric Peterson y Nick Gallus: *International Investment Treaty Protection for Not-for-Profit Organizations*, International Center for Not-for-Profit Law, documento de trabajo, 28 de mayo de 2008, disponible en línea en: www.icnl.org/knowledge/pubs/ITNPOProtection2.pdf

⁵⁷ *Tokios Tokelés* contra Ucrania, causa del CIADI N° ARB/02/18, laudo arbitral del 26 de julio de 2007, párr. 123. En cuanto a los hechos de esta causa, los árbitros no estaban convencidos de que Ucrania hubiera conspirado para castigar al editor lituano por razones políticas. Sin embargo, el tribunal dictaminó sin equívocos que tales comportamientos, si se hubieran probado, habrían constituido una violación del tratado.

⁵⁸ Para un análisis más profundo, ver: *Memo on freedom of expression and investment treaties*, preparado para el Vale-Columbia Center for Sustainable Investment, en el archivo del autor.

tipo de escenario que puede surgir en virtud de los regímenes de protección de inversiones: las disputas legales entre inversores y Estados pueden tener repercusiones desfavorables para los derechos humanos de las personas que viven bajo la jurisdicción del país anfitrión. En las próximas secciones se tratarán estos derechos humanos, que fueron el objetivo central de Derechos y Democracia en los primeros estudios de caso de las evaluaciones de impacto en los derechos humanos.

Pertinencia de las obligaciones de derechos humanos de un Estado para con terceras partes

En los casos en los que se presentan arbitrajes internacionales entre un inversor extranjero y un Estado anfitrión, es de importancia clave determinar si los derechos humanos de quienes no son parte del arbitraje (por ejemplo, las comunidades o las personas que viven bajo la jurisdicción del Estado) pueden ser pertinentes en la resolución de tales disputas. En algunas circunstancias, un Estado puede cumplir con las obligaciones de derechos humanos para con los miembros locales de una comunidad y ello puede tener efectos adversos para el inversor extranjero (por ejemplo, cuando se impone algún costo o carga). Si el inversor extranjero acciona al Estado por una supuesta violación de un tratado de inversión, ¿considerarán los árbitros que traten la causa las dimensiones más amplias referidas a los derechos humanos? En teoría, los Gobiernos tienen muchas posibilidades de invocar las obligaciones de derechos humanos en el curso de su defensa contra las alegaciones de violación de un tratado de inversión. No obstante, ¿formulan los Gobiernos en realidad argumentos de derechos humanos en estos casos de arbitrajes? Como quedará claro en la próxima sección, los Gobiernos están comenzando a hacer uso de este tipo de defensa, obligando de esta manera a los árbitros a considerar su pertinencia e importancia.

El derecho humano al agua

Una de las circunstancias más visibles, en las que las obligaciones de un Gobierno para con los derechos humanos de quienes viven en su territorio pueden caer en el marco de los arbitrajes de los tratados de inversión, se relaciona con las inversiones extranjeras en el sector de los servicios de agua potable y saneamiento. Durante la última década, ha habido por lo menos una docena de

“...las disputas legales entre inversores y Estados pueden tener repercusiones desfavorables para los derechos humanos de las personas que viven bajo la jurisdicción del país anfitrión”.

arbitrajes de tratados bilaterales de inversión iniciados contra diferentes Gobiernos con respecto a disputas en estos sectores⁵⁹. Diez de estos casos fueron presentados contra Argentina, mientras que los otros dos lo fueron contra Bolivia y Tanzania, respectivamente⁶⁰. Podría ser que otros procedimientos arbitrales se hayan iniciado sin publicidad, dado que no hay requisitos universales para que tales acciones legales se revelen públicamente.

Los cuerpos de las Naciones Unidas ponen cada vez más énfasis en el hecho de que el derecho al agua puede inferirse de varios de los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluyendo el derecho al más elevado nivel de salud posible, el derecho a la vivienda y el derecho a la alimentación; lo que es más, las obligaciones relacionadas con el agua se mencionan explícitamente en varios otros documentos de derechos humanos, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁶¹. Como mínimo, los Estados tienen la obligación de hacer realidad progresivamente los derechos económicos y sociales hasta el máximo de sus recursos disponibles. El Comité de Derechos Sociales y Culturales, en su Observación general N° 15, una interpretación no vinculante pero fidedigna de los derechos económicos, sociales y culturales, ha establecido una cantidad de medidas que los Gobiernos pueden adoptar, incluyendo la de asegurar que a las terceras partes a las que se les confíe el suministro de agua no se les permita comprometer “el acceso físico, en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables”⁶².

Se ha conjeturado hace tiempo que los derechos humanos podrían estar en peligro en ciertas de las disputas que generan estos arbitrajes entre inversores y Estados en el sector del agua⁶³. Nuevas investigaciones llevadas a cabo por Derechos y Democracia han encontrado evidencias

⁵⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/97/3; *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. contra República Argentina*, causa N° ARB/03/17; *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra República Argentina*, causa N° ARB/03/18; *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. contra República Argentina*, causa N° ARB/03/19; *Azurix Corp. contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/01/12; *Aguas del Tunari S.A. contra República de Bolivia*, causa del CIADI N° ARB/02/3; *Azurix Corp. contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/03/30; *SAUR International contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/04/4; *Anglian Water Group contra República Argentina*, CNUDMI arbitraje presentado en 2003; *Bewater Gauiff (Tanzania) Ltd. contra República Unida de Tanzania*, causa del CIADI N° ARB/05/22; *Impregilo S.p.A. contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/07/17; *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/07/26.

⁶⁰ Op. cit.

⁶¹ Observación general N° 15, (2002), 20 de enero de 2003; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene en esta Observación general que el derecho al agua está implícito en los Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y explícito en el Artículo 14(2) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en el Artículo 24(2) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶² Observación general N° 15, párr. 24.

⁶³ Ver, por ejemplo, la discusión invocada en Peterson y Gray, op. cit.

claras de que el Gobierno anfitrión demandado ha invocado argumentos de derechos humanos en por lo menos uno de estos procesos arbitrales en curso originados en la concesión de Aguas Argentinas⁶⁴. Como se describirá más abajo, el depósito de estos alegatos sobre derechos humanos en la causa de Aguas Argentinas pone directamente en el tribunal arbitral la responsabilidad de tratarlos y de considerar su pertinencia en la disputa legal. En efecto, en una etapa temprana de los procedimientos, el tribunal que entenderá la causa reconoció que el mismo “podría plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a los derechos humanos”⁶⁵. La decisión sobre este caso podría dictarse a fines de 2008 o durante 2009.

La disputa particular en cuestión surge de una inversión importante realizada por un consorcio de inversores extranjeros en la empresa de obras sanitarias de la municipalidad de Buenos Aires, que incluye a Suez, Vivendi, Anglian Water Group y Aguas de Barcelona. Junto con inversores locales, las empresas extranjeras crearon una entidad local, Aguas Argentinas S.A., que firmó un contrato de 30 años para gestionar la concesión del servicio de agua potable y saneamiento. En el transcurso del contrato, los inversores se disputaron con las autoridades locales sobre una gran cantidad de cuestiones. Más tarde, a medida que la crisis financiera de la Argentina se profundizaba, los inversores se enfrentaron con el Gobierno por el congelamiento de la tarifa de los precios de agua que se cobraban a los consumidores. Los inversores argumentaron que tenían derecho por contrato a modificaciones de las tarifas en caso de inflación o devaluación de la moneda, para mantener el “equilibrio económico” del proyecto durante su duración. El Gobierno de Argentina replicó que Aguas Argentinas (una empresa local) era parte de los contratos de concesión y que los inversores *extranjeros*, que no eran ellos mismos signatarios de dichos contratos, no podían presentar casos de arbitraje sobre la supuesta violación de dichos compromisos contractuales. Más bien, debería ser la empresa local la que debería hacer juicio en tribunales locales. Más aún, el Gobierno se defendió argumentando que Aguas Argentinas no había cumplido con sus obligaciones contractuales, incluso con respecto a la calidad y el suministro del agua.

En marzo de 2006, el Gobierno argentino puso término a la concesión, alegando fallos técnicos de Aguas Argentinas. Para ese entonces, los inversores extranjeros ya habían recurrido desde hacía tiempo al arbitraje internacional, invocando que varias acciones argentinas habían violado protecciones del tratado bilateral de inversiones firmado por Argentina con los países de origen de los inversores: Francia, España y el Reino Unido. Para agosto de 2006, un tribunal arbitral había dictaminado que tenía jurisdicción para examinar los fundamentos de las alegaciones de los inversores⁶⁶. El quid de la cuestión de las demandas de los inversores extranjeros era que Argentina no había cumplido con sus compromisos contractuales, lo que dio lugar a la violación de sus obligaciones de proteger las inversiones extranjeras, contraídas en virtud de los tratados bilaterales de inversión. Argentina ha hecho de los derechos humanos en particular la parte más importante de su defensa ante el procedimiento judicial del CIADI.

Argentina defiende la pertinencia de los derechos humanos en los arbitrajes de los tratados bilaterales de inversión

En primer lugar, Argentina ha insistido en el hecho de que sus obligaciones bajo los tratados bilaterales no debían interpretarse en un vacío divorciado del resto de la legislación internacional. Enfatiza, en particular, que el tratado bilateral de inversión “debe interpretarse de manera que no afecte el cumplimiento de otras obligaciones internacionales entre los Estados signatarios de tales acuerdos bilaterales”⁶⁷. Según Argentina, tal enfoque aseguraría que las obligaciones en virtud de tratados bilaterales de inversión se interpretarían a la luz de otras reglas de derecho internacional que vinculan a Argentina con el Reino Unido, Francia y España, incluyendo “todo tratado de derechos humanos que contemple el derecho al agua”⁶⁸.

En segundo lugar, luego de argumentar a favor de la aplicabilidad de la legislación de derechos humanos, la Argentina insiste en que su trato de los querellantes en el arbitraje de Aguas Argentinas está motivado en las diversas dificultades operativas de esta empresa, sumadas a la obligación primordial del Estado de proteger el derecho al agua de la población⁶⁹. Desde el punto de

⁶⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/03/19 y *Anglian Water Group contra República Argentina* (arbitraje de la CNUDMI); en última instancia, las consideraciones de derechos humanos pueden ser pertinentes en una cantidad de arbitrajes conocidos referidos al suministro de agua, sin embargo, se prestó una atención particular al arbitraje de Aguas Argentinas puesto que este conflicto se examinó en el volumen 1 del proyecto *Investing in Human Rights*, de Derechos y Democracia.

⁶⁵ *Suez et ál. contra Argentina*, causa del CIADI N° ARB/03/19, orden en respuesta de una petición de transparencia y participación como amicus curiae, 19 de mayo de 2005, disponible en línea en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/suezMay19SP.pdf>

⁶⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/03/19, decisión sobre jurisdicción, 3 de agosto de 2006.

⁶⁷ Contramemoria de la República Argentina en la causa del CIADI N° ARB/03/19, 8 de diciembre de 2006, párr. 794, en el archivo del autor.

⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 796.

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 800.

vista del Gobierno argentino, dichas dificultades de la empresa forzaron al Estado a interceder para garantizar que terceras partes no socavaran el derecho al agua⁷⁰.

Interpretación de la obligación de expropiación desde el punto de vista de los derechos humanos

La Argentina invoca estas obligaciones en materia de derechos humanos con el objetivo de refutar varias acusaciones específicas de violación de tratado. Por ejemplo, respondiendo a acusaciones de haber expropiado indirectamente la concesión de Aguas Argentinas, el Gobierno argentino alegó que todas las medidas que se tomaron fueron motivadas por obligaciones, vinculantes en el derecho internacional, que le exigieron actuar para resolver las infracciones del concesionario “que afectaban cuestiones de derechos humanos fundamentales”⁷¹. En particular, la Argentina cita la Observación general N° 15 sobre el Derecho al agua en apoyo a su “responsabilidad primordial de asegurar la disponibilidad de agua para todos los miembros de la sociedad”⁷². Ante motivos tan imperativos, la Argentina afirma que sus actos fueron una respuesta legítima y proporcional y no un acto de expropiación indirecta en violación de los tratados bilaterales de inversión en cuestión⁷³.

Por su parte, las compañías de servicios de agua potable y saneamiento demandantes responden que el derecho humano al agua “no se aplica” en el arbitraje⁷⁴. Desde este punto de vista, los motivos de un Gobierno no son pertinentes para determinar si una expropiación tuvo lugar. En cambio, los demandantes enfatizan el *efecto* que tuvieron las medidas de la Argentina y se amparan en las decisiones arbitrales anteriores, que consideran que el propósito o el motivo que impulsa la conducta de un Gobierno no es pertinente⁷⁵. Los demandantes insisten, en particular, en el hecho de que contaban con “declaraciones específicas” o promesas de parte del Gobierno argentino, en forma de mecanismos de ajustes de tarifas, que distinguen sus alegaciones de expropiación de los otros casos, en los que los inversores no habían obtenido dichas promesas o declaraciones de parte del Gobierno.

