

**Publicación: Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración**  
**Número 2 - Julio 2015**  
**Fecha: 21-07-2015 Cita: IJ-LXXX-699**

**Inversión extranjera y derechos humanos: conflictos e interacciones**

*Foreign investment and human rights: Conflicts and interactions*

Christian G. Sommer\*

**I. Introducción** [arriba] -

Cuando se analizan los nuevos fenómenos y avances del derecho internacional en los últimos sesenta años, se puede apreciar el fortalecimiento de algunas áreas de incidencia, tal el caso del derecho internacional de las inversiones extranjeras y el derecho internacional de los derechos humanos. Estas nuevas perspectivas y ámbitos especiales del derecho internacional han implicado un progresivo socavamiento sobre los postulados clásicos de la soberanía absoluta de los Estados en sus aspectos internos que impedía toda posibilidad que los tribunales internacionales pudieran conocer sobre situaciones que se producían en sus ámbitos jurisdiccionales, sean los involucrados tanto nacionales como extranjeros[1]. Así, han surgido sistemas de protección que ligan directamente a los Estados con personas físicas o jurídicas y, que constituyen nuevas causales de responsabilidad internacional en caso de ser los tratados vulnerados. El primero, es el de la protección internacional de los derechos humanos. El segundo, la protección internacional de las inversiones extranjeras.

A su vez, esta evolución del derecho internacional en ámbitos económicos y de inversiones, fruto del proceso de globalización y expansión del comercio internacional ha posibilitado que los Estados reconozcan derechos a particulares o empresas para reclamar directamente por violación de trato o sus derechos frente a paneles o tribunales arbitrales institucionalizados. Esto en gran parte fue posible gracias al auge de algunos convenios multilaterales, pero sobre todo de Acuerdos de tipo bilateral entre los Estados que hicieron más ágiles los compromisos que ambos asumían, que internacionalmente se desarrollaron a través de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

En el caso de los TBI, tales instrumentos internacionales no escaparon de la lógica propia del comercio internacional de la última media centuria y particularmente de fin de siglo XX con el auge de las políticas neoliberales de apertura de las economías e inversiones y reducción de los controles del Estado. Las implicancias económicas, la fluidez y el desarrollo de las inversiones necesitaban sistemas jurídicos ágiles que permitan dar seguridad jurídica, rentabilidad económica y respuestas oportunas a los conflictos que pudieran suscitarse, a través de una serie de estándares que permitieran la protección del inversionista o de la inversión frente a las acciones que pudieran emprender los Estados una vez efectuada la inversión. La implementación de algunos de esos estándares, en algunas circunstancias, llevó a vulnerar los derechos de los ciudadanos protegidos por tratados de derechos humanos.

En los ámbitos internacionales, este tópico sobre las relaciones entre protección de las inversiones extranjeras y derechos humanos, está siendo estudiado y hasta ha logrado ser referenciado en algunos considerandos de tribunales arbitrales, tal como se señalará más adelante.

Si bien todo Estado debe respetar los compromisos internacionales que contrajo a fin de incentivar la inversión extranjera en sus territorios, muchas veces esos acuerdos estatales suelen producir vulneraciones de derechos a sus nacionales frente a los privilegios de trato que ostentan los inversores extranjeros. A ello, debe sumarse la problemática de adecuación normativa sobre protección de derechos humanos en ámbitos como las políticas medioambientales o sociales, el acceso a recursos básicos como agua, gas o electricidad, o el derecho de acceso a la información, frente a los compromisos contractuales del Estado de no alterar las normas bajo las cuales el inversor contrató con éste por considerarse una modificación de las cláusulas de estabilización o de vulneración de las cláusulas paraguas. Estas divergencias actuales en las interpretaciones sobre los alcances de protección y regulación de normas de los TBI, están siendo llevadas a los tribunales arbitrales (CIADI - tribunales arbitrales bajo reglas UNCITRAL, etc) cuyas decisiones tienen un trascendental impacto en las políticas públicas de los Estados al ser condenados por millones de dólares, dinero que en muchos casos es el equivalente a la política de salud de un Estado o de una entidad sub-estatal (provincia).

Este artículo pretende reflexionar sobre los conflictos y las interacciones que en la actualidad se están sucediendo entre dos subsistemas del derecho internacional, que ameritan ser profundizados a fin de propender a una necesaria interacción y complementariedad de sus normas que posibilite necesarias y sólidas normas jurídicas para la confianza de los inversionistas extranjeros, pero sin que ello implique una suerte de exclusión de responsabilidad de los inversores en la violación de derechos humanos. A su vez, que tampoco impida al Estado receptor de la inversión adecuar sus normas para la protección y garantía de los derechos humanos de sus habitantes.

### *1.1. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus alcances en las perspectivas de derechos humanos.*

Aunque desde hace décadas tanto organizaciones regionales e internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Organización Internacional del Comercio (OMC) han procurado establecer marcos jurídicos multilaterales para la promoción y protección de la inversión extranjera, los esfuerzos han fracasado y han prevalecido con una mayor incidencia y éxitos los TBI, ya que los Estados encuentran en este tipo de acuerdos la posibilidad de regular aspectos más específicos que los contemplados en los de carácter multilateral. En la actualidad, existen cerca de 2.400 TBI que se han negociado, junto con otros cientos de Tratados de Libre Comercio (TLC) que contienen diversos tipos de protección a las inversiones extranjeras.

La suscripción por los Estados de este tipo de tratados obedecía a una definición ideológica sobre un modelo de libre mercado que pone el énfasis en la internacionalización del capital. En efecto, se ha manifestado que: Los TBI son presentados generalmente como la quintaesencia de un documento liberal. Un típico TBI cita en su preámbulo dos objetivos: la

creación de condiciones favorables para las inversiones de nacionales y compañías de una parte en el territorio de la otra, e incrementar la prosperidad de ambos Estados. En suma, el propósito declarado de un TBI puede ser resumido en las siguientes palabras: incrementar la prosperidad a través de la inversión. El preámbulo afirma así la doctrina liberal básica según la cual la libre circulación del capital contribuye a incrementar la productividad"[2].

Por regla general, los tratados de inversión suelen ser entendidos como obligaciones unilaterales hacia los Estados receptores de la inversión, ello por las limitaciones de las medidas que imponen a los gobiernos de adoptar contra los inversionistas extranjeros. Los TBI suelen contener una serie de derechos para la protección del capital del inversor contra la expropiación, garantías de no discriminación y la libertad de transferir fondos hacia el extranjero. Aunque establecen ciertas obligaciones sobre los inversores, éstas suelen estar circunscriptas a los aspectos netamente contractuales y no de otra naturaleza, como es el posible impacto de sus actos frente a la sociedad o el medio ambiente en la que desarrollan. En caso de daños causados por el inversor que afecte a los derechos de los individuos o grupos en el territorio donde se realiza la inversión, los tratados ofrecen pocas garantías a las víctimas y suele quedar en manos del Estado el tomar medidas sobre tales vulneraciones. En este contexto, un tema cada vez más debatido en el sector académico y la sociedad civil es si existe la necesidad de un mayor grado de equilibrio entre los intereses legítimos de los inversores, de los países anfitriones en los TBI y de los derechos colectivos y sociales de las comunidades[3].

