

# Arbitraje de inversiones y derechos humanos

Por Rosa Amilli Guzmán Pérez<sup>13</sup>

## I. Introducción

El arbitraje de inversión es un mecanismo para la solución de conflictos entre un inversionista extranjero —persona física o moral— y el Estado huésped de su inversión. A diferencia de la protección diplomática, en la que el Estado de nacionalidad tiene el derecho de asumir la causa de su nacional y reclamar al Estado infractor en su nombre, el arbitraje de inversión es un mecanismo de acceso directo. El conflicto se sustrae de la jurisdicción nacional, normalmente a petición del inversionista, quien puede hacer valer, por sí mismo, los compromisos del Estado huésped.

Los reclamos del inversionista se asocian generalmente con la violación de protecciones contenidas en Acuerdos internacionales de inversión (AII), bilaterales o multilaterales. Las medidas aplicadas por el Estado, en perjuicio del inversionista, pueden constituir una expropiación directa o indirecta, una violación al trato justo y equitativo, al trato nacional, al trato de la nación más favorecida, o a la obligación de dar protección y seguridad plenas.

---

<sup>13</sup> Doctora en Derecho Público por la Universidad Sorbonne París Cité y máster en Derecho Comercial Internacional por la Universidad de Nancy 2, Francia. Profesora e investigadora de la Universidad de Monterrey. Contacto: [guzman.amilli@gmail.com](mailto:guzman.amilli@gmail.com).

Ahora bien, en un sistema en el que las partes en conflicto son un inversionista y el Estado como ente protector y promotor de la inversión, siendo la discusión preponderante de carácter económico, ¿cuál es su relación con la protección de derechos humanos? ¿Cómo interactúan dos regímenes jurídicos aparentemente disociados el uno del otro? En esta ponencia se expondrán de manera general tres escenarios: los derechos humanos como argumento de las partes contendientes, como argumento de partes no contendientes y la incorporación de referencias a derechos humanos en AII.

## II. Los derechos humanos como argumentos de las Partes contendientes en un conflicto de inversión

Tribunales arbitrales de inversión han retomado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar el alcance de protecciones acordadas en AIIs (Peterson, 2009). El propio inversionista puede argumentar que las violaciones de las protecciones conferidas en un AII constituyen violaciones de derechos humanos no solo en cuanto a los derechos de propiedad, sino también a los derechos de debido proceso y juicio justo, igualdad y no discriminación o derechos de la personalidad (Fach, 2019). Este enfoque no es extraño a la materia puesto que la protección de los derechos de propiedad es el pilar del régimen de protección de las inversiones (Boone, 2018). Puede considerarse una forma de materialización de los derechos humanos, lo que contribuye a legitimar un régimen sumamente criticado en los últimos años.

Sin embargo, la protección de derechos humanos es abordada no solo desde la óptica del inversionista, sino también desde la perspectiva del Estado. Las alegaciones de derechos humanos pueden constituir la defensa del Estado, presentándose al menos tres posibilidades: como justificación de la medida estatal controvertida, como argumento de contrademanda o como causal de improcedencia de los reclamos del inversionista.

En cuanto a la primera posibilidad —la protección de derechos humanos como justificación de la medida estatal que afecta al inversionista—, cabe precisar que la aplicación de una medida legítima no necesariamente exenta al

Estado del pago de una indemnización. Por ejemplo, en una expropiación directa, la protección de los derechos humanos puede servir para justificar su utilidad pública, pero la indemnización debida se calculará conforme a los términos del AII.

La obligación de reparar es no obstante menos evidente cuando se trata de justificar una expropiación indirecta, una violación al trato justo y equitativo, o cuando el argumento de derechos humanos se presenta como excluyente de la responsabilidad internacional del Estado (como protección de un “interés esencial”, elemento del estado de necesidad). Por ejemplo, en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A., Argentina* fundó la legalidad de sus acciones en su responsabilidad como Estado de asegurar el servicio público de agua potable, vital para la salud y el bienestar de la población.<sup>14</sup> En esta ponencia no se ahondará en las diferentes interpretaciones que se han adoptado al respecto, en algunos casos atribuyendo la responsabilidad del Estado y en otros no (Kriebaum, 2007).