Interpretación de la obligación de un trato justo y equitativo en el contexto de los derechos humanos

Además de presentar una defensa contra una demanda de expropiación invocando sus obligaciones en materia de derechos humanos, la Argentina también presentó una defensa inspirada en los derechos humanos en respuesta a las acusaciones de no haber brindado un “trato justo y equitativo” a los demandantes. Con este argumento, esta obligación del tratado bilateral de inversión debe interpretarse de manera que la conducta de la Argentina se analice en un contexto más amplio, incluyendo la extraordinaria crisis socioeconómica que azotó al país, así como “otras normas internacionales pertinentes” que incluyen el derecho al agua⁷⁶. Aquí, nuevamente, la Argentina se refiere a la Observación general No. 15 para defender “la responsabilidad prevaliente” de todos los Gobiernos de garantizar el acceso al agua a toda la población”⁷⁷.

Según los inversores del consorcio de Aguas Argentinas, el trato justo y equitativo debe interpretarse en el sentido de proveer un medio estable y previsible para la inversión, que garantice que las *expectativas legítimas y razonables* de un inversor se cumplan. El Gobierno argentino está en desacuerdo con el enfoque de las “expectativas legítimas” y caracteriza el análisis de los inversores como demasiado “amplio” e irrealista. Sin embargo, el Gobierno agrega que todo intento del tribunal de examinar las “expectativas legítimas y razonables” de los inversores” debe tener en cuenta el contexto más amplio en el que se encontraba la Argentina⁷⁸.

El eximente de necesidad y las obligaciones relativas a los derechos humanos

En el arbitraje de Aguas Argentinas, el tercer argumento del Gobierno argentino en el que aparecen de manera destacada los derechos humanos es el último recurso del eximente de necesidad. Con este argumento, toda violación al tratado de inversión bilateral estaría justificada por el estado de necesidad en el que se encontraba la Argentina desde el comienzo de la crisis financiera. El eximente de necesidad ha sido particularmente polémico. Los tribunales arbitrales en otros casos emitieron opiniones divergentes en cuanto a su aplicación a la crisis financiera

⁷⁰ *Ibíd.*; (este documento no emite opiniones en cuanto a los presuntos hechos presentados por la Argentina y los inversores extranjeros).

⁷¹ *Ibíd.*, 842-3.

⁷² Dúplica de la República Argentina en la causa del CIADI N° ARB/03/19, 17 de agosto de 2007, párrs. 1003-5, en el archivo del autor.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Dúplica de *Suez et ál.* en la causa del CIADI N°. ARB/03/19, párr. 321, en el archivo del autor.

⁷⁵ Dúplica de *Suez et ál.*, párrs. 387-403.

⁷⁶ Contramemoria de la República Argentina en la causa del CIADI N° ARB/03/19, párr. 864.

⁷⁷ *Ibíd.*, párrs. 893-4.

⁷⁸ Contramemoria de la República Argentina, op. cit., párrs. 892-3.

argentina⁷⁹. En la causa de Aguas Argentinas, el Gobierno argumenta que, debido a un estado de emergencia sostenido que surgió en diciembre de 2001, la Argentina reúne las condiciones estrictas impuestas por el derecho consuetudinario internacional para ser excusada de toda responsabilidad por cualquier violación de tratado. Una parte clave del eximente de necesidad de la Argentina es la identificación de cierto número de obligaciones relativas a los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas y en varios tratados sobre derechos humanos, además de la legislación nacional, que obligaban al Gobierno a actuar para proteger y defender el derecho a la vida, a la salud y a las condiciones de salubridad. Reconociendo el papel central del agua en dichos derechos, el Gobierno declaró que era de su incumbencia tomar medidas de emergencia destinadas a garantizar y ampliar el acceso continuo al agua potable y a la salubridad durante la crisis financiera⁸⁰.

En respuesta a estos argumentos, las compañías querellantes alegan que la Argentina tenía otras alternativas que no implicaban un abandono directo del marco de regulaciones convenido previamente para la distribución de agua y de los compromisos adquiridos para con las empresas extranjeras de suministro de agua potable y saneamiento. En particular, alegan que la Argentina hubiera podido establecer “sistemas de subsidios cruzados, para garantizar que las categorías más pobres de consumidores estuvieran al abrigo de los aumentos de la tarifa de agua durante el período de crisis, mientras que los consumidores más adinerados y las industrias (que continuaban exportando en dólares) habrían estado sujetos a un aumento correspondiente a la inflación de otros productos básicos”⁸¹.

El eximente de necesidad de la Argentina (adoptado como un intento de justificar las medidas de emergencia que perjudican las inversiones extranjeras) ha engendrado desacuerdos intensos entre los árbitros en otros fallos, al igual que la invocación de la obligación de proteger los derechos humanos de los ciudadanos de la Argentina. Como se mencionó anteriormente, el tribunal de la causa *CMS contra Argentina* rechazó de manera perentoria los alegatos de derechos humanos del país. Los tribunales subsiguientes, sin embargo, prestaron mayor atención a una defensa de la Argentina basada, de manera más general, en los derechos humanos. Según dicha defensa, las medidas de emergencia que se tomaron

“El eximente de necesidad de la Argentina (adoptado como un intento de justificar las medidas de emergencia que perjudican las inversiones extranjeras) ha engendrado desacuerdos intensos entre los árbitros en otros fallos, al igual que la invocación de la obligación de proteger los derechos humanos de los ciudadanos de la Argentina”.

ante la crisis financiera eran necesarias para mantener el orden constitucional de la Argentina y los derechos y libertades básicos de la población. Sin embargo, ante una defensa basada en los derechos humanos de manera tan general, los tribunales están llegando a conclusiones muy divergentes.

Por ejemplo, en la decisión de arbitraje de 2007 en la causa *Sempra contra Argentina*, un tribunal del CIADI reveló que un testigo experto de la compañía de gas había reconocido que la Argentina se había visto obligada, en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a mantener el orden constitucional durante la crisis financiera de 2001-02⁸². El tribunal arbitral adoptó la opinión de que el orden constitucional (y la supervivencia del Estado) no estuvieron en peligro durante la crisis y que la Argentina disponía de varias medidas políticas. Esto impidió que la Argentina pudiera respaldarse en la defensa del eximente de necesidad con relación a las medidas de emergencia tomadas durante dicha crisis⁸³.

Otro tribunal del CIADI adoptó una opinión completamente diferente en su decisión de 2008, en la causa de *Continental Casualty contra Argentina*, en la que afirmaba que las dificultades sociales y financieras extremas y el trastorno que sufrió el país impulsaron obviamente al gobierno a actuar como consecuencia de un estado de necesidad⁸⁴. En efecto, el tribunal notó, de manera significativa, que los árbitros deberían acordar un margen importante de reconocimiento a los Estados que actuaran en momentos de crisis tan graves y que no deberían cuestionar las decisiones sobre políticas adoptadas por sus Gobiernos⁸⁵. Más aun, los árbitros otorgaron mucha importancia a la necesidad de los Estados de actuar con anticipación para proteger las garantías constitucionales

⁷⁹ Para información de antecedentes, ver: Luke Eric Peterson : “Argentina prevails in large part in financial crisis dispute with insurance company”, *Investment Arbitration Reporter*, 8 de septiembre de 2008, disponible en línea: www.iareporter.com/Archive/IAR-09-08-08.pdf

⁸⁰ Contramemoria de la República Argentina, párrs. 1011-25 y 1059-61.

⁸¹ *Respuesta de Suez et ál.*, párr. 508.

⁸² *Sempra contra Argentina*, causa del CIADI N° ARB/02/16, laudo arbitral del 28 de septiembre de 2007, párr. 331.

⁸³ *Ibíd.*, párr. 332.

⁸⁴ *Continental Casualty Company contra Argentina*, causa del CIADI N° ARB/03/9, laudo arbitral del 5 de septiembre de 2008, párrs. 180-81.

⁸⁵ *Op. cit.*, párr. 181.

y las libertades fundamentales, en lugar de esperar hasta que fuera demasiado tarde para hacerlo, ante una catástrofe que se avecina⁸⁶.

En escritos entregados previamente por la Argentina en ese caso de arbitraje, y que no se conocieron antes, el Gobierno aduce haber tenido la obligación de garantizar los derechos humanos y la dignidad humana ante una crisis financiera aguda y que estos derechos eran de un orden superior que los que figuraban en los tratados de inversión⁸⁷. El Gobierno argentino se basó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos para afirmar que ninguna obligación de un tratado de inversión se podía oponer a la obligación del Gobierno de garantizar el “ejercicio libre y completo de los derechos de todas las personas bajo (su) jurisdicción”⁸⁸.

Las alegatos de las ONG relativos a la legislación sobre derechos humanos en el caso referido al agua en la Argentina

En varios casos de arbitraje de tratados de inversión, los árbitros confirmaron su capacidad de aceptar argumentos jurídicos presentados por protagonistas externos, a pesar de que existen límites estrictos de confidencialidad que a veces impiden saber a los posibles interventores qué es lo que está ocurriendo en el procedimiento arbitral. Además de los argumentos sobre derechos humanos que presentó la Argentina en el arbitraje de Aguas Argentinas, un grupo de organizaciones no gubernamentales, que interviene en la causa, ha presentado alegatos similares⁸⁹.

En un escrito legal, presentado varios meses después de que la Argentina depositara las defensas basadas en los derechos humanos mencionadas anteriormente (que eran confidenciales), estas ONG presentaron sus alegatos ante el tribunal. Las organizaciones enfatizaban que la Argentina había contraído obligaciones legales internacionales relacionadas con el derecho al agua y que dichas obligaciones tenían relación con el arbitraje, tanto como parte de la legislación aplicable en la disputa como en carácter de “lente” a través de la cual las obligaciones del tratado bilateral de inversión deberían interpretarse y aplicarse⁹⁰. En realidad, las ONG parecen expresar cierto optimismo al considerar que los árbitros pueden lograr una interpretación armoniosa de las obligaciones del tratado de inversión y de las relacionadas con los derechos humanos, siempre y cuando estas últimas se tomen en serio.

Las notas del escrito de las ONG mencionan que la legislación de derechos humanos requiere que la Argentina adopte medidas para garantizar el acceso al agua de la población, incluyendo el acceso físico y económico. Desde este punto de vista, la congelación de las tarifas durante una crisis económica permitió que la población tuviera acceso al agua y a los servicios sanitarios. Por ende, las medidas satisfacían los requisitos de la Argentina en virtud de las leyes de derechos humanos. Con respecto a la norma del “trato justo y equitativo”, las ONG sostienen que ningún inversor puede tener una “expectativa legítima” de que el Gobierno permita un aumento que triplice el precio del agua luego de la devaluación del peso argentino. De acuerdo con esto, un inversor extranjero no podría alegar que la violación de dichas expectativas constituía un trato injusto o no equitativo por parte del Gobierno argentino. Las ONG también alegan que no debería permitirse que los inversores extranjeros cuenten con cualquier compromiso aparente por parte de la Argentina, por ejemplo, en los contratos de concesión, que implique que esta dejaría de tomar ciertas medidas de protección de los derechos humanos en el caso de una crisis económica. Las ONG argumentan que si los árbitros interpretaran las protecciones del tratado bilateral de inversión, como la norma del “trato justo y equitativo”, como una legitimación de todo intento de un Gobierno para eludir sus obligaciones en cuanto a derechos humanos, esto constituiría una “violación del orden público”.

Asuntos espinosos que aún no se han resuelto

Los argumentos del Estado argentino y el *amicus curiae* de las ONG, junto con las respuestas de las empresas de servicios de agua potable y saneamiento, invitan al tribunal que preside la causa a resolver la disputa en un marco más amplio, que tome en consideración no solamente las obligaciones de la Argentina ante sus inversores extranjeros, sino asimismo la amplia constelación de obligaciones relativas a los derechos humanos que también se aplican a la Argentina. En este caso, no hay respuestas fáciles con respecto a lo que dichas obligaciones exigían de la Argentina en las circunstancias específicas de la crisis financiera; los árbitros deberán evaluarlas y determinar cómo deberían combinarse con las obligaciones de la Argentina en virtud del tratado de inversión. Aun si los árbitros determinan que las obligaciones en materia de derechos humanos son pertinentes en la disputa, esto no excusaría necesariamente todas las medidas que el país tomó contra los inversores extranjeros. En efecto, los

⁸⁶ Op. cit., párr. 180.

⁸⁷ Contramemoria de la República Argentina en *Continental Casualty contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/03/9, párr. 851, en el archivo del autor, párrs. 568-9.

⁸⁸ Contramemoria de la República Argentina en *Continental Casualty contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/03/9, en el archivo del autor, párr. 851.

⁸⁹ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, Unión de Usuarios y Consumidores y *Center for International Environmental Law* (CIEL).