En el caso de Latinoamérica, el ejercicio de ciertas prerrogativas de poder público que implicaron restricciones a las inversiones extranjeras, arrojó un número creciente de condenas provenientes de tribunales arbitrales. Esta es una de las razones por la cual la región latinoamericana alberga hoy una tendencia hostil dentro un grupo minoritario de Estados respecto de los TBI y, en especial, del arbitraje internacional sobre inversiones. Basándose en la necesidad de salvaguardar el interés público y la protección de los derechos humanos por medio de la potestad regulatoria, algunos Estados han decidido excluir del ámbito de competencia del arbitraje a todos los litigios relacionados con los recursos naturales (en noviembre de 2007, el gobierno de Ecuador le notificó a la secretaría del Centro para las Disputas sobre Inversiones Extranjeras del Banco Mundial (CIADI) que excluía de su competencia las disputas relacionadas con los recursos naturales y, en particular, sobre el petróleo, el gas y la industria minera. En otros casos han procedido a la denuncia del Convenio de Washington sobre Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (Bolivia en 2007 y Venezuela en 2010)[4]. En forma paralela, actualmente, se está planteando la búsqueda de otros foros regionales de solución de controversias de inversión como en el marco del UNASUR[5] a fin de utilizar un mecanismo arbitral alternativo al CIADI en razón de los particularismos latinoamericanos, tema sobre el cual se ha creado un Grupo de Trabajo en el ámbito de dicha Organización Internacional sudamericana[6]. Dentro de las particularidades del proceso arbitral bajo estudio en UNASUR, se procedería a crear un mecanismo arbitral semejante al CIADI, pero tendiente a resaltar la exclusión de temas sensibles a las políticas públicas de los Estados (salud, distribución de agua potable, energía), la transparencia y modos de elección de los árbitros y, particularmente, la exigencia del previo agotamiento de vías internas en los Estados para el acceso al sistema arbitral regional. Esta última cuestión, en el ámbito americano tiene una particular importancia, (aunque no se ha especificado aún plazos posibles para considerar agotada la vía interna) ya que implicaría un solapado retorno a la denominada "Cláusula Calvo", aunque relativizada en sus alcances[7], en razón que no excluiría la disputa de inversiones ante tribunales internacionales, pero significaría una postura diferente a la alcanzada por la jurisprudencia en el marco del CIADI, sobre el acceso a la jurisdicción arbitral.

Los esfuerzos por hacer que la formulación de normas y políticas económicas respondan al marco de los derechos humanos suele enfrentarse a importantes desafíos. Un primer obstáculo se plasma cuando se promueven reclamos basados en derechos (que por definición representa la otra cara de una obligación) en un entorno cada vez más globalizado de la economía y las inversiones en el que los principales actores no son ni partes de los instrumentos de derechos humanos vigentes que crean las obligaciones, ni se sienten obligados por dichos instrumentos. Suele sostenerse que la eliminación de la toma de decisiones sobre políticas económicas del nivel nacional también hace que resulte más difícil encontrar responsables. Permite que las instancias nacionales y supranacionales comiencen un “juego de culpas”, en el que cada uno hace responsable al otro de un resultado específico y se empaña la responsabilidad por la defensa del derecho en cuestión[8].

En diversas situaciones, las actividades empresariales en un mundo globalizado ha servido como catalizador de violaciones de derechos humanos como consecuencia de la ausencia de la protección institucional de los Estados y algunas empresas han explotado los vacíos jurídicos y la falta de protección de los derechos humanos para ampliar sus ganancias o eliminar opositores a sus actividades en terceros países. Al respecto, suele expresarse que para lograr un cambio paradigmático, se requiere un fuerte énfasis en las obligaciones de las empresas, particularmente en las obligaciones de las empresas en material de derechos humanos frente a la falta de cláusulas de estabilización en los contratos de inversión extranjera[9].

La presencia de las empresas multinacionales en el mundo actual, cuyo poder en muchas situaciones supera al de los propios Estados, ha ocasionado que el tema de la responsabilidad internacional de aquellas por violaciones de los derechos humanos vuelva a discutirse. Para algunos especialistas, es necesario encontrar nuevos caminos para responder a la globalización, dado que es posible sostener que los Estados son cada vez más irrelevantes y menos poderosos, por lo que la atención debe centrarse en otros actores tales como las empresas transnacionales e instituciones internacionales, en la medida que, en una economía globalizada, el mercado que acompaña la explotación económica y los conflictos armados ya no se encuentra exclusivamente en manos de los Gobiernos[10].

Debe aclararse que si bien en casos particulares, los tratados no establezcan reglas específicas sobre los derechos humanos, ello no implica que las inversiones no tengan ningún compromiso sobre el respeto de derechos humanos y estos problemas suelen apreciarse en la falta de reglas precisas que se utilizan en los ámbitos de solución de controversias para aceptar analizar posibles violaciones a derechos humanos por parte de los inversores que suelen ser argüidas como causas de las finalizaciones de contratos o expropiaciones[11]. Estas posturas en los ámbitos de solución de controversias de las inversiones extranjeras suelen ser controvertidas porque los Estados pueden enfrentar conflictos legales cuando sus compromisos internacionales en materia de protección de la inversión entran en tensión con sus obligaciones internacionales (y nacionales) para proteger los derechos humanos. Un ejemplo de ello suelen ser las disputas entre los inversores extranjeros y los Estados por las concesiones otorgadas para la gestión de agua potable y saneamiento de líquidos cloacales. Diversos arbitrajes en el sector del agua se han presentado en instancias del CIADI y otros tribunales. Si bien los detalles de cada controversia difieren y la información pública acerca de algunos de ellos es limitada, los casos han implicado el análisis de temas controvertidos

como el estudio y alcance de normas reglamentarias relativas a la calidad del agua, la fijación de precios del agua, el acceso al agua para los que no pueden pagar, y la expropiación pública frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales de las empresas.

La inmensa mayoría de los TBI no contiene referencias explícitas a los derechos humanos y ello ha llevado a laudos relevantes a asumir que el régimen jurídico de protección de las inversiones y el de esos derechos son dos campos herméticamente separados que no pueden interactuar de manera alguna. Como resultado de esa visión, laudos clave han ignorado la relevancia que los derechos humanos poseen al momento de dirimir una controversia entre el Estado receptor y el inversor. Son notables las implicancias políticas, sociales y económicas que ello puede acarrear en materia de inversiones extranjeras alojadas en el ámbito de los servicios públicos y los recursos naturales[12].

Particularmente en el ámbito sudamericano, la expansión de TBI que caracterizó a la década de los noventa no puede ser entendida como una negación, alejamiento o flexibilización de la decisión histórica de los Estados americanos de comprometerse con tratados de derechos humanos y someterse a la competencia de sus órganos de aplicación. Por una parte, suele señalarse que no es correcto leer los TBI de los años noventa en forma desligada de los tratados de derechos humanos ratificados anteriormente. Ciertamente, los pactos de derechos humanos no descansan en propósitos declarativos con pretensiones abstractas sino que poseen una vocación de efectividad que hace a su esencia. Si al momento de la aplicación de los TBI no se computa ese extremo, quien debe encargarse de evitar que se consuma el intento de sustraer a los afectados de esa red de garantías es en primer término el funcionario interno como agente inicial del control de convencionalidad[13]. Lo cierto es que en esta visión neoliberal de los años noventa con la firma de cientos de TBI, prácticamente desligó esas asociaciones de derechos entre TBI y derechos humanos, a pesar que muchos Estados ya contenían compromisos asumidos de derechos humanos antes de la firma de los TBI o por las condiciones que implicaban las cláusulas de estos tratados de inversión, los gobiernos nada hicieron por adecuar las normas a sus compromisos anteriores en materia de derechos humanos.

Pero esos problemas de falta de compatibilidad de normas internacionales, no solo tiene como potenciales sujetos implicados a los individuos. También los Estados como sujetos primarios de estos tratados se han encontrados constreñidos a la modificación de sus políticas públicas como consecuencia de cláusulas asumidas en los TBI que se asemejan más a condiciones pétreas de garantías a los inversores. Así, por ejemplo, cabe mencionar si las cláusulas de estabilización previstas en los TBI dejan el suficiente margen al Estado que recibe la inversión para adoptar políticas públicas que progresivamente mejoren el goce de los derechos sociales de la población; si crean incentivos para empresas que aplican la evaluación de impacto a los derechos humanos a sus actividades; y si promuevan un régimen de inversión que permite a Estado -tal como a los países de donde emana la inversión- cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, participación ciudadana, derecho a un medioambiente libre de contaminación, o la salud. Estos debates son los que cada vez más se perfilan en los casos ante tribunales arbitrales.