Desde otra perspectiva, los derechos humanos pueden también utilizarse como argumento de contrademanda cuando el inversionista cometió abusos en la materia. En el caso *Urbaser*, el tribunal admitió la contrademanda de Argentina contra el inversionista, referente no solo a incumplimientos contractuales, sino a la violación de “derechos humanos básicos tales como, la salud y el medio ambiente de miles de personas que en su mayoría vivían en la extrema pobreza”.<sup>15</sup> Si bien el inversionista pretendía circunscribir su consentimiento a las controversias relacionadas con los perjuicios ocasionados a su inversión,<sup>16</sup> el tribunal consideró que la oferta de arbitraje contenida en el AII comprendía todas las controversias relacionadas con la inversión, sin restricciones *ratione personae*.<sup>17</sup>

Para el tribunal *Urbaser*, la responsabilidad social de las empresas es un

---

<sup>14</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, Decision on Liability, 30 de julio de 2010, caso CIADI No. ARB/03/19, pág. 202.

<sup>15</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Laudo, 8 de diciembre de 2016, Caso CIADI No. ARB/07/26, pág. 1156.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pág. 1145-1148, 1190-1192.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 1147.

estándar de importancia en el derecho internacional que “incluye obligaciones de cumplir con los derechos humanos en el marco de las operaciones de tales empresas en países distintos a su país de origen o registro”.<sup>18</sup> Sin embargo, consideró que los inversionistas solo tenían una obligación de aplicación inmediata de no hacer: una “prohibición de realizar actos que violan los derechos humanos”,<sup>19</sup> omitiendo el análisis de obligaciones derivadas de las políticas de responsabilidad social adoptadas voluntariamente por el inversionista (Crow, 2018).

Por último, el comportamiento del inversionista podría tener consecuencias en la determinación de la procedencia de sus reclamaciones. La teoría de “*clean hands*” o el “requisito de legalidad” establecen que la conducta ilegal o abusiva del inversionista, relacionada con la demanda, le impediría hacer valer sus reclamaciones ante un tribunal arbitral (Dumberry, 2016). Algunos AII contienen disposiciones específicas que condicionan la protección de las inversiones a aquellas hechas de conformidad con las leyes del Estado huésped (Schill, 2012). En el caso *Salini* contra Marruecos, el tribunal consideró que el objetivo principal de esta disposición era “evitar que el Tratado Bilateral proteja las inversiones que no deberían protegerse, particularmente porque serían ilegales”.<sup>20</sup> En este sentido, las protecciones sustantivas ofrecidas en el AII no pueden aplicarse a las inversiones contrarias a la legislación interna del país anfitrión, lo que incluye la prohibición de actos de corrupción o la comisión de abusos de derechos humanos. Los tribunales de inversión pueden decidir en esos casos que carecen de jurisdicción para conocer de la reclamación o que ésta es inadmisibile.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, pág. 1195.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 1210.

<sup>20</sup> *Salini Costruttori SpA v Morocco*, ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 de julio de 2001, pág. 46.

<sup>21</sup> Ver, por ejemplo, *Inceysa Vallisoletana, SL v El Salvador*, ICSID Case No ARB/03/26, Award, 2 de agosto 2006, pág. 335, *Phoenix Action, Ltd v Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 de abril 2009, pág. 104, *Metal-Tech Ltd v Uzbekistan*, ICSID Case No ARB/10/3, Award, 4 de octubre 2013, pág. 389

### III. Derechos humanos como argumentos de Partes no contendientes en el conflicto de inversión

Las partes contendientes en un arbitraje de inversión son siempre un inversionista y el Estado huésped de la inversión. Sin embargo, individuos, comunidades o asociaciones, afectados por violaciones o abusos de derechos humanos relacionados con la inversión, podrían tener un interés legítimo de hacerse escuchar por el tribunal arbitral. Su participación como “*amicus curiae*” –intervención de partes no contendientes– ha quedado consolidada en la práctica arbitral contando con más de 136 solicitudes de participación desde el 2001 (Born y Forrest, 2019).

Sin embargo, la participación de partes no contendientes se limita a la presentación de escritos o testimonios que el tribunal finalmente puede o no tomar en consideración. Además, el tribunal carece de competencia para declarar la responsabilidad del inversionista o del Estado respecto a los argumentos de partes no contendientes y puede incluso negarse a recibir estos argumentos si considera que interrumpen el desarrollo normal del proceso o que constituyen una carga indebida para una o ambas partes contendientes.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Ver, por ejemplo, ICSID Arbitration Rules, Rule 37 Visits and Inquiries; Submissions of Non-disputing Parties: “(2) After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “nondisputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which: (a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding. The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission.”

### III. a) Incorporación de DD.HH. en recientes AII

La incorporación de derechos humanos en los AII puede presentarse en diferentes apartados o de distintas formas. Esta ponencia solo se referirá a los preámbulos, las disposiciones relacionadas con el derecho de los Estados a regular y aquellas sobre responsabilidad social de la empresa.