⁹⁰ Presentación *amicus curiae* en la causa del CIADI N° ARB/03/19, 4 de abril, 2007, disponible en: http://www.ciel.org/Tae/ICSID_Amicus_5Apr07.html; de hecho, parte de la investigación para ese escrito fue realizada por dos de las ONG durante su trabajo sobre la evaluación de impacto en los derechos humanos del proyecto, apoyada por Derechos y Democracia.

árbitros se enfrentan a una tarea difícil y novedosa: la de determinar de qué manera los Estados deben equilibrar los derechos humanos internacionales y sus obligaciones económicas legales.

Este caso, cuyo fallo se espera a principios de 2009, podría representar la primera instancia conocida en la que, en un caso de arbitraje de un tratado de inversión, los árbitros dediquen importantes debates a la defensa de un Gobierno basada en los derechos humanos. En particular en la causa de otro arbitraje por un tratado de inversión entre una compañía de suministro de agua del Reino Unido, *Biwater Gauff Tanzania Ltd. y la República de Tanzania*, el Gobierno no presentó su defensa en términos estrictamente relacionados con los derechos humanos y el tribunal arbitral tampoco analizó las obligaciones de Tanzania relativas a estos derechos⁹¹. El laudo arbitral final en la causa *Biwater*, emitido en julio de 2008, sugiere que Tanzania evitó ingeniosamente el tema sobre si tenía o no obligaciones relacionadas con el agua en virtud de los derechos humanos. “Los servicios de obras sanitarias son de vital importancia y la República tenía razón de proteger dichos servicios en caso de crisis: tiene la obligación moral y quizás legal de hacerlo”⁹².

En contraste, el carácter central de los argumentos sobre el derecho al agua en el arbitraje en curso del consorcio de Aguas Argentinas obligará probablemente al tribunal a enfrentar temas de derechos humanos, cualquiera sea la decisión que tome en la causa. Será importante que los interesados en los derechos humanos vigilen y analicen la resolución de la disputa por parte del tribunal. Cuando se emita un dictamen, el sitio Web del CIADI indicará que el tribunal adoptó una decisión, a pesar de que pueden pasar varios meses antes de que las partes den su consentimiento para que dicho fallo se haga público. En raros casos, las partes no dan su consentimiento de común acuerdo para la publicación del laudo, pero una de las dos partes puede decidir por sí misma si publica o hace circular la decisión.

El derecho humano de reunión pacífica y libre expresión

Los Estados cuentan con varias obligaciones legales relativas a los derechos humanos para proteger el derecho de sus ciudadanos de reunirse pacíficamente, de expresarse libremente y de participar en manifestaciones no violentas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y

“Desde una perspectiva de derechos humanos, se necesita una gran sensibilidad en las situaciones en las que los manifestantes se oponen a las actividades de un inversor extranjero, ya que existen pruebas abundantes del uso excesivo de fuerza por parte de la policía y de las fuerzas de seguridad en la protección de inversiones extranjeras en los países en vías de desarrollo”.

Políticos, así como las convenciones regionales de derechos humanos, incluyen dichas obligaciones⁹³. Además, en ciertas circunstancias, los Estados pueden tener la necesidad de tomar ciertas medidas “positivas” o “anticipatorias” para garantizar la eficacia de estos derechos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó, por ejemplo, que los Gobiernos tienen la obligación de proveer cierto grado de protección policial durante manifestaciones que puedan ser objeto de disturbios o de violencia⁹⁴. Estos derechos en particular guardan relación, especialmente, con toda discusión sobre inversiones extranjeras, ya que algunos proyectos de inversión extranjera directa pueden ser polémicos y objeto de oposición.

Así como los Estados tienen obligaciones claras con relación a los derechos humanos en cuanto a la libertad de expresión y de reunión pacífica, los Gobiernos pueden, en sus tratados de inversión, contraer el compromiso de proveer “protección y seguridad plenas” a los inversores extranjeros y a las inversiones. Como mínimo, esta obligación requiere que los Estados provean una protección policial de base para los proyectos de inversión extranjera. No se trata de una obligación que los responsabiliza estrictamente, pero requiere un cierto nivel de *diligencia debida* por parte del país anfitrión. Por ejemplo, en una disputa de la década de 1990 relativa a una inversión extranjera directa entre una sociedad estadounidense y el país que en ese entonces era Zaire, los árbitros decidieron que el Gobierno había violado la obligación de la “protección y seguridad plenas” al no haber tomado ninguna medida para prevenir el saqueo de las instalaciones de la fábrica extranjera por parte de las fuerzas armadas del Estado. Esta obligación legal de los Estados de ejercer la diligencia debida para con las inversiones extranjeras también se extiende a las acciones de personas ajenas al Estado (por ejemplo: ciudadanos, otros negocios, criminales, etc.)⁹⁵. El panorama se enturbia aún más, ya que algunos

⁹¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited* contra la República Unida de Tanzania, causa del CIADI N° ARB/05/22, laudo arbitral del 24 de julio de 2008, disponible en línea en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Biwateraward.pdf>

⁹² Párr. 434.

⁹³ Esta sección se inspira en un memo no publicado previamente, preparado por Derechos y Democracia sobre algunas de las implicaciones potenciales de los derechos humanos en las negociaciones del tratado bilateral de inversiones entre Canadá y China.

⁹⁴ Ver por ejemplo la causa de *Platform Artze fur das Leben* contra Austria, 25 de mayo de 1988, aplicación N° 10126/82, Corte Europea de Derechos Humanos, en particular, ver la discusión de esta causa en el Artículo 19 en: <http://www.article19.org/ViewArticle.aspx?AreaID=42&SubAreaID=107&PageID=182&ElementID=374&ArticleID=1070&FromSearch=true>

⁹⁵ UNCTAD, *Tratados bilaterales de inversión a mediados de la década de los 90*, (Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1998), p. 55.

árbitros de tratados de inversión opinan que la norma de “protección y seguridad” no se limita a la protección física de las inversiones extranjeras, sino también a otras formas de “acoso” que no implican una amenaza física para los activos ni amenazas de violencia⁹⁶. A pesar de que la interpretación es polémica, es concebible que las campañas de activistas, aun cuando no planifiquen levantar un bloqueo físico o formar un piquete ante una inversión, puedan considerarse como un tipo de “acoso”⁹⁷.

También cabe enfatizar que los Gobiernos anfitriones pueden asumir aún más responsabilidades en cuanto a la protección y seguridad física en contratos individuales con un inversor extranjero en particular. Por ejemplo, un Estado anfitrión puede aceptar proveer protección policial 24 horas por día para una instalación específica, o dedicar recursos particulares (como helicópteros, vehículos policiales, etc.), o comprometerse a prevenir toda “interferencia” de parte de protagonistas externos en contra de las operaciones de un inversor extranjero⁹⁸. Dichas obligaciones van más allá de las normas halladas en los *tratados* internacionales y se encuentran fuera del ámbito de este documento. Sin embargo, pueden imponer compromisos legales aún más rigurosos, cuya relación con los derechos humanos crearía todavía más fricción, aun cuando dichas obligaciones contractuales permanezcan ocultas al público, al formar parte de acuerdos confidenciales de negocios firmados con inversores extranjeros⁹⁹.

En el mejor de los casos, los Gobiernos pueden verse obligados a equilibrar con delicadeza los derechos legítimos de protesta con la obligación de ofrecer una protección policial de base a los proyectos de inversión extranjera directa. Desde una perspectiva de derechos humanos, se necesita una gran sensibilidad en las situaciones en las que los manifestantes se oponen a las actividades de un inversor extranjero, ya que existen pruebas abundantes del uso excesivo de fuerza por parte de la policía y de las fuerzas de seguridad en la protección de inversiones extranjeras en los países en vías de desarrollo¹⁰⁰. Efectivamente, hay pruebas anecdóticas que sugieren

que ciertos Gobiernos se consideran bajo diversos grados de *coerción* legal para facilitar la vía a los proyectos de inversión extranjera. Por ejemplo, el Gobierno de Guatemala profesó haber estado dividido entre su deber de proveer seguridad a una mina de plata extranjera, muy controvertida, de la región oriental del país y las obligaciones gubernamentales de hacer respetar el derecho de sus ciudadanos y de los pueblos indígenas de reunirse pacíficamente y manifestar contra la explotación minera. Tal como informaron ampliamente los medios de comunicación convencionales, la oposición del público al proyecto finalmente se tornó violenta, al enfrentarse las poblaciones locales y las fuerzas de seguridad, como consecuencia de los esfuerzos de los manifestantes para bloquear el paso en las carreteras e impedir que se continuara la actividad en la mina¹⁰¹. La cobertura mediática de estos eventos se refirió a la obligación legal del Gobierno de garantizar que las protestas no hicieran descarrilar la inversión en cuestión. En abril de 2005, la agencia *Associated Press* informó que “el Gobierno mencionó que tenía que cumplir con la concesión de la mina o arriesgarse a que la compañía le iniciara un enorme juicio”¹⁰².

Sin embargo, por lo general, los tratados de protección de inversiones son típicamente *silenciosos* en cuanto a la obligación de los Estados de defender los derechos de libre expresión y de reunión pacífica, y lo son aún más en lo que respecta a los problemas complejos del equilibrio y a la conciliación entre dichas obligaciones de derechos humanos y las disposiciones de seguridad policial para proyectos de inversión extranjera directa. Por ejemplo, ¿qué nivel de perturbación de las actividades de negocios deben soportar los inversores extranjeros que se enfrentan con las protestas de los ciudadanos? Los manifestantes pueden bloquear rutas o instalaciones durante unas horas para efectuar una manifestación de protesta, pero por otro lado sus actividades pueden interrumpir la producción durante semanas e incluso meses. Asimismo, el descontento de los trabajadores puede llevar a pérdidas o a una perturbación en los negocios extranjeros, ya sea por la formación de piquetes, sentadas u otras actividades. Sin embargo, los tratados de inversión no orientan a los

⁹⁶ Ver *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra República Argentina*, causa del CIADI N° ARB/97/3, laudo arbitral del 20 de agosto de 2007, párrs. 7.4.13 – 7.4.17.

⁹⁷ Para una interpretación más estrecha de la norma de “protección y seguridad completas” ver *BG Group Plc contra República Argentina*, (procedimiento arbitral de la CNUDM), laudo arbitral del 24 de diciembre de 2007, párr. 326, disponible en línea en: http://ita.law.uvic.ca/documents/BG-award_000.pdf

⁹⁸ Ver, por ejemplo, los términos estrictos de los contratos entre inversores y Estados firmados en relación con el proyecto del oleoducto Chad-Camerún en: *Contracting out of human rights: The Chad-Cameroon pipeline project*, Amnistía Internacional Reino Unido, pp. 25-26.

⁹⁹ Para más información sobre contratos entre inversor y Estado en general, ver: Andrea Shemberg: *Stabilization clauses and human rights*, borrador del 11 de marzo de 2008, disponible en línea en: <http://www.reports-and-materials.org/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf>; así como el IIMAD: *Lifting the lid on foreign investment contracts: the real deal for sustainable development*, octubre de 2005.

¹⁰⁰ En general, ver Derechos y Democracia, *Mining a Sacred Mountain: Protecting the Human Rights of Indigenous Communities*, estudio de caso del Proyecto de Evaluación de Impacto en los Derechos Humanos de 2006, disponible en línea en: http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/globalization/hria/Philippines%20REPORT.pdf; ver también Amnistía Internacional, *Policing to Protect Human Rights: A Survey of Police Practice in Countries of the Southern African Development Community, 1997-2002*, publicaciones de Amnistía Internacional de 2002; para un ejemplo notable de un proyecto de inversión en el que hubo graves violaciones, ver: India: *The ‘Enron project’ in Maharashtra – protests suppressed in the name of development*, Amnistía Internacional, julio 17 de 1997, ASA 20/031/1997, disponible en línea en: <http://web.amnesty.org/library/Index/engASA200311997>

¹⁰¹ Wendy Stueck: “Clashes reported in Guatemala over Glamis mining project”, *The Globe and Mail*, 13 de enero de 2005.

¹⁰² Mark Stevenson: “Gold Rush runs into opposition over mines, cyanide”, *The Associated Press*, 12 de abril de 2005.

árbitros en cuanto a la manera de conciliar, en circunstancias concretas, las obligaciones para con los derechos humanos y las obligaciones de seguridad para con los inversores extranjeros.

Una revisión de las disputas conocidas que condujeron a arbitrajes de tratados de inversión, encontró que en varias de ellas los inversores extranjeros demandaron al Estado anfitrión alegando que las protestas ciudadanas o laborales habían significado la violación de las obligaciones de dicho Estado de proveer “protección y seguridad” al inversor afectado. Los archivos disponibles en estos casos no mencionan si los Estados recurrieron a defensas explícitas sobre derechos humanos, por ejemplo, alegando obligaciones relativas a estos derechos. En cada uno de los casos, los árbitros decidieron que las supuestas perturbaciones que sufrieron los inversores no escalaron a un nivel tal como para que el Estado anfitrión fallara en su obligación de proveer seguridad y protección básicas. De hecho, como se verá, estos casos particulares permitieron sentar las bases para un optimismo prudente, originado en el hecho de que la obligación de protección y seguridad plenas de los tratados es de alcance limitado y que los tribunales también están atentos a la tarea delicada de los Estados de lograr un equilibrio entre la necesidad de proteger las inversiones extranjeras y los derechos democráticos de sus ciudadanos. A pesar de todo, debemos reiterar que los árbitros no tienen ninguna obligación estricta de seguir el camino trazado por otros tribunales anteriormente, así como no hay garantías de que los tribunales futuros enfoquen los temas de doctrina de manera similar.