Si bien se puede considerar que la inversión extranjera, por sus fines, ayudaría a un mayor desarrollo del país posibilitando el mejor desempeño de estándares de derechos humanos, no siempre ese es el camino. Cabe recordar que la participación de inversores en ámbitos de servicios públicos se suele efectivizar a través de la privatización de los órganos estatales que se responsabilizaban de hacerlo. Con este nuevo cambio en la gestión del acceso al servicio muchas veces esa nueva política de administración no es acorde a tener una perspectiva de derechos humanos en, por ejemplo, garantizar el acceso al agua potable a ciudadanos que no pueden pagar una tarifa mayor por el servicio. Algunos casos paradigmáticos han sido los planteados ante el CIADI como Aguas del Tunari c/ Bolivia, los asuntos Aguas Argentinas y Aguas del Aconquija c/ Argentina o Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ Tanzania[14] entre otros. Diversas situaciones pueden enunciarse en casos donde la inversión extranjera es necesaria para el desarrollo industrial de un sector de la economía nacional pero como producto de no garantizar estándares de calidad en la explotación industrial, los efectos medioambientales en la región y en los habitantes son de relevancia, generando una violación a los derechos humanos de éstos. Casos como López Ostra c/ España o Guerra y otros c/ Italia ante el sistema de derechos humanos europeo[15]; o el asunto Tecmed c/ México[16] en el ámbito del CIADI, así lo han señalado. A ello podemos sumar problemáticas más complejas que involucran a los Estados y a los inversores, tal el caso de las concesiones de explotación de recursos naturales no renovables en zonas donde habitan comunidades indígenas, las cuales, en muchos casos ya habían obtenido un reconocimiento formal de sus territorios por parte del Estado. Estos han sido los casos (entre otros) de Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c/ Nicaragua o Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador, ante el sistema interamericano de derechos humanos[17].

Estas circunstancias recuerdan que no siempre los Estados son proactivos en exigir a los inversores extranjeros estándares de respeto de derechos humanos, conllevando que por acción u omisión, algunos de ellos se tornen responsables de violaciones que van mucho más allá de simples incumplimientos de estándares técnicos, ya que conllevan en algunos casos, la aplicación de detenciones arbitrarias, el financiamiento de grupos armados o el asesinato de dirigentes sindicales o indígenas. Situaciones como estas, a pesar de ser evidentes en algunos casos, no siempre son analizadas por los tribunales arbitrales, en razón de tener éstos (formalmente) una competencia acotada a las normas propias de los TBI y no de otro tipo de regulación de tratados internacionales.

## *1.2. Normas reguladoras de comportamiento de empresas e inversores en respeto de derechos humanos.*

Esta cuestión sobre las relaciones entre inversiones y derechos humanos también es parte de un debate más amplio sobre cómo abordar las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas al hacer negocios en el extranjero. Aunque algunos instrumentos internacionales, están dirigidos específicamente a las actividades de las empresas y los inversores, las obligaciones contenidas en estos instrumentos son vinculantes para los Estados Contratantes pero no tanto para las empresas. El actual derecho internacional de carácter convencional, generalmente no impone ninguna obligación legal directa a las empresas (salvo excepciones como el ámbito europeo de derechos humanos). Sin embargo, el derecho internacional tampoco impide a los Estados firmar tratados (tales como TBI) que impongan obligaciones de derechos humanos a los inversores.

Esto es por ejemplo, la conclusión a la que arribó John Ruggie, ex Representante Especial de la ONU para las Empresas y los Derechos Humanos, en una encuesta a representantes de empresas multinacionales[18]; una iniciativa no vinculante de cerca de 8.700 participantes corporativos y otros actores involucrados de más de 130 países que se han comprometido a respetar diez principios universales extraídos de cinco instrumentos internacionales de derechos humanos[19]. En junio de 2011, Ruggie presentó su informe final al Consejo de Derechos Humanos, el cual incluye como pieza principal los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos[20], como puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar la violación de derechos humanos”. Estos principios aunque no son de naturaleza jurídica, pueden ser aplicados como estándares muy influyentes en la conducta de las empresas[21].

Las propuestas del profesor Ruggie también han influenciado en el proceso de “actualización” de las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales[22]. Los Estados miembros de la OCDE decidieron en junio de 2010 incorporar un nuevo capítulo sobre derechos humanos en las nuevas directrices, que son el único instrumento internacional dirigido únicamente a las empresas y que cuenta con un mecanismo de promoción y seguimiento (el sistema de Puntos de Contacto Nacional), el cual es muy débil y se limita generalmente a la mediación y conciliación de disputas. Las directrices de la OCDE actualizadas señalan que las empresas deben respetar los derechos humanos, deben evitar contribuir a las violaciones cometidas por otros, deben llevar a cabo procesos de debida diligencia a nivel interno y deben establecer mecanismos de reparación. En igual línea puede aludirse la utilización de los postulados de la Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La Unión Europea (UE) adoptó en octubre de 2011 una Comunicación sobre Responsabilidad Social de las Empresas e hizo explícita referencia a varios instrumentos de derechos humanos que consagran la responsabilidad empresarial de respetar y prevenir su violación, además de remediar el daño causado[23].

La existencia de estas normas de soft law demuestra que a pesar de no existir normas vinculantes en los TBI que establezcan obligaciones a los inversores, las empresas radicadas principalmente en los Estados desarrollados ya se estarían comprometiendo a llevar adelante conductas que eviten el menoscabo de derechos humanos en terceros países. En tal sentido, la incorporación de tales reglas o la mención de los principales tratados de derechos humanos mencionados en estas reglas en los TBI, se consideran posibles pasos necesarios para la adecuación de los TBI con normas de derechos humanos. Aunque algunas empresas hayan expresado su voluntad de respetar estándares de derechos humanos, actualmente se comprueba como poco probable que los Estados estén dispuestos a transformar estos instrumentos jurídicos no vinculantes en vinculantes al incorporarlos simplemente a sus TBI, ya que por más que formalmente se demuestre voluntad de cambio, en la actualidad los Estados desarrollados de los que provienen principalmente los inversores y empresas no son proclives a modificar las cláusulas de los TBI firmados en los años noventa.

Hacer una referencia a tratados internacionales específicos en los TBI es solo el primer paso a considerar cuando se pretende mejorar la protección de los derechos humanos en el contexto de estos tratados bilaterales. La cláusula de solución de diferencias entre inversor y Estado contenida en los tratados también debería contener disposiciones donde se indique

específicamente la manera en que serán aplicadas las obligaciones de derechos humanos impuestas al inversor ante un tribunal arbitral. O que la protección de un inversor en virtud de un TBI podría verse condicionada por su respeto a las obligaciones de derechos humanos, también denominada como doctrina de manos limpias (clean hands doctrine)[24]. Si un tribunal llega a la conclusión de que un inversor ha cometido violaciones de derechos humanos contrario a sus obligaciones asumidas bajo un TBI, podría encontrar inadmisibles el reclamo del inversor. De hecho, varios tribunales arbitrales ya han hecho uso en forma excepcional, de la doctrina de manos limpias sosteniendo que carecían de jurisdicción o que un reclamo era inadmisibles frente a una conducta ilegal de un inversor, tal como una representación errónea del demandante, fraude o corrupción[25]. Otra de las opciones en la aplicación de normas de derechos humanos en los TBI, sería de aplicación al momento que frente a las acusaciones de incumplimiento del TBI por parte del Estado, se arguyan la existencia de violaciones de derechos humanos por parte de los inversores, actuando como un mecanismo de compensación de daños mutuos. Un tribunal, por ende, debería tener en cuenta estas argumentaciones al momento de determinar los méritos de la diferencia. Tales alegaciones también deberían tener un impacto en la evaluación de indemnización del tribunal por los daños reclamados por un inversor.