Los preámbulos de tratados internacionales son de importancia en cuanto a que se refieren a los elementos constitutivos de la obligación convencional (Suy, 1999). Así, del preámbulo de los AII generalmente se desprende que su principal propósito es crear condiciones favorables para los inversionistas, lo que ha derivado en amplias interpretaciones de los derechos sustantivos contenidos en estos tratados (Hulme, 2016).

Sin embargo, el encuentro entre dos regímenes que se consideraban independientes —el de inversión y el de los derechos humanos— ha hecho surgir múltiples cuestionamientos, entre ellos la necesidad de incorporar disposiciones de derechos humanos en los AII. En Acuerdos recientes,<sup>23</sup> los Estados parte han incluido en el preámbulo una reafirmación de su compromiso con los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En el Acuerdo comercial y económico entre Canadá y la Unión Europea, los Estados incluyeron una mención expresa a “las guías y principios internacionalmente reconocidos, de la responsabilidad social corporativa, incluidas las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales”, promoviendo su respeto por las empresas operando bajo su jurisdicción. Siguiendo la práctica arbitral que determina el alcance de las protecciones de los AII según el objeto y fin del tratado, estos preámbulos podrían servir para equilibrar los diferentes intereses estatales.

En cuanto a las disposiciones relativas al derecho a regular, puede constatarse un reforzamiento en materia de derechos humanos, en cuyos supuestos no habría lugar a la indemnización. Esto puede presentarse en una disposición general o en una particular, especialmente en lo que se refiere al nivel mínimo

---

<sup>23</sup> Ver, por ejemplo: Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore, firmado el 19 de octubre de 2018; Comprehensive Trade and Economic Agreement between Canada and the European Union, firmado el 30 de octubre de 2016.

de trato o a la expropiación indirecta. Por ejemplo, el artículo 14.16 del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (TMEC), sobre “Inversión y Objetivos Ambientales, Salud, Seguridad y otros Objetivos Regulatorios”, contiene una disposición general en los siguientes términos:

Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida que sea compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al ambiente, salud, seguridad u otros objetivos regulatorios.<sup>24</sup>

Por otro lado, el TMEC retoma como nivel mínimo de trato, un trato acorde al derecho internacional consuetudinario, agregando que “el simple hecho de que una Parte tome u omita tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación” a esta disposición, incluso si como resultado de la medida estatal hay una pérdida o daño en la inversión (art. 14.6). Esto permite que las medidas legítimas y no discriminatorias –por ejemplo, en protección de derechos humanos– puedan ser adoptadas sin contravenir el nivel mínimo de trato exigido en un AII.

El caso *Urbaser* marcó una importante diferencia en la interpretación del estándar de trato justo y equitativo abordando de manera expresa la facultad del Estado para adoptar medidas cuyo fin sea garantizar derechos fundamentales. De acuerdo con el tribunal del caso, esas medidas forman parte del marco jurídico que el inversionista aceptó al realizar su inversión, marco “que contempla también los intereses fundamentales del Estado receptor, originados en fuentes de derecho que prevalecen sobre el Contrato, de conformidad con el derecho internacional o constitucional.”<sup>25</sup> Las expectativas de los inversionistas deben sujetarse entonces al marco de protección de derechos básicos universales.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> El Tratado de Integración Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) contiene una disposición similar en su artículo 9.16.

<sup>25</sup> *Urbaser*, pág. 622.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pág. 624.

Respecto a las medidas que pueden constituir una expropiación indirecta, algunos tratados disponen que el impacto económico en la inversión. Si bien es uno de los elementos para calificar un acto como expropiatorio, no establece, por sí solo, la existencia de una expropiación indirecta.<sup>27</sup> En una controversia, el tribunal arbitral tendrá entonces que analizar de manera conjunta y no como elemento secundario “el carácter del acto gubernamental, incluidos su objeto, contexto e intención”.<sup>28</sup> En este sentido, los actos regulatorios no discriminatorios no constituyen expropiaciones indirectas cuando protegen “objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente”,<sup>29</sup> no dando lugar a una indemnización.

Por último, los AII más recientes incorporan cláusulas de responsabilidad social corporativa que podrían incidir en la interpretación de estos Acuerdos, atribuyendo determinados deberes a cargo de los inversionistas en materia de derechos humanos. Algunas disposiciones incorporan obligaciones o responsabilidades del inversionista en dos sentidos: cumplimiento de la normatividad interna –leyes, regulaciones, guías o políticas relacionadas con la inversión– y responsabilidad social corporativa, que contempla una obligación de esfuerzo para contribuir al nivel más alto de desarrollo sostenible del Estado, y para cumplir ciertos principios y estándares de conducta responsable.<sup>30</sup> Asimismo, pueden hacer referencia explícita a las Líneas Directrices de la OCDE, como lo hace el TMEC:

Las Partes reafirman la importancia de que cada Parte fomente a las empresas que operan dentro de su territorio o sujetas a su jurisdicción a incorporar voluntariamente en sus políticas internas los estándares, directrices y principios de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente que hayan sido aprobados o estén siendo apoyados por esa Parte, que podrán incluir las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (art. 14.17).