Casos clave en los que los árbitros concluyeron que los hechos no confirman las alegaciones de violación de la “obligación de proveer seguridad”

En un caso prominente de arbitraje de un tratado de inversión entre una empresa española y el Gobierno de México, el inversor acusó a las autoridades estatales de haber violado la obligación de proveer “protección y seguridad plenas”, al no haber impedido las “manifestaciones sociales adversas” que se habían obstinado en denunciar las instalaciones controvertidas del inversor, donde se trataban desechos tóxicos peligrosos¹⁰³.

En una decisión de arbitraje de 2003, el tribunal determinó que “no había pruebas suficientes que apoyaran la acusación de que las autoridades mexicanas, ya sean municipales, estatales o federales, no habían reaccionado

“En última instancia, los árbitros deberán juzgar en qué momento las fuerzas policiales o de seguridad devienen vinculadas a las obligaciones del tratado y deben minimizar, o incluso dismantelar, dichas actividades ciudadanas o incurrir en responsabilidades financieras para con los inversores extranjeros por violación de tratado”.

razonablemente, de acuerdo con los parámetros inherentes a un Estado democrático, ante las acciones directas ejercidas por los que se oponían al vertedero”¹⁰⁴. Sin embargo, si el inversor hubiera presentado “pruebas suficientes” con relación a la conducta de las autoridades mexicanas, parece evidente que el tribunal habría tenido dificultades para llegar a un equilibrio entre el derecho de manifestación pacífica y la obligación de proveer protección y seguridad para los proyectos de inversión extranjera.

En otro arbitraje, un inversor extranjero argumentó sin éxito que el Estado de Rumania no había sofocado las protestas laborales, perjudicando las operaciones industriales del inversor en el país¹⁰⁵. Por su parte, el Gobierno de Rumania presentó una contrademanda, alegando que las protestas fueron ocasionadas porque la empresa no pagó los salarios que debía a los trabajadores y que sus organizadores las realizaron “de manera ordenada y luego de haber notificado a la oficina del prefecto”. El tribunal que presidía la causa estuvo de acuerdo y notó que no existían pruebas de que las autoridades estatales no hubieran cumplido con las obligaciones relativamente mínimas que emanaban de esa provisión específica del tratado.

En una tercera disputa entre inversores y Estado que se decidió en agosto de 2008, el inversor se quejó de haber sido objeto de “motines de parte de los trabajadores”, alegando que el hecho de que las autoridades búlgaras no habían logrado restringirlos constituía una violación de la obligación del Estado de proveer protección y seguridad plenas al inversor extranjero¹⁰⁶. Bulgaria presentó una contrademanda alegando que los supuestos “motines” eran, en realidad, manifestaciones pacíficas de los trabajadores a los que se les había negado el salario y que se había brindado una presencia policial adecuada para vigilarlas. El tribunal fue incapaz de determinar cuál de las dos versiones contrarias era la más certera. Puesto que la carga de la prueba cae sobre el inversor, la demanda por violación de la obligación de protección y seguridad fracasó.

¹⁰³ *Tecmed contra México*, laudo arbitral del 29 de mayo de 2003, op. cit., párr. 175.

¹⁰⁴ Laudo *Tecmed contra México*, párr. 177.

¹⁰⁵ *Noble Ventures Inc. contra Rumania*, causa del CIADI N° ARB/01/11, laudo arbitral del 12 de octubre de 2005, párrs. 160-7, disponible en línea en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Noble.pdf>

¹⁰⁶ *Plama Consortium Limited contra República de Bulgaria*, causa del CIADI N° ARB/03/24, laudo arbitral del 27 de agosto de 2008.

Basándonos en este trío de casos notables, parecería que los árbitros han demostrado una tendencia hacia la adopción de interpretaciones relativamente restringidas de la norma de “protección y seguridad plenas” del tratado, considerándolo más como una norma de diligencia debida que como una de responsabilidad estricta. En los casos estudiados, los demandantes han fracasado en general en presentar “pruebas suficientes” del no cumplimiento por parte de un Estado cuando se trataba del control policial de las manifestaciones de ciudadanos o trabajadores. Según los hechos presentados en estos arbitrajes concretos, parecería que estas demandas no fueron particularmente difíciles para los árbitros. Podrían presentarse fácilmente casos mucho más problemáticos, en los que las movilizaciones o las manifestaciones de los ciudadanos generaron una perturbación más significativa en las actividades de una empresa extranjera. En última instancia, los árbitros deberán juzgar en qué momento las fuerzas policiales o de seguridad devienen vinculadas a las obligaciones del tratado y deben minimizar, o incluso dismantelar, dichas actividades ciudadanas o incurrir en responsabilidades financieras para con los inversores extranjeros por violación de tratado. A pesar de que no exista un récord público de un arbitraje de tratado de inversión que trate estos temas problemáticos, es perfectamente concebible que haya uno en el futuro. En efecto, los árbitros en el ámbito del comercio se han enfrentado con algunos casos en los que los bloqueos de los ciudadanos entraron en colisión con los imperativos del comercio y tránsito libres¹⁰⁷.

Sin duda existe un gran potencial para que, en el futuro, los árbitros se vean enfrentados al problema del equilibrio entre la seguridad del inversor y los derechos de protesta o de asamblea de los ciudadanos. Adicionalmente, algunas demandas futuras también pueden implicar cuestiones sobre los derechos de los ocupantes ilegales e “interferencias”, a más largo plazo, de parte de ciudadanos o grupos locales. Una demanda en espera de arbitraje, que surgió del Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centro América (TLC EE.UU.-CA), podría constituir un caso tipo difícil para los árbitros. Este caso implica a un inversor estadounidense que acusa al Gobierno de Guatemala de haber fracasado en su obligación de proveer protección para su negocio de ferrocarriles. En un documento de 2007 que trazaba un bosquejo preliminar de su demanda legal, el inversor alegaba “haber enfrentado la interferencia pública de la población local, que había vandalizado las vías, robado material de los ferrocarriles para uso personal, ocupado

terrenos e instalado viviendas al borde de las vías, en ciertos casos, con la colaboración de las autoridades locales”¹⁰⁸.

A pesar de que el prospecto de ver a los tribunales arbitrales de inversión enfrentar dichos problemas frustra a algunos trabajadores de derechos humanos, tampoco se puede negar la realidad de que estos casos están surgiendo. Aun cuando los árbitros reconozcan la necesidad de considerar las obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado, sería útil que los tratados de inversión establecieran de qué manera los tribunales deberían reconciliar las obligaciones de seguridad para con los inversores extranjeros con las obligaciones relativas a los derechos humanos de los ciudadanos del país anfitrión. Los Gobiernos podrán aclarar que la responsabilidad del país anfitrión de proveer “protección y seguridad plenas” a los inversores extranjeros y a las inversiones no debe interferir con los derechos democráticos de los ciudadanos de reunirse y manifestar pacíficamente, como lo estipulan varios tratados internacionales y nacionales de derechos humanos. Además, los tratados de inversión pueden estipular expresamente que deben interpretarse en conformidad con las normas de derechos humanos. Aún más prometedor sería, quizás, que quienes negocian los tratados se ocuparan de la tarea más difícil de establecer pruebas específicas que guíen a los árbitros en cuanto al equilibrio apropiado que se debe lograr en situaciones concretas. Por ejemplo, ¿qué grado de inconveniencia o de perturbación deben aceptar los inversores extranjeros antes de que se considere que fueron violados sus derechos en virtud de los tratados, para garantizar que se respete el ejercicio de los derechos democráticos de los ciudadanos?

Lamentablemente, algunos Gobiernos necesitan pocas excusas para atropellar los derechos y las libertades de sus ciudadanos, particularmente cuando están en juego proyectos económicos significativos con una gran importancia financiera y política. Ante la ausencia de declaraciones más definitivas en cuanto a la norma de protección y seguridad plenas y su relación con los derechos humanos de los ciudadanos, algunos inversores o Gobiernos podrían sentirse con libertad de engañar sobre las exigencias de la “protección y seguridad plenas” o de exagerarlas. Por cierto, es común que los inversores extranjeros envíen correspondencia amenazante a los Gobiernos, exigiendo que estos consideren nuevamente ciertas posturas o acciones políticas para evitar tener que enfrentarse a una demanda arbitral por daños. Debido a que dicha correspondencia es privada, es imposible evaluar de qué manera los inversores extranjeros pueden

¹⁰⁷ Arthur Appleton y Bernd U. Graf: “Freedom of Speech and Assembly Versus Trade and Transit Rights: Roadblocks to EU and MERCOSUR Integration”, *Legal Issues of Economic Integration*, vol 34, N° 3, pp. 255-81, 2007.

¹⁰⁸ Notificación de intención de presentar una demanda de arbitraje, *Railroad Development Corporation contra la República de Guatemala*, 13 de marzo de 2007, disponible en línea en: <http://dace.mineco.gob.gt/dacepdf/doc1exp16dace07.pdf>

caracterizar (o tal vez exagerar) las obligaciones de los Gobiernos anfitriones cuando se trata de asuntos de mantenimiento del orden y la seguridad. Por lo tanto, los trabajadores de derechos humanos deberían vigilar y dar a conocer las decisiones arbitrales que encuentren un equilibrio entre la seguridad del inversor y los derechos de las personas que viven en una comunidad en particular. Una mayor conciencia de parte de los Gobiernos, particularmente aquellos con experiencia escasa o inexistente en arbitrajes de tratados de inversión, podría garantizar que los políticos no se sientan presionados a adoptar acciones equivocadas en detrimento de los derechos democráticos básicos de sus ciudadanos.

Los derechos humanos de los pueblos indígenas

Hasta la fecha hay por lo menos dos arbitrajes de tratado de inversión en los que se han presentado argumentos claros en cuanto a la relación de las obligaciones de inversión y los derechos humanos de los pueblos indígenas. El caso de *Grand River Enterprises*, que se encuentra pendiente bajo el TLCAN, y que mencionamos anteriormente en este documento, incluye argumentos que alegan que los inversores de las Primeras Naciones de Estados Unidos no fueron tratados de manera justa y equitativa, poniendo un énfasis particular en que el Gobierno de ese país presuntamente faltó a su deber de respetar ciertas obligaciones relativas a los derechos humanos de los indígenas.

Mientras tanto, un escenario diferente surgió en un arbitraje del TLCAN entre la compañía minera canadiense *Glamis Gold Ltd.* y el Gobierno de Estados Unidos. En la causa de Glamis, se hizo referencia a las obligaciones relativas a los derechos humanos, no ya en respaldo a la demanda del inversor, sino en oposición a ella. El caso de Glamis involucra una demanda de la compañía canadiense, que alega que los reglamentos del Estado de California sobre minería violan las protecciones incluidas en el TLCAN. En particular, Glamis se opone a las exigencias de rellenar y aplanar las áreas de las minas a cielo abierto que se encuentran cerca de sitios sagrados para los pueblos indígenas de Estados Unidos. La empresa canadiense presentó su demanda en 2003 y, en 2005, un grupo de indígenas estadounidenses (los quechan) solicitaron al tribunal la autorización de intervenir en la causa como *amicus curiae*.

Al mismo tiempo, la comunidad quechan presentó un escrito legal a la consideración del tribunal. Entre los argumentos expuestos en dicho documento se encuentra uno que alienta al tribunal "a interpretar el texto del tratado

internacional de manera que garantice la coherencia entre todas las obligaciones internacionales aplicables"¹⁰⁹. En esta instancia, los quechan exhortan al tribunal a interpretar las protecciones del tratado de Glamis "de manera coherente con las obligaciones legales convencionales y consuetudinarias (de Estados Unidos) de preservar y proteger los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y a sus recursos"¹¹⁰.

En el momento de redactar este documento aún no se había presentado una decisión en el arbitraje de Glamis, pero se espera un fallo a principios de 2009. Sin embargo, debe observarse que los tribunales de derechos humanos, paralelamente a este arbitraje, también han tenido la ocasión de lidiar, a su manera, con la relación entre los derechos indígenas y las protecciones legales para con los inversores extranjeros. En Paraguay, que se jacta de tener un patrón de propiedad de tierras extremadamente estratificado, grupos indígenas que reclaman tierras ancestrales han presentado demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la causa de los *sawhoyamaxa*, luego de más de una década de lucha por parte de la comunidad para recuperar el título de propiedad de sus tierras ancestrales, la Corte sostuvo que el Gobierno de Paraguay había violado varios de los derechos de dicha comunidad en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego de una lucha de la comunidad de más de diez años para obtener los títulos de ciertos territorios ancestrales¹¹¹. Entre los derechos de la comunidad estaba el de poseer propiedad, así como el derecho a protección judicial y a un juicio justo (que se consideraron violados por un procedimiento nacional de reclamación de tierras absolutamente ineficaz).