### *1.3. Ciertos abordajes de los tribunales sobre las relaciones entre los derechos de los inversores y los derechos humanos.*

Cuando se analizan los casos llevados ante los tribunales arbitrales, se puede apreciar que uno de los sectores sobre los que más solicitudes de arbitraje se han registrado, está relacionado con el sector de los servicios de agua potable y saneamiento. Durante la última década, se han desarrollado por lo menos una docena de arbitrajes de tratados bilaterales de inversión iniciados contra diferentes gobiernos con respecto a disputas en estos sectores. Como se expresara anteriormente, un número importante fueron presentados contra Argentina[26], mientras que otros dos lo fueron contra países como Bolivia (Aguas del Tunari)[27] y Tanzania (Biwater)[28], respectivamente. En la mayoría de esos casos, a pesar que los Estados habrían efectuado importantes argumentos a favor de establecer una relación entre las medidas estatales adoptadas y el respeto de los derechos humanos de sus habitantes, los árbitros han sido reticentes a seguir esta línea de adecuación entre políticas públicas y derechos humanos como limitación de las responsabilidades frente al inversor. 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 anfitrión[29].

Diversos casos relevantes se presentaron ante los tribunales del CIADI, tales como los asuntos Aguas Argentinas (Suez), Grupo AWG, Azurix y otros[30], en donde los árbitros sostuvieron que no les correspondía determinar si el inversor había vulnerado los derechos humanos de la población bajo su servicio, al no cumplir con las obligaciones contractuales de la extensión de la red de agua y saneamiento, principalmente a zonas carenciadas o de bajos recursos[31]. Estos aspectos sobre derechos humanos también han sido invocados por el gobierno en su defensa, en las que argumentó que las medidas tomadas durante la crisis



financiera eran necesarias para proteger el derecho humano al agua de la población afectada.

Sin embargo, no debe omitirse, que teniendo en cuenta la obligación de los tribunales de analizar el caso en base al derecho aplicable en la controversia, (artículo 42 del Convenio de Washington), y siendo en la mayoría de los casos tanto el derecho local como el internacional el derecho a ser aplicado, podrían los árbitros tener en consideración otras normas protectoras de derechos humanos propias del derecho vigente en el territorio de la controversia. El campo de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, los derechos de los pueblos originarios, la salud pública, todos ellos representan en la práctica un desafío para el intérprete que debe decidir qué norma aplicar. Esto presume que los árbitros están facultados para resolver disputas que involucran derechos humanos y que los TBI no excluyen la aplicación de otras normas relevantes del Derecho Internacional[32]. En ese marco, y teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de los TBI no enuncian referencias a los derechos humanos, es que las reglas en materia de conflictos normativos deberían asumir una importancia creciente en los arbitrajes de inversión[33].

Sobre éste último aspecto, basta recordar que un conjunto de normas de derechos humanos, constituyen obligaciones de *ius cogens* en el derecho internacional, por lo cual, atento a su carácter de normas imperativas, se encuentran en una pirámide superior a otras, entre ellas, las del derecho internacional de las inversiones, aspecto que los árbitros no deberían omitir en sus considerandos. Al respecto, los árbitros deberían también tener en cuenta las interpretaciones que los órganos especializados de establecer los alcances de los tratados efectúan. Sobre el derecho de acceso al agua por ejemplo, basta recordar que el Comité de Derechos Sociales y Culturales, en su Observación general N° 15, (aunque una interpretación no vinculante pero fidedigna de los derechos económicos, sociales y culturales), ha establecido una serie de medidas que los gobiernos pueden adoptar, incluyendo la de asegurar que a las terceras partes (inversores) 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[34].

Una particularidad sobre estos aspectos abordados, es que en Latinoamérica, la mayoría de violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales se han cometido en territorios habitados por pueblos originarios o relacionados con dichas comunidades. Esto puede deberse a dos motivos; uno geográfico: estos territorios, generalmente, se encuentran en zonas alejadas que albergan una gran cantidad de recursos naturales; y otro social: son poblaciones en condición de vulnerabilidad por su situación de pobreza y marginación.

Como muestra de las dificultades en el planteamiento de aspectos relacionados por violaciones a derechos humanos en el ámbito de las inversiones extranjeras, muchos de estos casos se han planteado ante organismos regionales de derechos humanos y no primordialmente por los Estados ante órganos arbitrales de inversión. Los organismos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, han conocido varios casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas. El primer caso que marcó un hito internacionalmente, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte Interamericana") determinó violaciones de derechos indígenas, es el asunto de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua, particularmente bajo una amplia interpretación del derecho a la propiedad y el derecho a la vida[35].

Parte de los casos ante la Corte Interamericana están enmarcados en las controversias por la falta de consulta a dichas comunidades por parte del Estado al momento de decidir otorgar derechos de explotación de los territorios donde estos se encuentran a inversores extranjeros amparados en contratos celebrados con el Estado y por las cláusulas de TBI. Aunque no existe norma alguna que faculte a las comunidades indígenas a ejercer un derecho de veto sobre una decisión del Estado respecto a la explotación de sus recursos naturales, en especial aquellos bajo la superficie. En este sentido, los procedimientos establecidos para lograr acuerdos o consensos deben tomar en consideración, en todo momento, la importancia política del derecho a ser consultados para los pueblos indígenas y, de igual forma, el deber que se deriva de esta obligación internacional para los Estados[36]. Consecuentemente, de conformidad con estos criterios, se puede sostener que el derecho a ser consultados no debe ser entendido como un simple procedimiento informativo, una formalidad, sino un mecanismo para crear un espacio de diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado. Este derecho de consultas a su vez ya se encuentra plasmado en el Convenio 169 de la OIT, cuyo instrumento se encuentra vigente en la mayoría de los países latinoamericanos.

Este derecho de consulta, ha estado relacionado a otros casos ante la Corte Interamericana. Cabe aludir a los asuntos *Claude Reyes c/ Chile*[37] en la cual se planteó en instancias jurisdiccionales las violaciones de las normas del Pacto de San José de Costa Rica por parte del Estado chileno, al negarse a la sociedad civil (principalmente a pueblos originarios) el acceso a la información sobre una inversión extranjera de explotación forestal por razones de interés público ya que estas prácticas, a criterio del Estado, vulnerarían el interés colectivo que se había fijado el país respecto a la promoción de inversiones; o más recientemente el fallo del tribunal en el asunto del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador[38]. Este caso representó un punto de inflexión por parte de cómo los Estados deben respetar y consultar a los pueblos originarios a quienes se les han reconocido derechos ancestrales sobre la tierra, de no disponer de ella sino previo acuerdo de las comunidades. En mayo de 1992 el Estado ecuatoriano adjudicó en la provincia de Pastaza y en forma indivisa, un área de cerca de 222.094 hectáreas a favor de las comunidades del Río Bobonaza, entre las cuales corresponden a Sarayaku aproximadamente unas 135.000 hectáreas. Sin embargo en 1996 el Estado suscribió un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el denominado “Bloque 23” entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) (en adelante “CGC” o “compañía CGC” o “empresa CGC”) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. Sin embargo parte de ese bloque comprendía más de la mitad de los territorios reconocidos anteriormente a los pueblos originarios. Frente a la inacción del Estado en rever la medida, el caso llegó al sistema interamericano donde se obtuvo una sentencia favorable a los pueblos originarios y sus derechos de protección del ambiente y culturas donde se desarrollan.