<sup>27</sup> Ver, por ejemplo, TMEC, Anexo 14-B(3)(a)(i). TIPAT, Anexo 9-B(3)(a)(i).

<sup>28</sup> TMEC, Anexo 14-B(3)(a)(iii). TIPAT, Anexo 9-B(3)(a)(iii).

<sup>29</sup> TMEC, Anexo 14-B(3)(b). TIPAT, Anexo 9-B(3)(b).

<sup>30</sup> Ver, por ejemplo, el Investment Cooperation and Facilitation Treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India, firmado el 25 de enero de 2020, artículos 11-12.

En el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico a esta declaración reconociendo la importancia de promover, se agregan dos compromisos de los Estados parte: fomentar en las empresas la incorporación voluntaria de “estándares de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean apoyadas por las Partes (...) incluyendo entre otros, estándares en materia de derechos humanos” (artículo 10.30[2]), y el compromiso de identificar y compartir las mejores prácticas de los Estados parte “para poner en marcha los compromisos de las Directrices (de la OCDE para Empresas Multinacionales) y de esa manera potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible” (artículo 10.30[3]).

Si bien estas cláusulas dan un paso hacia la reducción de la asimetría de los AII que limitan la actuación del Estado sin imponer obligaciones recíprocas al inversionista, la responsabilidad social corporativa mantiene un enfoque centrado en las obligaciones estatales de promover ciertas conductas o principios. Sin duda los casos que se resuelvan bajo estos nuevos esquemas permitirán un mejor análisis de sus consecuencias jurídicas.

#### IV. Conclusión

El marco de protección de las inversiones ha ido evolucionando conforme a necesidades y prácticas, requeridas en un sistema que no puede mantenerse aislado de otros regímenes de protección. Particularmente los derechos humanos se vinculan a la inversión extranjera en diferentes escenarios: como base de la protección de los derechos de propiedad de los inversionistas, en la justificación de las medidas estatales con impacto en la inversión, en la defensa de derechos de personas o comunidades afectadas por la inversión o, más recientemente, con la incorporación de referencias más o menos expresas a derechos humanos en los AII.

Es esta ponencia se expuso de manera general cada uno de los escenarios a fin de dar un panorama de la relación entre dos regímenes jurídicos aparentemente disociados. Ciertamente cada una de esas relaciones deriva en diferentes supuestos y escenarios que continúan siendo analizados por los

juristas de la materia, además del surgimiento de nuevos casos y con ellos nuevos criterios o interpretaciones.

## V. Bibliografía

- Boone Barrera, E. (2018). “Property rights as human rights in international investment arbitration: a critical approach”. En *Boston College Law Review*, 59(8), 2635-2662.
- Born, G. y Forrest, S. (2019). “Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration”. En *ICSID Review*, 34(3), 626-665.
- Crow, K. y Lorenzoni Escobar, L. (2018). “International Corporate Obligations, Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?”. En *Boston University International Law Journal*, 36(1), 88-118.
- Dumberry, (2016). “State of Confusion: The Doctrine of ‘Clean Hands’ in Investment Arbitration After the Yukos Award”. En *The Journal of World Investment and Trade*, 17, 229-259.
- Fach Gómez, K. (2019). “La protección de los derechos humanos y el sistema de resolución de controversias derivadas de inversiones internacionales: notas sobre una posible transición hacia un tribunal multilateral de inversiones”. En *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, XVIII, 139-176.
- Hulme, M. H. (2016). “Preambles in treaty interpretation”. En *University of Pennsylvania Law Review*, 164, 1281-1343.
- Kriebaum, U. (2007). “Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights”. En Reinisch, A. y Kriebaum, U. (eds.). *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neubold*. Utrecht: Eleven International Pub.

- Peterson, L. E. (2009). *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement: le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États*. Montréal: Droits et Démocratie.
- Schill, S. W. (2012). "Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration". En *LPICT*, 11(2), 281-323.
- Suy, E. (1999). "Le Préambule". En Yakpo, E. y Boumedra, T. (eds.). *Liber Amicorum: Judge Mohammed Bedhaoui*. La Haya: Kluwer Law International.