Por su parte, el Gobierno de Paraguay protestó que las tierras en litigio eran propiedad privada de ciudadanos alemanes y que estaban siendo explotadas de manera productiva. Sin embargo, la Corte sostuvo que esto no absolvía al Estado de su deber de garantizar la restitución de la propiedad *sawhoyamaxa*. A pesar de haberse negado a dictaminar de qué manera el Estado debería encontrar un equilibrio entre los derechos de propiedad de la comunidad y los de los propietarios privados, la Corte observó que si el Estado no podía, "por motivos objetivos y fundamentados", restituir las tierras tradicionales a sus propietarios anteriores, entonces debía "entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas..."¹¹². Al no haber respetado el Estado ninguna de las condiciones

¹⁰⁹ Presentaciones de terceros, *Glamis Gold Ltd. contra Estados Unidos de América*, presentación de la nación indígena quechan, p. 9.

¹¹⁰ Op. cit., pp 9-10.

¹¹¹ Causa de la *Comunidad Indígena sawhoyamaxa contra Paraguay*, fallo del 29 de marzo de 2006.

¹¹² Fallo *Sawhoyamaxa*, párr. 135.

“Aunque se permitan claramente las expropiaciones de tierras de propietarios extranjeros, las normas de indemnización provistas en estos tratados bilaterales de inversión pueden complicar los esfuerzos de los Gobiernos de países en desarrollo que estén contemplando políticas de reforma agraria”.

anteriores, se dictaminó que este violó los derechos de propiedad de los *sawhoyamaxa* en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cabe notar que el Gobierno de Paraguay también había intentado justificar su inacción en la causa de los *sawhoyamaxa* haciendo referencia a un tratado de inversión bilateral que protege inversiones alemanas en Paraguay. Según las autoridades, este tratado impedía al Gobierno paraguayo la expropiación de las propiedades alemanas en cuestión. Sin embargo, la Corte Interamericana rechazó este argumento, observando que el tratado permitía la expropiación de propiedades para “finés públicos”. Más aun, la Corte hizo notar que el respeto de los tratados comerciales siempre debe ser compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, un “tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de personas y no depende enteramente de la reciprocidad entre Estados”¹¹³.

La Corte observa, con razón, que los tratados de inversión no prohíben tradicionalmente la expropiación o la nacionalización de propiedad para fines públicos. Es importante recordar esta permisividad, ya que el Gobierno alemán, supuestamente, se refirió al tratado entre Alemania y Paraguay en un intento de *disuadir* al Gobierno paraguayo de expropiar las tierras de propiedad alemana¹¹⁴. Sin embargo, el examen riguroso del artículo 4 del tratado entre Alemania y Paraguay demuestra sin dudas que se permiten las expropiaciones, siempre y cuando se compense al propietario afectado¹¹⁵.

Aunque se permitan claramente las expropiaciones de tierras de propietarios extranjeros, las normas de indemnización provistas en estos tratados bilaterales de inversión pueden complicar los esfuerzos de los Gobiernos de países en desarrollo que estén contemplando políticas

de reforma agraria. Como lo demuestra claramente la próxima sección, existe una cantidad de casos legales vigentes en los que los inversores extranjeros se oponen a las actividades de reforma agraria. Las circunstancias objetivas de dichas disputas pueden variar radicalmente: en algunas de ellas, los Gobiernos parecen seguir cuidadosamente los procedimientos legales y salvaguardas recomendados; mientras que en otras parecen arrebatarse tierras caprichosamente. Un tema importante y recurrente en estas disputas será el monto real o el nivel de indemnización debido por violación del tratado bilateral de inversión en casos de reforma agraria.

La reforma agraria y la indemnización

En general, los tratados bilaterales de inversión no impiden a los Gobiernos expropiar tierras o recursos pertenecientes a extranjeros. Sin embargo, estos tratados exigen normalmente que se pague una indemnización en dichas circunstancias y, si bien los términos varían en cada uno, la misma está a menudo sujeta expresamente al valor justo de mercado de los bienes en cuestión¹¹⁶. Por lo tanto, puede haber divergencias importantes entre la legislación nacional y los tratados bilaterales de inversión con respecto a la cuestión de la indemnización. Por ejemplo, las leyes nacionales de algunos países pueden permitir que la indemnización pagadera a los propietarios de tierras expropiadas sea menor que el valor justo de mercado en los casos en los que las expropiaciones se efectúen por razones particularmente importantes. En Sudáfrica, por ejemplo, se podrá compensar por debajo del valor justo de mercado en los casos de expropiaciones realizadas con fines de reparación por causas de raza o reforma agraria¹¹⁷.

A la inversa, puede interpretarse que los tratados bilaterales de inversión proporcionan niveles de indemnización según el valor justo de mercado, lo que podría conducir a la obligación de parte del Estado expropiador de pagar niveles más altos, complicando o dificultando así una reforma agraria u otras iniciativas de redistribución. En una decisión que no surgió de un tratado bilateral de inversión pero que a menudo se menciona en discusiones de arbitraje de tratados bilaterales, un tribunal arbitral dictaminó que el Gobierno de Costa Rica tenía la obligación de pagar indemnizaciones según el valor justo de mercado

¹¹³ *Ibid.*, párr. 140.

¹¹⁴ Ver el informe de FIAN (Foodfirst Information & Action Network) et ál.: *Globalizing Economic and Social Rights by strengthening extraterritorial state obligations*, febrero de 2005, disponible en línea en: http://www.eed.de/fix/files/doc/eed_fian_bfdw_case_studies_human_rights_05_eng.pdf

¹¹⁵ Una cantidad de tratados de inversión de Paraguay pueden verse en el sitio Web de la UNCTAD (www.unctad.org/ia).

¹¹⁶ Para ver algunos ejemplos, referirse al tratado bilateral de inversión entre África del Sur y Corea, que habla de “valor de mercado”, o al tratado entre Alemania y Namibia, que habla del valor de una inversión inmediatamente antes de una expropiación, o al tratado bilateral entre el Reino Unido y Paraguay, que menciona el valor de mercado inmediatamente antes de que se realice una expropiación.

¹¹⁷ Ver la discusión en Luke Eric Peterson: “South Africa’s Bilateral Investment Treaties: Implications for Development and Human Rights”, documento de información, South African Institute for International Affairs, publicado en Frederick Ebert Stiftung: *Dialogue on Globalization Occasional Papers series*, N° 26, noviembre de 2006, pp. 25-27.

por la expropiación de una extensión de tierra en la que se haría una reserva natural¹¹⁸. Si bien el tribunal concedía que existía un desacuerdo en cuanto al tipo de indemnización debida según las leyes internacionales, es decir, indemnización completa, suficiente, apropiada, justa o razonable, agregaba que, en el caso que lo ocupaba, los miembros del tribunal y las dos partes habían convenido que la norma sería la del “valor justo de mercado”¹¹⁹.

Sin embargo, es importante enfatizar que los tribunales arbitrales no han tratado aún de manera exhaustiva el nivel particular de indemnización debida en los casos en los que se acusa a las iniciativas de reforma agraria de haber violado las disposiciones del tratado de inversión. A pesar de que los tratados de inversión suelen explicar en detalle las normas de indemnización, estas están aún sujetas a interpretación y a debate. Este es el caso, particularmente, de los tratados ambiguos (que mencionan una indemnización “justa” o “apropiada” en lugar de una compensación según el valor justo de mercado). Por ejemplo, el profesor Ian Brownlie, un árbitro en un caso de arbitraje que no estaba relacionado con la reforma agraria sino que implicaba a una empresa de teledifusión, resolvió que una disposición del tratado que garantizaba una “indemnización justa”, que más adelante se definía como un reflejo del “valor genuino” de las inversiones, no requería que se pagara el valor justo de mercado¹²⁰. La decisión de Brownlie también citaba el trabajo del profesor Oscar Schachter, que manifestaba que “Las expropiaciones de gran envergadura, como las de una reforma agraria general, a menudo plantean dudas sobre la capacidad del Estado de pagar una indemnización completa. En estos casos, se puede argumentar que “menos del valor justo de mercado sería una indemnización justa” si, en caso contrario, el Estado se vería enfrentado con una “carga económica abrumadora”¹²¹.

Otros argumentaron que las normas de indemnización de los tratados bilaterales de inversión deben interpretarse de manera flexible, como se hace en las convenciones regionales de derechos humanos, para poder tener en cuenta ciertos intereses o propósitos sociales primordiales¹²². En efecto, los comentaristas a veces señalan la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró que “el artículo 1 no garantiza el derecho a

“...puede existir una divergencia entre los montos que los tribunales arbitrales otorgan a los inversores extranjeros por la expropiación de tierras y los montos que podrían otorgarles los tribunales de derechos humanos”.

indemnización plena en todas las circunstancias, ya que existen objetivos legítimos de ‘interés público’ que justifican que se reembolse menos que el valor justo de mercado”¹²³. El Gobierno de Noruega, en un esfuerzo por vincular explícitamente la norma de indemnización de los tratados bilaterales de inversión que se utiliza en los sistemas regionales legales de derechos humanos, desarrolló recientemente un proyecto de modelo de tratado de inversión, que adoptaría el enfoque de la Convención Europea de Derechos Humanos con relación a los temas de expropiación¹²⁴. Este enfoque puede resultar en una indemnización *menor* que la del justo valor de mercado que se otorga en algunas decisiones de arbitraje de tratados de inversión, dependiendo de las circunstancias que motivan una expropiación en particular, por ejemplo, cuando un Gobierno adopta de buena fe medidas de reforma agraria en favor de los pueblos indígenas.

Se debe enfatizar, sin embargo, que estas posiciones son cuestionadas y que los inversores y los Gobiernos probablemente tendrán opiniones fuertemente opuestas ante la ausencia de disposiciones absolutamente claras en los tratados. Lo que es evidente es que estos asuntos no son hipotéticos; como se ve en la próxima sección, los inversores cuestionan una cantidad de medidas de reforma agraria, alegando que constituyen violaciones potenciales de las obligaciones de los tratados de inversión.

¹¹⁸ *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. (CDSE) contra Costa Rica*, laudo arbitral del 17 de febrero de 2000, causa del CIADI N° ARB/96/1, párrs. 69-71 disponible en línea en: http://ita.law.uvic.ca/documents/santaelena_award.pdf

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *CME contra República Checa*, Ian Brownlie: *Separate Opinion On the Issues at the Quantum Phase*, 14 de marzo de 2003, disponible en línea en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CME2003-SeparateOpinion_001.pdf

¹²¹ *Ibíd.*, párr. 31.

¹²² Ver las observaciones del prof. Zachary Douglas en la conferencia sobre Legislación Internacional sobre Inversiones y Derechos Humanos, 21 de marzo de 2007, en la Universidad Americana; la emisión de la Web está disponible en línea en: <http://www.wcl.american.edu/arbitration/webcasts.cfm>

¹²³ *Holy Monasteries contra Grecia*, dictamen del 9 de diciembre de 1994, Series A, N° 301-A (1995) 20 EHRR 1m, citado en Clare Ovey y Robin C.A. White: *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights*, cuarta edición, Oxford University Press, 2006, párr. 363.

¹²⁴ El comentario en inglés sobre el borrador del modelo de tratado de inversión, en el que consta el apoyo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estaba disponible en línea el 10 de junio de 2008, en: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/Horinger/Horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026>

Fallos en casos de reforma agraria donde se invocan las obligaciones del tratado de inversión

Si bien los tribunales arbitrales aún no se han enfrentado de lleno al problema de si se debe, o no, otorgar una indemnización por el valor justo de mercado en los casos en los que las medidas de la reforma agraria estén regidas por tratados de inversión, esto es algo que deberán hacer inevitablemente. En efecto, algunos inversores basados en Europa ya han iniciado demandas por expropiación de tierras contra un cierto número de países en vías de desarrollo, o han amenazado con hacerlo. Los tribunales pueden haber recibido otras demandas e incluso pueden haber fallado ya en algunas de ellas, sin que el hecho se hiciera público. Entre los casos conocidos está el del inversor del Reino Unido, que presentó una demanda contra el Gobierno venezolano en 2005, luego de que una agencia gubernamental autorizara la confiscación de cierta cantidad de tierras pertenecientes a propietarios del Reino Unido y que las destinara a distribuir las a venezolanos sin tierra¹²⁵. En otra región del mundo, el Gobierno de Namibia afrontó la amenaza de litigios similares, luego de la propuesta expropiación de propiedades agrícolas pertenecientes a ciudadanos alemanes, en el marco del programa de redistribución de tierras de Namibia. Los ciudadanos alemanes amenazaron al Estado con presentar demandas en virtud del tratado bilateral de inversión entre Alemania y Namibia¹²⁶. Algunos se dirigieron, en una primera instancia, a los tribunales de Namibia. En una decisión de la Corte Suprema de Namibia, en marzo de 2008, en un caso presentado por tres ciudadanos alemanes, se afirmó que el Ministro a cargo de la reforma agraria estaba obligado a actuar de acuerdo con el tratado bilateral de inversión entre Alemania y Namibia¹²⁷. Sin embargo, el tribunal no analizó en mayor detalle las exigencias del tratado, indicando simplemente que el ministerio no lo había considerado, así como una cantidad de otros requerimientos jurídicos locales. Sin hacer otros comentarios sobre el tratado bilateral de inversión, la Corte afirmó que la expropiación de las tierras de los ciudadanos alemanes por parte del Gobierno de Namibia constituía una violación de las propias leyes y de la Constitución de dicho país.