En otro caso que tuvo involucrado al Estado ecuatoriano, el asunto *Chevron c/ Ecuador*[39], en donde se generó complejos procesos arbitrales por una parte, en razón de las demandas de la multinacional petrolera contra el Estado por violación de acuerdos de protección de las inversiones, pero que por otra parte, el Estado ecuatoriano planteó demandas ante tribunales locales por violación de normas medio ambientales por parte de la empresa Texaco que luego fuera adquirida con los pasivos ambientales por parte de Chevron. Una

Corte de Sucumbíos-Ecuador dispuso el pago de US\$9.510 millones por graves daños ambientales, pero la empresa se ha negado a reconocer la sentencia al considerarla violatoria de los sentencias ante tribunales arbitrales que condenaban al Estado ecuatoriano. Desde 1964 a 1992, la petrolera Texaco se dedicó a la extracción de crudo en la Amazonía ecuatoriana. En ese periodo, habría vertido 80.000 toneladas de residuos petrolíferos en la zona de Lago Agrio, 85 veces superior a la vertida por BP en el desastre producido en el Golfo de México, lo que habría provocado daños ambientales devastadores como, según peritos internacionales, la muerte de más de mil personas afectadas de cáncer; la desaparición de dos pueblos ancestrales (Tetetes y Sansaguaris), junto con la migración de las comunidades Cofan, Siona y Secoya, así como la afección de la ganadería y la pesca de la zona. En suma, graves atentados al medio ambiente y a los derechos humanos.

Cabe señalar que, como se ha expresado anteriormente, los árbitros suelen ser poco proclives a incorporar análisis de perspectivas de derechos humanos en casos de arbitrajes en donde el Estado procura una justificación de responsabilidad amplia o parcial, pero paradójicamente en ciertos casos, los tribunales arbitrales han enunciado la búsqueda de una interpretación desde una perspectiva de derechos humanos para aludir la protección que tiene todo inversor a que no se le vulneren sus derechos humanos (entendido en su caso como una protección accesoria a la propia garantía de protección del inversor ya incorporada en los TBI).

En diversos casos ante tribunales arbitrales bajo reglas del TLCN o del CIADI se han esgrimido estas solicitudes. Fue llamativo el laudo del asunto CMS c/ Argentina, en el cual el tribunal denegó toda argumentación esgrimida por el Estado por la cual había esgrimido que las medidas adoptadas estaban justificadas en mitigar la crisis económica y social que afectaba derechos humanos de sus habitantes, pero donde se enfatizó en el derecho a la propiedad privada del inversor casi como un derecho humano primordial a ser respetado por el Estado[40].

En el asunto *Mondev c/ Estados Unidos*[41] 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 audiencia. En otros casos de arbitraje, incluyendo la causa *Tecmed c/ 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 propiedades. 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 c/ Argentina*, el tribunal del CIADI refrendó el enfoque adoptado en la causa *Tecmed* 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 Unidos.

La prohibición de la discriminación es otra herramienta de los derechos humanos que los inversionistas han utilizado en sus dos facetas. En la primera, aparece como un argumento que pretende protegerlos en contra del trato diferenciado con respecto a los nacionales y se fundamenta, sobre todo, en la cláusula de trato nacional. En el segundo caso, particularmente en el diferendo que opone a Grand River Enterprises c/ Estados Unidos[42], los inversores reclaman la adopción de medidas afirmativas que los diferencien y beneficien en el trato con respecto a los demás y basan sus argumentos en la necesidad de interpretar las normas del TLCAN conforme al derecho internacional y, en particular, a la luz de los derechos humanos. En este sentido, insisten en la obligación de los Estados Unidos de adoptar las acciones afirmativas que garanticen los derechos de las poblaciones originarias al momento de interpretar el trato justo y equitativo.

Pero no solo en Latinoamérica se han sucedido estos casos, sino que pueden avizorarse situaciones de vulneración de derechos humanos en otras partes del planeta. En 2005 la empresa canadiense TVI Pacific Inc. Comenzó a explotar la mina Canatuan en la isla de Mindanao (Filipinas). Las operaciones mineras forzaron el desplazamiento de muchas familias, dividieron al pueblo indígena local conocido como subanon, privaron a miles de pequeños mineros de su medio de subsistencia y afectaron negativamente a los agricultores dedicados al cultivo del arroz y a los pescadores que vivían aguas abajo, debido al aumento de los niveles de sedimentos y metales en los ríos y arroyos próximos. Uno de los aspectos más polémicos de la mina es que está situada en la cima del monte Canatuan, considerado sagrado por el pueblo subanon[43].

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 c/ 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 corrompida 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.

En situaciones semejantes, cabe aludir al asunto Bozbey c/ Turkmenistán, en la que se reclamaron ante el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, las violaciones de derechos humanos a las que fue sometido un inversor turco en ese país[44]. El Comité evaluó las denuncias de un hombre de negocios turco que había sufrido violaciones de los derechos humanos después de ser condenado ilegalmente por la comisión de delitos económicos. Esto llevó a que se presentara una demanda por indemnización bajo el TBI entre Turquía y Turkmenistán. Este caso pone de relieve nuevamente la interacción interesante entre los derechos humanos y los regímenes de protección de inversiones. Omar Faruk Bozbey, el propietario y presidente de una empresa

de construcción, se trasladó a Turkmenistán a finales de 1990 para construir un complejo agro-industrial. En virtud de un decreto presidencial, se firmó un contrato entre la empresa y la Fundación del presidente de Turkmenistán, que eximía a la empresa del pago de impuestos y derechos de aduana. El Sr. Bozbey alegó que en 2003 se le pidió pagar un soborno de 200.000 dólares y la construcción de un helipuerto para el Presidente de Turkmenistán, a expensas de la empresa. Tras la negativa del Sr. Bozbey, su oficina fue registrada y todos los documentos de la compañía fueron confiscados con las autoridades fiscales de Turkmenistán, exigiendo el pago de impuestos y multas por un valor de \$ 1.3 millones de dólares. Se iniciaron acciones penales contra el Sr. Bozbey sin que éste accediera a un traductor. En abril de 2004 el señor Bozbey fue declarado culpable de varios delitos económicos, entre ellos evasión de impuestos, sus propiedades fueron confiscadas y fue condenado a 14 años de prisión. En prisión, el Sr. Bozbey afirmó que estuvo sujeto a condiciones degradantes y humillantes, como el tamaño y las condiciones de su celda, la cantidad de comida y agua y el maltrato por los guardias de la prisión. El Sr. Bozbey alegó que fue torturado en varias ocasiones porque no quiso firmar una confesión. En octubre de 2005, Sr. Bozbey fue puesto en libertad tras la intervención de la embajada turca y un indulto presidencial.

Aspectos relacionados a la protección de la inversión y los derechos humanos de los inversores, también han sido planteados ante la Corte Internacional de Justicia. Recientemente el tribunal dictó sentencia en el asunto Ahmadou Sadio Diallo en el cual el gobierno de Guinea demandó a la República democrática del Congo (Ex Zaire) por graves violaciones contra las inversiones que el Sr Sadio Diallo había efectuado durante 30 años, que le fueron confiscas, a la vez de haber sido sometido a encarcelamiento por parte de las autoridades del Estado y expulsado del territorio[45].

Para los críticos, existirían razones para no integrar estas dos áreas del Derecho Internacional, la primera es que parecería que en cada litigio en el cual alguna de las partes no quedará satisfecha con el laudo arbitral se tendría la opción de acudir a las Cortes de Derechos Humanos para que la decisión tomará otro curso, después obviamente de haber agotado los recurso internos del Estado. Podría entonces el Estado terminar acuerdos unilateralmente con el argumento de la salvaguarda de los Derechos Humanos. En este sentido, se desviaría la razón u objetivo último de ser del acuerdo Arbitral o de lo que constituye la solución alternativa de controversias[46].