El Gobierno de Sudáfrica también se enfrentó con una demanda relativa a un acuerdo bilateral de inversión que no se hizo pública por varios años, pero sobre la cual se

dieron a conocer algunas informaciones en el otoño de 2008¹²⁸. Un inversor suizo obtuvo un fallo favorable en un arbitraje contra el Gobierno de Sudáfrica porque éste faltó a su obligación de proveer, a las tierras de propiedad suiza, la protección policial exigida en el tratado bilateral de inversión entre Sudáfrica y Suiza. El inversor también inició una demanda contra Sudáfrica exigiendo la plena indemnización por la expropiación de sus tierras, que fueron reclamadas por varios nativos sudafricanos como parte de un proceso nacional continuo de reclamo de tierras. Basándose en los hechos de este caso, el tribunal arbitral rechazó la demanda por expropiación del inversor suizo porque el proceso sudafricano de reclamo de tierras aún se estaba llevando a cabo. Por lo tanto, el tribunal consideró que toda demanda era prematura. Sin embargo, es posible que otros inversores extranjeros decidan seguir el ejemplo e invocar las protecciones del tratado bilateral de inversión ante todo intento de expropiación de tierras por parte del Gobierno de Sudáfrica.

Desde luego, otros esfuerzos más abusivos por parte de los Gobiernos para redistribuir tierras serán desafiados por los tratados de inversión. Un grupo de agricultores neerlandeses presentó una demanda contra Zimbabwe en 2003, luego del embargo forzoso y violento de granjas pertenecientes a extranjeros en Zimbabwe. Los demandantes neerlandeses alegaron que el Gobierno, "mediante instrumentos jurídicos y medios extra-legales, implementó un programa para adquirir tierras y mejoras pertenecientes a los demandantes y a otros en Zimbabwe, para redistribuirlas a algunos de sus ciudadanos"¹²⁹.

En última instancia, la comunidad de derechos humanos debe reconocer que el arbitraje de tratados de inversión representa la vía internacional principal mediante la cual los inversores extranjeros cuestionarán seguramente las reformas agrarias en los países en vías de desarrollo e incluso en los países desarrollados. Estos tratados abren un camino para que los inversores extranjeros puedan cuestionar, fuera de los tribunales nacionales y de los sistemas constitucionales de los países anfitriones, las reformas agrarias y otras iniciativas políticas de redistribución que se estén llevando a cabo, entre ellas las que benefician a las comunidades indígenas.

Alejándonos del campo del arbitraje y examinando de qué manera se manejan estos asuntos en otros foros legales internacionales, cabe subrayar que puede existir

¹²⁵ "UK farm group settles BIT claim over Venezuelan land seizures and invasions", *Investment Treaty News*, 11 de abril de 2006, disponible en línea en: http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_april11_2006.pdf

¹²⁶ "Absentee landlords to challenge Namibian Government over Expropriation", *Monitoring International Reports de la BBC*, 2 de diciembre de 2005; Brigitte Weidlich: "Namibian President to make landmark visit to Germany", *Agence France Presse*, 26 de noviembre de 2005; "German Farmers Challenge Namibia Land Reform, International Arbitration Considered", *Investment Treaty News*, 31 de mayo de 2006, http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_may31_2006.pdf

¹²⁷ *Gunther Kessl et ál. contra Ministerio de Tierras y Reasentamientos et ál.*, fallo del 6 de marzo de 2008, párrs. 106-7

¹²⁸ "Swiss investor prevailed in 2003 in confidential BIT arbitration over South Africa land dispute", *Investment Arbitration Reporter*, 22 de octubre de 2008, disponible en línea en: <http://www.iareporter.com/Archive/IAR-10-22-08.pdf>

¹²⁹ *Bernadus Henricus Funnekotter y otros contra República de Zimbabwe*, pedido de arbitraje presentado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), 30 de mayo de 2003, párr. 14 (en el archivo del autor).

una divergencia entre los montos que los tribunales arbitrales otorgan a los inversores extranjeros por la expropiación de tierras y los montos que podrían otorgarles los tribunales de derechos humanos. Esta divergencia sirve para destacar la necesidad de considerar más de lleno cómo se consideran disputas similares en diferentes órganos arbitrales. Por lo tanto, será imperativo que los trabajadores de derechos humanos vigilen la evolución de este ámbito emergente del derecho internacional. Ya no es suficiente limitarse a seguir la trayectoria de los procesos de derechos humanos e impulsar declaraciones y normas que promuevan los procesos nacionales de redistribución de tierras y recursos; también deben tomarse en cuenta los progresos importantes realizados en el ámbito de la protección de la inversión extranjera, que pueden cobijar implicaciones significativas para las políticas de reforma agraria y redistribución. En efecto, tal vez sea necesario que los tratados de inversión ofrezcan una orientación más clara sobre la manera de concordar la protección del inversor con los derechos de los pueblos indígenas, las iniciativas de reforma agraria y el nivel de indemnización que se pagará a los propietarios extranjeros que se vean afectados.

Las políticas dedicadas a ciertos grupos o personas desfavorecidos

A menudo los gobiernos pueden presentar medidas políticas o preferencias concebidas para estimular las perspectivas de ciertas personas o ciertos grupos marginados o desfavorecidos, ya sean pueblos indígenas, minorías (o mayorías) étnicas, mujeres u otros. A primera vista, dichas políticas podrían entrar en conflicto con algunas de las protecciones acordadas a los inversores extranjeros en los tratados de inversión, particularmente en casos en los que estos, o las empresas extranjeras, deban respetar ciertos deberes o ciertas responsabilidades, o en los que ciertos beneficios o preferencias les sean denegados. Sin embargo, en este contexto es inhabitual que los gobiernos formulen reservas o excepciones en las protecciones de los tratados de inversión. En raras ocasiones, algunos tratados incluyen excepciones para garantizar que los inversores extranjeros no puedan cuestionar las medidas de discriminación positiva a favor de ciertos grupos designados, alegando que se trata de una violación de la garantía de no discriminación del tratado de inversión (o trato nacional)¹³⁰.

En otras palabras, cuando haya programas o políticas especiales para brindar beneficios o preferencias a un grupo designado o a una minoría, un inversor extranjero no podrá invocar su propio derecho al “trato nacional” para obtener las mismas preferencias o beneficios concedidos a estos grupos. Sin embargo, dichas cláusulas de excepción no figuran en todos los tratados. Además, cuando existen, pueden aplicarse solamente a *ciertas disposiciones* y no a todo el tratado. Entonces, la excepción puede aplicarse, por ejemplo, a la cláusula de trato nacional de un tratado pero no a otras disposiciones que prometan “trato justo y equitativo” u otras protecciones al inversor extranjero.

Es extremadamente raro que un Gobierno añada una excepción general en un tratado de inversión de modo que *ninguna* de las disposiciones de protección pueda invocarse para cuestionar las preferencias o políticas especiales para con los grupos desfavorecidos. Un caso notable es el tratado entre Nueva Zelanda y Tailandia, donde se incluye una excepción general amplia que deja en claro que ninguna de las protecciones de las que gozan los inversores puede invalidar la capacidad del Gobierno para acordar un trato favorable o especial al pueblo indígena maorí¹³¹.

Estos asuntos no tienen un interés meramente hipotético. Durante años, la controversia giró en torno a las políticas del programa *Black Economic Empowerment (BEE)* (promoción de la autonomía económica de los negros), desarrolladas por el Gobierno de Sudáfrica con el fin de mejorar los efectos persistentes del sistema de apartheid¹³². Estas políticas comprendían una serie de medidas destinadas a los llamados “sudafricanos históricamente desfavorecidos”, incluyendo planes de igualdad de empleo, acceso preferencial a contratos y licencias gubernamentales y políticas de desprendimiento que obligan a las empresas a vender acciones a socios históricamente desfavorecidos. A pesar de ser bien intencionadas, las políticas de promoción de la autonomía económica de los negros recibieron críticas tanto por parte de quienes sostienen que imponen una carga demasiado grande sobre las empresas, como de los que se quejan de que benefician solamente a un estrato de sudafricanos históricamente desfavorecidos, adinerados y con buenas relaciones¹³³. Con el tiempo, y en respuesta a las críticas, el Gobierno de Sudáfrica adaptó estas políticas con la esperanza tanto de atenuar las propuestas de un

¹³⁰ Comparar, por ejemplo, la práctica en materia de tratados de Canadá o Estados Unidos con la del Reino Unido o los Países Bajos. En general, los primeros incluyen excepciones que limitan la obligación de proporcionar tratamiento favorable a los extranjeros en el contexto de programas especiales o políticas destinadas a personas o grupos desfavorecidos.

¹³¹ Ver el Artículo 15.8 del acuerdo de 2005 entre Nueva Zelanda y Tailandia, *Closer Economic Partnership Agreement*, disponible en línea en: <http://www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/0--Trade-archive/0--Trade-agreements/Thailand/0-cep-index.php>

¹³² “South African Mining: the Diggers are Restless”, *The Economist*, 22-28 de junio de 2002.

¹³³ “Welcome to the Club”, *Time Magazine*, 29 de mayo de 2005, disponible en línea en: <http://www.time.com/time/europe/html/050606/africa/story.html>

programa de desprendimiento en mayor escala como para garantizar que los beneficios de las mismas sean “amplios” y favorezcan a los más pobres y desfavorecidos.

Algunas empresas extranjeras respondieron con cautela a la promoción de la autonomía económica de los negros. Muchos consideran que la misma contribuyó a llevar a un punto muerto las importantes negociaciones de comercio entre Sudáfrica y Estados Unidos. Mientras tanto, ciertos países con los que Sudáfrica firmó acuerdos económicos opinaron que la imposición de las medidas de promoción de la autonomía económica de los negros a las empresas extranjeras puede ir en contra de los compromisos económicos internacionales de Sudáfrica¹³⁴.

Recientemente, un grupo de inversores europeos del sector minero de Sudáfrica tomó la medida sin precedentes de presentar una demanda contra dicho país, alegando que varios requisitos de la política de promoción de la autonomía económica de los negros violaban los términos de los tratados con Italia y Luxemburgo en cuanto a la protección de inversiones. Los inversores son propietarios de varias compañías mineras en Sudáfrica y poseen varios derechos de explotación minera, que estaban sujetos a un proceso obligatorio de “conversión” por el cual los recursos minerales sudafricanos regresan al control del Estado y se vuelven a otorgar en licencia a las compañías mineras por períodos de tiempo preestablecidos. Como parte de este proceso de conversión, se evalúa a las compañías por el progreso que realizaron en el ámbito social, laboral y en cuanto a los objetivos de desarrollo, que comprende la contratación de gerentes africanos históricamente desfavorecidos y el establecimiento de programas especiales y beneficios para los trabajadores africanos históricamente desfavorecidos. Desde el punto de vista de los inversores, estas políticas inspiradas en la promoción de la autonomía económica de los negros imponían costos significativos a las operaciones de las compañías y significaban una “expropiación” de los derechos preexistentes de explotación minera, así como un trato “injusto” y “desigual”, contrario a los términos de los tratados de protección de inversiones de Sudáfrica.

En la demanda presentada en 2006 ante el tribunal arbitral, que aún permanecía confidencial en el momento de redactar este documento, los inversores alegan que podrían sufrir daños de más de 350 millones de dólares estadounidenses, dependiendo de los efectos finales de los mandatos de la política de promoción de la autonomía económica de los negros, implementada por el

Gobierno de Sudáfrica. En 2007, un panel arbitral se reunió para conocer la causa, a pesar de lo cual el progreso hasta ahora ha sido lento. Los alegatos escritos de la causa se presentarán en 2008 y 2009 y se espera que las audiencias tengan lugar a fines de 2009.

En esta etapa, todos los argumentos legales presentados en la causa permanecen confidenciales. Sin embargo, queda claro desde ya que las políticas sobre derechos humanos están involucradas en la disputa. Ante los árbitros se presenta una cuestión central: ¿hasta qué punto las obligaciones de los tratados, incluyendo las relativas a la expropiación y al trato justo y equitativo, cederán el paso a los objetivos de las políticas sobre derechos humanos o serán interpretadas a la luz de dichos objetivos? Aquí cabe notar que los tratados específicos en cuestión, con Italia y Bélgica-Luxemburgo, no mencionan objetivos sociales más amplios de derechos humanos y no contienen ninguna orientación expresa para los árbitros que traten de determinar si las políticas de promoción de la autonomía económica de los negros de Sudáfrica se conforman a las protecciones del tratado otorgadas a los inversores extranjeros¹³⁵. En realidad, los tratados con Italia y Bélgica-Luxemburgo demuestran un marcado contraste con la Constitución de Sudáfrica, que establece una larga lista de objetivos generales, entre los que se encuentra el de cicatrizar las divisiones del pasado y promover los valores democráticos, la justicia social y los derechos humanos fundamentales. Por lo tanto, mucho queda en manos de las partes, que argumentarán de qué manera se deben interpretar los tratados, ya sea en un vacío o a la luz del contexto social más amplio y de las leyes nacionales e internacionales sobre derechos humanos, y en manos de los árbitros quienes, en última instancia, tomarán una decisión basada en dichos argumentos.

Hay quienes sostienen que los árbitros deberían interpretar de manera restrictiva estos tratados de inversión particulares, bajo la óptica del derecho internacional relativo a la inversión y no en virtud de las obligaciones más amplias que pueda tener Sudáfrica en materia de derechos humanos¹³⁶. Desde este punto de vista, solamente sería pertinente en la interpretación de las normas del tratado de inversión “aquella parte del derecho internacional relativa a las inversiones internacionales así como, en casos limitados, los reglamentos del derecho internacional que estén relacionados de cerca con la inversión o la actividad que es objeto de disputa”¹³⁷. Se puede esperar que el Gobierno sudafricano y algunos grupos de

¹³⁴ Luke Eric Peterson: “South Africa’s Bilateral Investment Treaties: Implications for Development and Human Rights”, en *Frederich Ebert Stiftung Occasional Papers Series*, N° 26, noviembre 2006, disponible en línea en: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/04137.pdf>

¹³⁵ Algunos tratados sudafricanos de inversión contienen, en efecto, pequeñas excepciones de derechos humanos, con el objetivo de prevenir que los inversores extranjeros reclamen que han sido tratados de manera menos favorable que los “africanos históricamente desfavorecidos”.

¹³⁶ Matthew Coleman y Kevin Williams: “South Africa’s bilateral investment treaties, Black Economic Empowerment and mining: a fragmented meeting?”, *Business Law International*, Vol. 9, N° 1, pp. 56-94.

¹³⁷ *Ibíd.*, párrs. 11.19.

derechos humanos planteen argumentos en contra de dicho enfoque, abogando por una interpretación más vasta de las disposiciones del tratado de inversión, a la luz de las preocupaciones en materia de derechos humanos.

El arbitraje de Sudáfrica se ha estado preparando durante años y, a menos de que haya un arreglo, brindará un terreno de pruebas para la relación entre las obligaciones de los acuerdos bilaterales de inversión y las obligaciones de un Estado en materia de derechos humanos. Sin embargo, la mayor dificultad para quienes deseen seguir de cerca o influenciar en el tratamiento de esta disputa en particular, es que no existen garantías (al menos hasta el momento de redactar este documento) de que el proceso esté abierto al público. Tanto los alegatos como las audiencias se desarrollan a puertas cerradas, en un marcado contraste con los procedimientos típicos de un tribunal. Efectivamente, aun cuando las ONG puedan intervenir en la causa, esto puede no ser suficiente para brindar una mayor transparencia en el funcionamiento y en la resolución misma de la disputa. A medida que en los litigios entre inversores y Estados se mencionan más a menudo los derechos humanos, el tema de la transparencia toma más importancia.

Problemas de transparencia y el derecho de obtener información

Aun cuando los observadores estén convencidos de que el sistema jurídico internacional que protege las inversiones directas tratará importantes cuestiones de derechos humanos, no siempre es sencillo para las partes interesadas seguir los procedimientos de este sistema y mucho menos participar en ellos o influenciarlos. Los procedimientos para resolver disputas relativas a los tratados de inversión no brindan el mismo nivel de transparencia que se observa en otras áreas del derecho internacional, particularmente en las que atañen a los derechos humanos.

Incluso la investigación y la cobertura especializadas no logran descubrir más que una cierta cantidad de información. Algunos arbitrajes son confidenciales porque las partes así lo desean o porque se les prohíbe hablar públicamente de los casos. En esta situación, dos factores satisfacen esta confidencialidad: en primer lugar, los tratados de por sí raramente estipulan que los arbitrajes entre inversores y Estados deben ser sujetos a examen público. A pesar de que Canadá y Estados Unidos adoptaron recientemente una tendencia hacia la apertura en los últimos tratados de inversión, muchos otros Gobiernos no han seguido el ejemplo. Por lo tanto, los reglamentos procesales que rigen una disputa específica, como por ejemplo las reglas del CIADI del Banco Mundial o las

“...se pueden presentar demandas ante foros de derechos humanos, incluyendo tribunales regionales en la materia, con el fin de interpretar la falta de transparencia en torno de un arbitraje entre inversor y Estado como una violación del Estado de sus obligaciones en virtud de los derechos humanos”.

reglas *ad-hoc* de la CNUDMI de las Naciones Unidas, son, a menudo, los que estipulan hasta qué punto los procedimientos serán abiertos. En gran medida, estos reglamentos *no* han sido diseñados para ser transparentes o abiertos. En realidad, las reglas de la CNUDMI y las de ciertas Cámaras de Comercio fueron elaboradas a medida para el arbitraje comercial privado entre dos partes, en el que la confidencialidad siempre constituyó una consideración importante. A pesar de que el sistema del CIADI brinda el mayor nivel de transparencia, gracias a una lista pública donde figuran todos los casos en arbitraje presentados ante el Centro, sus procedimientos en sí están cerrados al público, a menos que las dos partes deseen una apertura. Hace varios años, incluso una iniciativa para introducir una mayor transparencia en los procedimientos del CIADI se vio diluida ante las objeciones de muchos de los participantes del organismo.

Mientras los Gobiernos continúen negociando tratados de inversión basados en reglamentos procesales que proveen magros niveles de transparencia, la resolución de las disputas entre inversores y Estados seguirá transcurriendo en la oscuridad (en diferentes grados).

Más allá de los cambios que puedan hacerse a los futuros tratados de inversión o a los reglamentos de arbitraje a favor de una mayor transparencia, también existe la posibilidad de que los ciudadanos, preocupados por el tema, cuestionen la confidencialidad de estos procedimientos a través de las leyes de acceso a la información y los mecanismos de derechos humanos. Por ejemplo, Margarete Stevens, ex Abogada General Interina del CIADI, observó en una conferencia de 2007 que una decisión reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podría presagiar futuras presiones para obligar a los Gobiernos a revelar más información sobre cualquier juicio que un inversor extranjero inicie contra el Estado¹³⁸. Stevens notó que una decisión de la Corte hacía imputable a la República de Chile haber violado el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al no haber informado mejor al público chileno sobre un importante proyecto de desarrollo forestal en el país, incluyendo los contratos firmados con los inversores

¹³⁸ Observaciones en una conferencia sobre arbitraje legal y derechos humanos, 21 de marzo de 2007, en la Universidad Americana, emisión de la Web disponible en línea en: <http://www.wcl.american.edu/arbitration/webcasts.cfm>

extranjeros. En efecto, en la causa *Claude-Reyes et ál. contra Chile*, la Corte Interamericana afirmó que el derecho a la información comprende el derecho de buscar y obtener información¹³⁹. Más aun, la Corte notó la importancia de la difusión de la información para el funcionamiento de una democracia.

Con respecto a lo anterior, la acción del Estado debe guiarse por los principios de difusión y transparencia en la administración pública, que permiten que todas las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan el control democrático de dichas acciones, para que puedan cuestionar, investigar y considerar si las funciones públicas se están llevando a cabo de manera adecuada¹⁴⁰.

Al sostener que Chile no tenía justificación para ocultar información a los miembros del público, la Corte también señaló que esta falta de transparencia en la información obstaculizaba la capacidad del público para ejercer una supervisión democrática o un “control” sobre las acciones del Estado.

Como lo sugirió Margarete Stevens, es fácil prever que los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales o los ciudadanos preocupados por este tema, alegarán violaciones a los derechos humanos debido a que un Gobierno ocultó información relativa a la demanda de arbitraje que un inversor extranjero presentó contra el Estado. Esto puede tomar la forma de pedidos a los Gobiernos para que hagan públicos algunos

o todos los arbitrajes (incluyendo aquellos cuya existencia es desconocida del público). En el contexto norteamericano se han usado en ocasiones las leyes del acceso a la información para obtener datos sobre los litigios entre los inversores y el Estado, cuya existencia se conocía pero cuyos detalles permanecían confidenciales. En la causa de *Loewen contra Estados Unidos*, un tribunal de TLCAN reconoció que los Gobiernos pueden tener la obligación legal de entregar documentos relacionados con los procesos arbitrales. Este reconocimiento ocurrió luego de que el Gobierno de Estados Unidos se dirigiera al tribunal en respuesta a una solicitud de las organizaciones no gubernamentales en virtud de la ley de libertad de información¹⁴¹. Aún más, se pueden presentar demandas ante foros de derechos humanos, incluyendo tribunales regionales en la materia, con el fin de interpretar la falta de transparencia en torno de un arbitraje entre inversor y Estado como una violación del Estado de sus obligaciones en virtud de los derechos humanos.

Al mismo tiempo, mientras las partes interesadas presentan exigencias a los Gobiernos, a través de leyes de acceso a la información o por las vías establecidas para los reclamos sobre derechos humanos, también pueden continuar elevando peticiones directamente a los árbitros para obtener un mayor acceso a la información sobre un caso pendiente. Estos pedidos pueden formularse expresamente en términos de derechos humanos, lo que invitaría a los árbitros mismos a pronunciarse sobre el significado y la pertinencia de dichas normas en el caso.

¹³⁹ *Claude-Reyes et ál. contra Chile*, dictamen del 19 de septiembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos; la organización no gubernamental CELS, que contribuyó con una evaluación de impacto en los derechos humanos en una etapa previa del proyecto *Investing in Human Rights*, de Derechos y Democracia, presentó una demanda *amicus curiae* en la causa *Claude-Reyes*.

¹⁴⁰ Párr. 86.

¹⁴¹ Para más información sobre este episodio, ver: Comité de Inversión de la OCDE: *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures*, pp. 6-7, disponible en línea en: <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>

Capítulo 3: Reflexiones y recomendaciones

Se puede llegar a una serie de conclusiones basándose en los ejemplos precedentes, en los que se evidencia la aparición de cuestiones de derechos humanos en los arbitrajes de tratados de inversión. En primer lugar, *hasta la fecha*, los problemas jurídicos de derechos humanos se han mencionado en los laudos arbitrales, en general, con relación a los *derechos de los inversores* a la propiedad, a las garantías procesales, etc. Por lo tanto, en un puñado de casos, los árbitros establecieron analogías con la jurisprudencia de derechos humanos con el fin de fortalecer su propia interpretación de ciertas protecciones de los inversores, como las ya mencionadas, relativas a la propiedad o a las garantías procesales.

En segundo lugar, a pesar de esta práctica, hay ocasiones en las que los derechos humanos de las terceras partes (es decir, de quienes no son inversores extranjeros) están implicados en las disputas de los tratados de inversión. Entre estas situaciones se encuentran los casos en los que están involucrados los derechos de reunión, de libertad de expresión y de protesta contra decisiones del Gobierno o de los inversores; en los que el Gobierno ha concebido políticas para acordar preferencias a ciertas personas o grupos desfavorecidos históricamente; en los que los derechos de los pueblos indígenas o sus reivindicaciones territoriales se enfrentan con los derechos de los inversores extranjeros; y en los que la reglamentación gubernamental con respecto al suministro de agua potable y de servicios sanitarios declara tener prioridad ante obligaciones relativas a los derechos humanos como el derecho a la salud, a la alimentación o al agua.

En tercer lugar, también queda claro que, en algunos de los ejemplos expuestos anteriormente, los Gobiernos, y a veces las organizaciones no gubernamentales, difieren en la presentación de argumentos legales basados en la legislación relativa a los derechos humanos. El caso del arbitraje de Aguas Argentinas es el más evidente en este sentido. Debido a la confidencialidad en torno a los alegatos en muchos de los casos, es posible que haya otras instancias que actualmente no formen parte del archivo público.

En cuarto lugar, confrontados a estas obligaciones de derechos humanos, los tribunales tienen la responsabilidad de determinar hasta qué punto las mismas son pertinentes para la resolución de una disputa en particular. Por ejemplo, los árbitros considerarán si un Estado invoca las obligaciones de derechos humanos como una defensa o como una justificación cuando se lo acusa de violar obligaciones para con los inversores extranjeros. A pesar de carecer de la jurisdicción para decidir si un Estado violó sus obligaciones de derechos humanos, los árbitros pueden expresar su opinión sobre lo que dichas obligaciones requieren y exigen de parte de los Gobiernos y si excusan o atenúan las acciones que afectan a los inversores extranjeros.