Al interior de los tribunales de derechos humanos como es el caso de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se ha debatido si la aceptación del acuerdo arbitral constituye una renuncia al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre el debido proceso. En el caso Nordstrom Janzom c/ Países Bajos, se sostuvo que se había violado dicho artículo, ya que en el proceso los árbitros no habían actuado de manera imparcial e independiente, tema de salvaguarda del interés público del Estado, lo que para el momento demostró que no se estaba renunciado al debido proceso por acudir al tribunal arbitral[47], ya que se debían seguir la reglas del debido proceso. Pero para otros, el acuerdo arbitral puede estar diseñado por las partes en términos diferentes que no entran o no concuerdan con el diseño y objeto del artículo 6 de la Convención, por lo que hay razón para no aplicar dicho artículo a un procedimiento diferente, acordado por las partes[48]. Algunos otros opinan que el debido proceso en derechos humanos tiene su esfera de actuación en el Estado, a diferencia del debido proceso a nivel del arbitraje internacional donde su esfera de actuación radica en las partes y por ende en el acuerdo Arbitral[49]. Podría afirmarse que los

árbitros, por tratarse de un acuerdo privado, tienen la discreción de aplicar o no el artículo 6 de la Convención. Pero también es cierto que existe una relación triangular o indirecta entre el Estado, el Árbitro y la Convención, por lo cual, si el tribunal de arbitraje llegase a violar de alguna forma el artículo 6 de la Convención, y dicho laudo fuese ante la autoridad competente del Estado, autoridad que a su vez no lo anula, podría dicha decisión llegar a ser llevada ante la TEDH[50].

En el caso Taskin y otros c/ Turquía, los demandantes denunciaron al Estado de Turquía por la autorización de la explotación de una mina de oro que se encontraba próxima a las viviendas de los denunciantes[51]. De este modo, alegaban que el proceso de explotación en el cual se utilizaba cianuro producía una contaminación considerable en la comunidad. El vínculo ya establecido entre la preservación del medioambiente y la protección efectiva del derecho al respeto a la vida privada y familiar por medio de la jurisprudencia del Tribunal permitió que este declare la violación del artículo 8 de la Convención Europea. Asimismo, el Tribunal declaró la violación del derecho a un proceso equitativo contenido en el artículo 6 de la Convención, dado que las autoridades públicas no ejecutaron las sentencias que los demandantes tenían a su favor.

Muchas son las situaciones planteadas en general, por las cuales se pueden apreciar que existen continuos conflictos entre las normas de derechos de los inversores y los derechos humanos. Sin embargo, salvo la existencia de ciertos tribunales arbitrales o de derechos humanos de carácter regional en el que los particulares deben agotar las vías internas jurisdicciones de los Estados en donde se efectuaron los hechos, los demandados suelen ser los Estados y no las empresas internacionales que efectuaron inversiones y generaron ciertas violaciones a los derechos humanos. Ello trae a colación el problema de la necesaria extraterritorialidad de tribunales para demandar la reparación por violaciones a los derechos humanos, ya que en el país donde fueron perpetrados no es posible el acceso a la justicia.

Uno de estos casos por denuncias de violaciones a derechos humanos cometidas bajo la complicidad o acción de empresas multinacionales, ha sido el asunto Kiobel c/ Royal Dutch Petroleum C.O, ante los tribunales de los EE.UU y que recientemente la Corte Suprema de Justicia decidiera su situación denegando jurisdicción por razones de falta de conexión con el país del demandante o del hecho ocurrido[52]. Este caso involucra acusaciones de indígenas Ogoni de Nigeria contra la empresa Shell por complicidad en violaciones graves de los derechos humanos en ese país. En febrero de 2011 la sala de apelaciones decidió, por mayoría, que el derecho consuetudinario internacional no puede aplicarse a las sociedades mercantiles y por lo tanto esas sociedades/empresas no pueden ser demandadas bajo el Alien's Tort Act[53] que data del año 1789. Esta ley permite que personas que no son ciudadanos estadounidenses (extranjeros) presenten demandas civiles en los tribunales estadounidenses por las violaciones manifiestas de los derechos humanos que pudieran haber sufrido aun si el daño hubiera ocurrido fuera de los Estados Unidos. Esta ley ha sido interpretada de manera uniforme desde 1995 como aplicable a agentes que no son estatales, es decir a agentes privados acusados de violaciones graves del derecho de las naciones o del derecho internacional consuetudinario[54]. Por lo general, cuando se habla de responsabilidad jurídica de las empresas se suele prestar atención a la jurisdicción de los Estados Unidos. Esto se debe a que hay una gran cantidad de casos pendientes ante los tribunales contra empresas multinacionales debido a que las normas procesales son por lo general muy favorables a la interposición de demandas judiciales. Sin embargo, las jurisdicciones de Estados Unidos no son concordantes. En mayo de 2011, una Corte del

Circuito Séptimo en Illinois declinó seguir el precedente de Kiobel y aceptó, en el caso *Flomo c/ Firestone*, que las empresas pueden ser jurídicamente responsables por violaciones de derechos humanos[55].

## II. Reflexiones finales [arriba] -

Luego de una amplia expansión de los TBI en las últimas décadas, se aprecia como los Estados cada vez más son más proclives a comenzar a establecer excepciones en sus acuerdos o que se garanticen a los países receptores de la inversiones, la posibilidad de adecuar sus normas a los cambios sociales y la necesaria protección de medio ambiente para lograr un adecuado proceso de desarrollo, propio de los objetivos de los TBI.

La potestad reguladora del Estado ya no es apreciada como una situación condicionada por las cláusulas de estabilización o cláusulas paraguas que impacta en la futura protección de los derechos humanos de los ciudadanos frente a situaciones no previstas por las partes. Temas como el acceso básico a la salud, derechos laborales o preservación del medio ambiente frente a inversiones a largo plazo, son cada vez más tenidas en cuenta por los Estados y los miembros de la sociedad civil cuando reclaman TBI acordes a ser adecuados con normas de derechos humanos. Así, se podría avanzar en la reformulación de TBI al hacer referencia a las responsabilidades de las empresas en el preámbulo del tratado, lo que tendría un impacto positivo. El preámbulo es una parte contextualmente importante de un tratado y podría servir para indicar y dar un guía al objeto y propósito del tratado. Sin embargo, una simple referencia a los derechos humanos en el preámbulo no generaría ninguna obligación sustantiva para los inversores. Una forma más prometedora sería hacer una referencia explícita a obligaciones de derechos humanos en el texto principal del TBI. El tipo de lenguaje utilizado es otro tema pertinente e igualmente importante. Meramente alentar a los inversores a hacer algo no ha funcionado en el pasado y es muy poco probable que sea una solución efectiva en el futuro. Por lo tanto, resulta primordial que las disposiciones de un tratado generen obligaciones legales que fuercen la adopción de una determinada conducta por parte de los inversores. Una solución más directa sería que en los TBI se efectúen referencias directas a instrumentos internacionales reconocidos que las empresas en sus compromisos de reglas y normas de soft law o bien plasmar aquellos tratados de mayor consenso entre los Estados partes de los TBI o que son aplicables en sus respectivos Estados.