En quinto y último lugar, los árbitros cuentan con poca orientación, además de reglas generales de interpretación de tratados, cuando deben interpretar y desentrañar las obligaciones de los Gobiernos para con los derechos humanos. Del mismo modo, disponen de escasas guías explícitas sobre la manera de reconciliar las obligaciones de derechos humanos con las obligaciones del tratado de inversión en circunstancias concretas.

En vista de estas conclusiones, los trabajadores de derechos humanos deberían pensar en sacar provecho de varias aperturas, algunas de las cuales trataremos en las próximas secciones.

Vigilancia

Existe un número creciente de arbitrajes de tratados de inversión que implican temas relativos a los derechos humanos. Estos casos presentan asuntos importantes e inexplorados referidos a la conciliación de la legislación sobre derechos humanos con las obligaciones de los tratados de inversión.

La tarea primera y elemental es la de vigilar de manera más eficaz los progresos en esta área, descentralizada y poco clara, del derecho internacional. Es necesario hacer un seguimiento continuo y especializado de las demandas que se presentan en el marco de los arbitrajes de tratados de inversión para

destacar las que hacen referencia a cuestiones de derechos humanos¹⁴². Hay una gran cantidad de arbitrajes entre inversores y Estados cuya existencia se hace pública, por ejemplo, al darse a conocer en el sitio Web del CIADI. Los investigadores, las organizaciones de la sociedad civil y los periodistas deben estudiar y observar estos casos de manera sistemática y continua.

En la actualidad hay límites para la capacidad de los observadores interesados de vigilar y analizar los progresos del sistema jurídico que rige las inversiones. Merced a los reglamentos arbitrales que se utilizan en los litigios de tratados de inversión, una cantidad desconocida de estos casos pueden iniciarse sin que se los dé a conocer públicamente. Los Gobiernos pueden aportar una mayor transparencia a este ámbito, negociando tratados individuales que exijan una resolución de conflictos abierta. Sin embargo, puesto que hay cientos de tratados existentes y vigentes, ha habido propuestas de efectuar una revisión general de los reglamentos procesales de arbitraje para que las disputas entre inversores y Estados que utilicen dichas reglas tengan lugar en público¹⁴³.

Estudio y análisis de la resolución de asuntos similares en los dos sistemas

Es necesario estudiar y considerar de qué manera la protección de la inversión extranjera y los sistemas de derechos humanos ofrecen, para ciertos protagonistas, formas de protección que se superponen. Por ejemplo, los tratados de inversión y de derechos humanos proveen protecciones en casos de expropiación de la propiedad; sin embargo, como se mencionó anteriormente, los árbitros de derechos humanos y los tribunales arbitrales de inversión pueden tener opiniones discordantes con respecto al momento en que una acción gubernamental específica desencadenará la obligación de indemnizar al propietario afectado y qué nivel de compensación se le debe otorgar (valor justo de mercado o un monto menor).

Otro asunto que puede encararse de manera diferente en los dos sistemas es la cuestión de otorgar indemnización por *daños morales* (en lugar de pérdidas financieras). En el arbitraje de derechos humanos es común otorgar algún tipo de daño moral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos (por ejemplo, por daños físicos y morales, daños a la dignidad, temor, sufrimiento moral, etc.)¹⁴⁴. En virtud de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la gran mayoría de los casos en los que se adjudicaron daños

comprenden laudos por daños morales más que por pérdidas financieras¹⁴⁵. Esta práctica comenzó a adoptarse, en particular, en el contexto de los arbitrajes de tratados de inversión. A principios de 2008, los árbitros adjudicaron *daños morales* a una compañía cuyos ejecutivos sufrieron “estrés y ansiedad por haber sido acosados, amenazados y detenidos” e intimidados por agentes estatales e individuos armados¹⁴⁶. A primera vista, el monto de esta adjudicación, un millón de dólares estadounidenses, parece superar en mucho los laudos dictados en la mayoría de los casos de derechos humanos, aun en los casos de abusos más atroces que incluyeron tortura, desaparición y ejecuciones extrajudiciales. Por lo tanto, debería ser una cuestión de prioridad para los especialistas y los políticos el evaluar de qué manera estos sistemas jurídicos internacionales resuelven casos similares, incluyendo la adjudicación de daños morales.

Hasta la fecha, muchos son los que, en la comunidad de los derechos humanos, aún no han comprendido hasta qué punto las personas o las corporaciones pueden escoger cuidadosamente si presentan las demandas ante los mecanismos regionales de derechos humanos (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos) o ante los mecanismos de arbitraje de tratados bilaterales de inversión. Para los Gobiernos y las personas que viven bajo su jurisdicción, las decisiones de estos diferentes mecanismos judiciales internacionales pueden tener consecuencias legales, políticas y financieras muy divergentes.

Estudio y análisis de la interpretación y la aplicación de la legislación de derechos humanos por parte de los árbitros de inversión

Queda claro que los intereses de los inversores extranjeros pueden entrar en conflicto con los derechos humanos de los habitantes del país anfitrión. Como se planteó anteriormente, existen en la actualidad casos en arbitraje entre inversores y Estados que pueden tener implicaciones para el derecho al agua o para la aplicación, por parte de un Estado, de políticas de discriminación inversa dirigidas a personas desfavorecidas, o bien para la necesidad de un Estado de encontrar un equilibrio entre la seguridad de los inversores por un lado y los derechos humanos de los manifestantes y los críticos de un proyecto particular de inversión extranjera por el otro. En dichos casos, los Gobiernos (o las terceras partes) reclaman de los árbitros de los tratados de inversión que consideren la

¹⁴² El sitio Web del CIADI proporciona información sobre arbitrajes pendientes en esa institución en particular (www.worldbank.org/icsid). El *Investment Arbitration Reporter* (www.iareporter.com) y la encuesta bianual de grandes (en términos financieros) arbitrajes de inversiones del *American Lawyer Magazine* son otros medios para seguir los acontecimientos de manera más general.

¹⁴³ Recientemente, el profesor John Ruggie, representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y las empresas comerciales, invitó a los Estados partes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) a considerar cambios en sus reglamentos procesales que aseguren que los arbitrajes entre inversores y Estados que tocan “derechos humanos y otras responsabilidades” se lleven a cabo de manera más transparente. Los cambios propuestos pueden englobar la revelación de dichos arbitrajes y un acceso abierto a audiencias y documentos. Sin embargo, todavía no se sabe si los Gobiernos aplicarán tales propuestas, ni hasta qué punto lo harán, durante la revisión en curso de las reglas de la CNUDMI. Ver la declaración de John Ruggie ante el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI, 4-8 de febrero de 2008, disponible en línea en: <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-statement-CNUDMI-Feb-2008.pdf>

¹⁴⁴ Dinah Shelton: *Remedies in International Human Rights Law*, segunda edición, Oxford University Press, 2005, pp. 291-93.

¹⁴⁵ Shelton, op. cit., p. 296.

¹⁴⁶ *Desert Line Properties LLC contra Yemen*, causa del CIADI N° ARB/05/17, laudo arbitral del 6 de febrero de 2008.

pertinencia jurídica de las obligaciones de los Estados anfitriones en materia de derechos humanos y su potencial para mitigar o justificar ciertas acciones que los Gobiernos adoptan contra los inversores extranjeros.

Debido a que la mayoría de los tratados guarda silencio en lo que respecta a la consideración de legislación en materia de derechos humanos, en el futuro los Gobiernos podrían optar por utilizar un lenguaje explícito sobre derechos humanos en los tratados¹⁴⁷. Se pondría así de manifiesto la exigencia de que los árbitros consideren la pertinencia de las leyes de derechos humanos en los asuntos en disputa. Sin embargo, esto conduce inevitablemente a la formulación de temas más amplios referidos a la capacidad de los árbitros de tratar la dimensión de la legislación de derechos humanos en dichas disputas. Como lo mencionó Anne van Aaken, no se debe subestimar el poder de este papel interpretativo, particularmente en un contexto en el que se presentan docenas de arbitrajes de tratados entre inversores y Estados cada año. Por lo tanto, observa van Aaken, “el tema de quién arbitra deviene importante”¹⁴⁸. Efectivamente, esto es una situación sin salida para quienes promueven la idea de que los árbitros tomen en cuenta el cuerpo de la legislación internacional, incluyendo la de derechos humanos. En el caso en que los árbitros accedan, deberán determinar de qué manera deben interpretarse y comprenderse las obligaciones en materia de derechos humanos de los Gobiernos¹⁴⁹. En raras ocasiones los árbitros tienen conocimientos especializados de las leyes sobre derechos humanos; por ejemplo, algunos de los miembros de los tribunales arbitrales de inversión cuentan con estos conocimientos o con experiencia en el ámbito de los derechos humanos¹⁵⁰ pero, sin embargo, otras veces los árbitros tienen poca experiencia específica en la materia.

Se pueden llevar a cabo varias estrategias para cubrir estos vacíos. Por ejemplo, se podrían seleccionar árbitros con conocimientos en derechos humanos. Sin embargo, ante la ausencia de exigencias vinculantes, cada parte escoge su propio árbitro. Otra alternativa sería que los árbitros pudieran consultar con expertos externos o agencias especializadas, (incluyendo los órganos de los tratados sobre derechos humanos) para que les informen sobre cualquier tema de este

ámbito jurídico involucrado en la causa. No obstante, ante la ausencia de mandatos con este fin, queda a criterio del árbitro determinar hasta qué punto se analizarán las obligaciones de derechos humanos y en qué se basará el análisis. Por ejemplo, los árbitros de un litigio de un tratado de inversión rechazaron, hace poco tiempo, el pedido de un Gobierno que deseaba obtener una opinión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o de la Comisión Europea, sobre temas de derecho de la Unión Europea¹⁵¹. Los Gobiernos deberían examinar la necesidad de incluir procedimientos de referencia obligatorios en los tratados de inversión, que prevean consultas con organismos expertos o con mecanismos arbitrales en materia de legislación sobre los derechos humanos.

El régimen internacional de protección de la inversión extranjera es un sistema de leyes internacionales sólido y de gran alcance, en el que varios miles de tratados dan origen a disputas concretas que pueden tener consecuencias trascendentales. Los árbitros a cargo de resolver dichas disputas se enfrentan con problemas de derechos humanos en una cantidad de instancias. La vigilancia y el estudio de las implicaciones más amplias de esta tendencia emergente descansan sobre los hombros de quienes se preocupan por la promoción y la protección de los derechos humanos.

¹⁴⁷ Particularmente, el Representante Especial de las Naciones Unidas John Ruggie pidió hace poco a los organismos gubernamentales (y otros) mayor coherencia en la redacción de los tratados de inversión, observando que los ministerios de comercio y economía han trabajado demasiado a menudo “en contra de las obligaciones de derechos humanos de los Estados y de los organismos encargados de aplicarlos”. Ver el Informe del 7 de abril de 2008, párr. 33. En realidad, las instrucciones preparadas por el Representante Especial de las Naciones Unidas piden el desarrollo de un lenguaje relacionado con los derechos humanos en los tratados de inversión. Ver Mann, 2008, p. 39.

¹⁴⁸ Anne van Aaken: “Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection”, *University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series*, documento de trabajo N° 2008-1, p. 33.

¹⁴⁹ Si bien carecen claramente de la jurisdicción de imputar a los Gobiernos que violan las obligaciones en materia de derechos humanos, los tribunales deberían formular su propia evaluación en lo que respecta a las demandas referidas a las mismas, como parte de su esfuerzo por interpretar las obligaciones de los tratados de inversión. Por ejemplo, en la causa del derecho al agua, que ha sido objeto de interpretación mínima por los tribunales internacionales, los árbitros de los tratados de inversión pueden encontrarse a la vanguardia de los análisis de este derecho humano en evolución.

¹⁵⁰ El juez Pedro Nikken, un ex-miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y miembro del tribunal arbitral de la causa de Aguas Argentinas, preside el arbitraje. En otros casos, el juez Thomas Burgenthal y el profesor Lucius Caflisch, respectivamente ex-presidente y ex-miembro de la misma Corte, han presidido algunos arbitrajes de tratados de inversión.

¹⁵¹ Aunque los textos de los tratados de inversión no brindan tales referencias, en algunas instancias los Gobiernos han pedido que los árbitros busquen el aporte de otros organismos o tribunales. Por ejemplo, en el arbitraje de *Eastern Sugar contra la República Checa*, según el tratado bilateral de inversión entre los Países Bajos y la República Checa, esta última urgió a los árbitros a referir la cuestión al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o a la Comisión Europea para pedir opinión sobre ciertas cuestiones, incluyendo la de si el tratado pertinente quedaría implícitamente extinguido cuando la República se uniera a la Unión Europea. Los árbitros no estaban obligados a acceder a este pedido y no lo hicieron en la causa de *Eastern Sugar*. Ver *Eastern Sugar B.V. contra República Checa*, laudo arbitral parcial del 27 de marzo de 2007, disponible en línea en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/EasternSugar.pdf>