A modo de ejemplo, en el modelo de TBI de EE.UU de 2012 se plasman la obligación de las partes de conducir sus compromisos en virtud de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo y reconocer la importancia de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente. Otros instrumentos como el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia reafirman su compromiso con los principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los efectos que han causado el uso desmedido de cláusulas abusivas o las acciones de inversores que amparándose en vacíos legales o la impunidad frente a actos de corrupción con agentes del Estado, pueden generar (y lo han hecho) graves violaciones a los derechos humanos y como tal, deben ser plasmados en los TBI o la obligación de los árbitros de efectuar una interpretación amplia del derecho aplicable a la controversia desde una

perspectiva concordante con obligaciones de derechos humanos. Un claro compromiso social y legal del inversor en implementar sus inversiones en concordancia con pautas de derechos humanos, no solo permitirá una mejor inversión y que conlleve a un diálogo cercano con la comunidad en la que se desarrolla, sino que contribuye a una mejor confianza de las inversiones que permitan un adecuado desarrollo del territorio donde se implementan. Este es el necesario compromiso y desafío de interacción entre inversión y derechos humanos.

#### Notas [arriba] -

*\* Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba y Blas Pascal). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Contacto: sommer\_g@hotmail.com*

[1] Cfr. Carrillo Salcedo, J. A. “Permanencia y cambios en el derecho internacional”. Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional. (Castellón, Edit. Aranzadi), Vol. III, Valencia, 1999, pp. 223 y ss.

[2] Cf. vandevelde, K. J. “The political economy of a bilateral investment treaty”. The American Journal International Law. n° 92, Octubre de 1998, p. 621 y ss.

[3] Cf. Bachand, R “Droit de l’investissement et droits humains dans les Amériques”. Annuaire français de droit international, (CNRS Editions), Vol. XLIX, París, 2003, pp. 575 y ss; Dupuy, P. M, et al. Human Rights and International Investment Law and Arbitration. Oxford University Press, London, 2009; Fry, J. “International human rights law in investment arbitration, evidence of international law’s unity”. Duke Journal of Comparative & International Law, Duke University, Durham, 2007, p.77 y ss; Fayt, C. La Constitución Nacional y los tratados internacionales de arbitraje. Edit. La Ley, Buenos Aires, 2007; Kriebaum, U. “Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights”. En Reinisch, A. y Kriebaum, U. (Edit), The Law of International Relations. Liber, Amicorum Hanspeter Neuhold. Eleven Publishing, Netherlands, 2007, pp. 165 y ss; Perez, J. et al. Sleeping Lions. Tratados Internacionales de Inversión, conflictos Estado -Inversor y acceso a alimentos, tierra y agua. Documento de trabajo. OXFAM, Londres, 2011. Disponible en: [http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/dp-sleeping-lions-260511-es\\_0.pdf](http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/dp-sleeping-lions-260511-es_0.pdf), (Consulta del 10 de mayo de 2011); Peterson, L. E. Derechos Humanos y Tratados Bilaterales de Inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y estados. Centro Internacional de Derechos Humanos y Democracia, Montreal, 2009. Disponible en: [www.dd-rd.ca/site/\\_PDF/publications/.../HIRA-volume3-SPAN.pdf](http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/.../HIRA-volume3-SPAN.pdf), (Consulta del 16 de mayo de 2011); Puvimanasinghe, S. F. Foreign Investment, Human Rights and the Environment. Martinus Nijhoff, Leiden, 2007; Ruggie, J. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights. 7 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.business-humanrights.org>, (Consulta del 24 de noviembre de 2011); Tzevelekos, V. “In search of alternative solutions: Can the State of origin be held responsible for investor’s human rights abuses that are not attributable to it?” Brooklyn Journal of



International Law. Brooklyn Law School, Vol. 35, New York, 2010, pp. 155-232; Van Den Herik, L. y Cernic, J. "Regulating Corporations under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again", Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, Vol. 8, pp. London, 2010, 725-743; Weiler, T. "Balancing human rights and investor protection: A new approach for a different legal order". Boston College International and Comparative Law Review, (Vol. 27), 2004, p. 429 y ss.

[4] Cfr. Olarte Bácares, D. "El derecho internacional de las inversiones en América Latina: El reencuentro con los derechos humanos". Realidades y Tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho Público. Tomo VI. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá - Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 694-695.

[5] La UNASUR, fue creada por el tratado constitutivo del 28 de mayo de 2008 y entró en vigor el 11 de marzo de 2011. Reúne a los países de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

[6] En el mes de junio de 2009, durante la 39ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Ecuador, propuso que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al CIADI. En el mes de diciembre de 2010 en Guyana, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR decidieron de manera unánime que Ecuador debía presidir el grupo de trabajo sobre solución de controversias e inversiones. En la misma reunión, Ecuador presentó un proyecto de reglamentación del centro arbitral. Actualmente, el mencionado grupo de trabajo se encuentra analizando la propuesta, que va a ser presentada ante los países miembros de UNASUR para su posterior aprobación.

[7] Cfr. Shreuer, Ch. "Calvo's Grandchildren: The return of legal remedies in Investment Arbitration". The Law and Practice in International Courts and Tribunals, n° 1, Leiden, 2005, p. 4.

[8] Caliari, A. "Comercio, Inversiones, Finanzas y Derechos Humanos: Tendencias, Desafíos y Oportunidades". Revista Sur. Vol. 6, n. 11, Sao Pablo, dic. 2009. p. 155-175.

[9] Cernic, J. L. "Corporate Human Rights Obligations and International Investment Law". Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Bogotá, 2010 (II), p. 243 y ss.

[10] Clapham, A. Human Rights Obligations of Non-State Actors. Oxford University Press, Nueva York, 2006. p. 28.

[11] Cf. Bohoslavsky, J.P. - JUSTO, J.B. "Control de convencionalidad de los arbitrajes de inversión". Revista de Derecho Público. Año 2010-2, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires. pp. 256 y ss; Bohoslavsky, J. P. y Justo, J. B. Protección del Derecho Humano al agua y arbitraje de Inversión. CEPAL - GIZ, Santiago de Chile, 2011. pp. 18 y ss.

[12] Jacob, M. International investment agreements and human rights, Universität Duisburg-Essen, INEF Research Paper Series Human Rights, N° 03/2010. p. 29.

[13] Bohoslavsky J. P. y JUSTO, J. B. Protección del Derecho Humano al agua y arbitraje de Inversión. CEPAL - GIZ, Santiago de Chile, 2011. p. 24.

[14] CIADI. "Aguas del Tunari S.A. (Bechtel) c/. Bolivia", (Caso N° ARB/02/3); "Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A c/ Argentina". (Caso N° ARB/03/19); "Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi SA c/ Argentina" (Caso N° ARB/97/3); "Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/. Tanzania", (Caso N° ARB/05/22). En estos casos se ventilaron cuestiones relacionadas al impacto de las reclamaciones de los inversionistas a tenor de los estándares de salud pública, y el acceso a servicios esenciales, como son el agua potable y la recolección de aguas servidas. También es relevante mencionar el rol desempeñado por la sociedad civil en la utilización del amicus curiae como instrumento de participación y de acceso a la información.

[15] TEDH. "López Ostra c/ Reino de España". Sentencia del 9 de diciembre de 1994. Serie A, n° 303, "Guerra y otros c/ Italia". Sentencia del 19 de febrero de 1998, RJD, 1998-I. Estos casos, relacionados con la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos involucraron sucesivamente causales como polución, el tratamiento de residuos urbanos y fábricas de fertilizantes.

[16] CIADI. "Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c/. México", (Caso N°

ARB(AF)/00/2); el tribunal analizó una disputa relacionada a cuestiones de demanda por expropiación frente a graves causales de polución industrial y afectación del medioambiente.

[17] Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c/ Nicaragua”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 31 de agosto de 2001; “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador”, Sentencia de Fondo del 27 de junio de 2012.

[18] UN. Report of the High Commissioner for Human Rights, Trade and investment (John Ruggie), February 2006 E/CN.4/2006/97.

[19] Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).

[20] Naciones Unidas, New York, HR/PUB/11/4. (2011). Disponible en: [www.ohchr.org/Documents/.../GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/.../GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf) (consulta del 23 de julio de 2013).

[21] Entre estos principios aplicables a las empresas se pueden destacar los siguientes:

a) Las directrices implican la inhibición de las empresas en relación con actos que pudieran infringir los derechos humanos, pero también requieren acciones para evitar daños. El deber de acción puede también acrecentarse según los contextos, por ejemplo, cuando se trata de empresas de servicios sociales o empresas públicas.

b) La responsabilidad de las empresas se define con referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho internacional del trabajo

c) La responsabilidad está relacionada con las acciones directas de las empresas e inversores y también con los impactos causados por éstas de manera indirecta a través de su contribución o participación en abusos cometidos por otros (sean Estados, otras empresas o grupos armados).

d) La necesidad de adoptar políticas y procesos internos, que incluye la adopción de las políticas, hacerlas operativas, evaluarlas y adoptar acciones reparadoras.

e) La necesidad de conducir procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos que incluyan: la evaluación de impactos y riesgos; la integración de los resultados a las políticas empresariales; el seguimiento permanente; la comunicación de resultados mediante informes.

f) Cuando la legislación nacional es débil o inexistente o no es aplicada por las autoridades o cuando hay conflicto armado, las empresas deben seguir el estándar internacional, en la medida de lo posible.

[22] Disponibles en <http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf> (Consulta del 15 de mayo de 2013).

[23] UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia 2011-2014 para la Responsabilidad Social de las Empresas. COM(2011) 681 final. Bruselas. 25 de noviembre de 2011.

[24] Bumberry, P. y Dumas-Aubin, G. “The Doctrine of clean hands and the inadmissibility of claims by investors breaching international human rights law”. *Transnational Dispute Management*, Special Issue. *Aligning Human Rights and Investment Protection*, 10 (1). 2013. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1933](http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1933) (Consulta del 4 de junio de 2013)

[25] CIADI. “World Duty Free Company Limited c/. Kenya”, (Causa N° ARB/00/7), laudo del 4 de octubre de 2006; “Inceysa Vallisoletana, S. L. c/ El Salvador”, (Causa N° ARB/03/26), laudo del 2 de agosto de 2006; “TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ Argentina”, (Causa N°, ARB/05/5), laudo del 19 de diciembre de 2008. Cfr. Cremades, B. “Corruption and Investment Arbitration”, En *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publication, 2005, p. 216; Godoy, F. “El tratamiento de las denuncias de corrupción en el marco del arbitraje de inversiones extranjeras”. *BA Arbitration Review*. Edición n° II - Junio 2013, Buenos Aires. pp. 4 y ss.

[26] CIADI. “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ Argentina”, (Causa 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. c/ Argentina” (Causa N° ARB/03/17); “Aguas Cordobesas, S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c/ Argentina”, (Causa N° ARB/03/18); “Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ Argentina”, (Causa N° ARB/03/19); “Azurix Corp. c/ Argentina”, (Causa N° ARB/01/12); “Azurix Corp. c/ Argentina”, (Causa N° ARB/03/30); “SAUR International c/ Argentina”, (Causa N° ARB/04/4). “Impregilo S.p.A. c/Argentina”, (Causa N° ARB/07/17); “Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ Argentina”, (Causa N° ARB/07/26).

[27] CIADI. “Aguas del Tunari S.A. c/ Bolivia”, (Causa N° ARB/02/3).

[28] CIADI. “Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. c/Tanzania”, (Causa N° ARB/05/22).

[29] Cf. Olárte Bacares, D. “El derecho internacional de las inversiones en América Latina: El reencuentro con los derechos humanos”. Realidades y Tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho Público. Tomo VI. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá - Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 696.

[30] CIADI. “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., and Vivendi Universal, S.A. (Aguas Argentinas, S.A.), c/ Argentina”. (Causa No. ARB/03/19), Decisión sobre amicus del 19 de mayo de 2005.

[31] Las disputas en cuestión surgieron de una serie de inversiones e inversores en donde las empresas extranjeras crearon entidades locales (Aguas Argentinas S.A; Azurix, Aguas del Aconquija) y firmaron contratos 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 circunstancias sobrevinientes. 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.

[32] Reiner, C. y Shreuer, Ch. Human Rights and International Investment Arbitration, en DUPUY, P. M.; Petersmann. E. U y Francioni, F. (eds.), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, Oxford University Press, 2009, pp 84 ss. Por ejemplo, en “Maffezini c/ Kingdom of Spain” (CIADI, caso ARB/97/7), laudo del 13 de noviembre de 2000, párr. 65-71, los árbitros consideraron argumentos basados en Derecho Ambiental.

[33] Mann, H. “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key issues and opportunities”. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, Canadá, 2008. pp. 25-29.

[34] UN. Observación general N° 15, párr. 24.

[35] Corte IDH. “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua”. (ser. C) No. 79. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

[36] Wray, N. “La Consulta Como un Derecho Político de los Pueblos Indígenas”, Iuris Dictio (46). Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002. pp. 20.

[37] Corte IDH. “Claude Reyes y otros c/. Chile”. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C, n° 151.

[38] Corte IDH. “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador”, Sentencia de Fondo y Reparaciones del 27 de junio de 2012.

[39] PCA. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c/. The Republic of Ecuador. (PCA Case No. 2009-23)

El Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya dictaminó en marzo de 2010 que Ecuador no cumplió con su obligación, fijada en el Tratado bilateral de Inversión con EEUU, de otorgar “medios efectivos para presentar sus reclamos y ejercer sus derechos” a Chevron y Texaco en litigios comerciales y contractuales con el Estado ecuatoriano.

[40] CIADI. “CMS Gas Transmission Company c/ Argentina”, (Causa N° ARB/01/8), laudo

arbitral del 12 de mayo de 2005, párrs. 114-121.

[41] CIADI. “Mondev International Ltd. c/ United States of America”, (Causa No. ARB(AF)/99/2).

[42] NAFTA/UNCITRAL. “Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c/ United States of America.” Award, 12 de enero de 2011.

[43] Cf. Informe “Estudio de los impactos de los proyectos de inversión extranjera en los derechos humanos”. Derechos y Democracia. Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. Canadá, 2007, p. 10.

[44] UN Human Rights Committee. “Bozbey c/ Turkmenistan” (Communication no. 1530/2006). 3 November 2010.

[45] CIJ. “Case concerning Ahamadou Sadio Diallo. (Guinea Republic c/ Democratic of Congo Republic)”. Sentencia sobre objeciones preliminares. 27 de mayo de 2007. ICJ Reports, (2007) .

[46] Ibañez, P. ¿Existe una posible interrelación entre los derechos humanos y la economía?. Disponible en [www.pactoglobal-colombia.org/.../interrelacion-DD-HH-economia-Plira-Ibanez-CIPID.pdf](http://www.pactoglobal-colombia.org/.../interrelacion-DD-HH-economia-Plira-Ibanez-CIPID.pdf) (Consulta del 12 de mayo de 2013).

[47] Samuel A. “Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights”, Kluwer Arbitration, 2004. pp. 417-418.

[48] Id., Pág. 426.

[49] McDonald N. “More Harm than good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration”, Kluwer Arbitration, 2003, pp. 526-530.

[50] Idídem, p. 526.

[51] TEDH. “Taşkın y otros c/ Turquía”, Caso N° 46117/99, ECHR 2004-X, párr 115-125.

[52] Supreme Court of United States. “Kiobel, et al c/ Royal Dutch Petroleum CO”. Decided, April, 17, 2013.

[53] Supreme Court of United States. “Sosa c/ Alvares- Machain”, 542 U.S. 692 734-37 (2004).

[54] US. 2nd Circuit. “Kadic c/ Karadzic”. 70 F. 3d 232, 236-37 (1995).

[55] US 7th Circuit “Flomo et al c/ Firestone Natural Rubber CO”. Decided, July 11, 2011.