
EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: UNA RELACIÓN DIALÉCTICA

Resumen

El presente artículo se ha elaborado a partir de lo desarrollado en el acápite 2.1.3 del Capítulo II de la Guía de arbitraje internacional en inversiones**, publicada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La última globalización ha impulsado un desarrollo del Derecho Internacional sin precedentes, lo que ha dado lugar a una serie de ramas y especialidades dentro de ese ámbito general. Esto ha producido una marcada fragmentación del Derecho Internacional General, así como un desarrollo y dinámicas distintas de las diferentes especialidades, que ha generado un desarrollo a velocidades distintas y con niveles marcados de heterogeneidad.

En el presente artículo se aborda de manera específica la relación, contradictoria muchas veces, entre dos especialidades como son, por un lado, el Derecho de las Inversiones, que busca establecer reglas para una adecuada promoción y protección de las inversiones, y, por el otro lado, los Derechos Humanos, disciplina que se constituye en el soporte y garantía de los derechos civiles, libertades

y derechos sociales de las personas, que deben ser cumplidos y protegidos por los Estados, aunque muchas veces son postergados y aplicados de manera desigual.

Esta relación se ha presentado en los arbitrajes desarrollados entre inversores y Estados receptores de inversiones, en los que se ha puesto en evidencia la falta de armonía en la aplicación de las normas que regulan ambos campos por parte de los Tribunales Arbitrales que han resuelto las controversias suscitadas.

En esos arbitrajes, la regla ha sido la aplicación prioritaria de las normas de protección de las inversiones, aun a costa o en desmedro de medidas estatales sustentadas en cumplimiento de obligaciones de Derechos Humanos y políticas públicas vinculadas; su aplicación ha sido promovida de manera utilitaria para la defensa de los derechos o intereses de los inversores. Sin perjuicio de ello, ha habido arbitrajes en los que los Tribunales han considerado como un elemento relevante para comprender las medidas de un Estado que pudiera afectar los intereses de un inversor, el que se trate de políticas públicas que buscan cautelar o garantizar derechos humanos de su sociedad. Esto no quiere decir que se

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Debo precisar que la consultoría que dio lugar a ese producto estuvo a mi cargo. En dicho trabajo se abordó de manera general el arbitraje en inversiones.

justifiquen medidas arbitrarias o abusivas. Lo que se busca, en una mirada integral de esta relación conflictiva de estas dos ramas del Derecho Internacional, es superar la asimetría que caracteriza sus desarrollos y promover una aplicación complementaria, estableciendo tanto para los Estados receptores como para los inversores derechos y obligaciones que permitan efectuar a los Tribunales una mejor evaluación de las controversias que deben resolver.

Introducción

El Perú se encuentra inmerso en un mundo globalizado y, por tanto, a nivel jurídico esta realidad no puede dejarse de lado y eso implica que debe buscarse una relación armoniosa entre el derecho interno de nuestro país y el derecho internacional en general. Un terreno de una complejidad especial es el de las inversiones extranjeras que constituyen un campo en el que se entrecruzan variables no solo económicas, sino también políticas, sociales y jurídicas y que con la última globalización —caracterizada por un alta circulación y deslocalización de los capitales y las inversiones— ha tenido un desarrollo sin precedentes a nivel regulatorio, con el desarrollo de Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y Acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) en los que los Estados establecen normas específicas para promover y proteger las inversiones.

El tiempo que nos toca vivir nos coloca, en tanto civilización, en una posición privilegiada si se consideran las oportunidades y retos que tenemos por delante, pero las inequidades sociales, los profundos abismos entre los sectores ricos y los sectores pobres, las distancias entre los países del hemisferio norte y los del hemisferio sur, ponen en evidencia nuestra incapacidad real para dar solución a problemas básicos que siguen afectando a millones de personas y que, a fin de cuentas, ponen en riesgo la seguridad humana. El concepto de seguridad humana, de acuerdo a las Naciones Unidas, “promueve medidas centradas en las personas, amplias, específicas para cada contexto y orientadas a la prevención con el fin de reducir la probabilidad de conflictos, contribuir a superar los obstáculos al desarrollo y promover los derechos humanos para todos”.¹

Quizá sea por esos motivos que las propias Naciones Unidas se han planteado una serie de desafíos globales en lo económico, social y ambiental, y se está definiendo un conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que “tienen por objeto impulsar la acción en todo el mundo mediante objetivos concretos para el período comprendido entre 2015 y 2030 en lo relativo a la reducción de la pobreza, la seguridad alimentaria, la salud humana y la educación, la mitigación del cambio climático y otros objetivos económicos, sociales y ambientales”

¹ Ver en <http://www.un.org/humansecurity/es/content/el-concepto-de-seguridad-humana>

(CNUCED, 2014, xi). Como puede apreciarse, los retos son enormes, pero abordarlos es de una necesidad imperiosa e impostergable.

El abordaje de estos desafíos siendo de nivel global tiene como escenario fundamental el de las relaciones internacionales y, por supuesto, las implicancias de esas relaciones en los ámbitos nacionales. Hay que precisar que en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales han cobrado especial relevancia el Derecho de las Inversiones, por un lado, y los Derechos Humanos, por el otro. Sobre este particular, Olarte ha afirmado que la evolución de estos dos ámbitos especiales del Derecho Internacional ha contribuido al protagonismo del individuo en la comunidad internacional, aunque se sustentan en bases teóricas e incluso empíricas diferentes, pues los derechos humanos “se basan esencialmente en la dignidad de la persona, mientras que el derecho internacional de las inversiones se fundamenta en la protección de la inversión, y específicamente de los intereses del inversionista” (Olarte, 2010, 683-684). Ahora bien, atendiendo a esos dos ámbitos del Derecho Internacional —inversiones extranjeras y derechos humanos—, los Estados —principalmente los Estados en vías de desarrollo— tienen comprometida su responsabilidad internacional en dos frentes, considerando que son signatarios de diversos instrumentos internacionales, y lo curioso es que en ocasiones esos frentes parecen demandarles conductas contradictorias, toda

vez que si se introduce una determinada medida regulatoria encaminada a la protección de algún derecho consagrado en los pactos de derechos humanos, ello puede dar lugar a reclamos de los inversores por afectación de sus intereses amparados en los TBI, y, si no se lo hacen, tal omisión puede originar demandas de los afectados en clave de derechos humanos (Bohoslavsky, 2011, 7).

Esto es muestra de un problema que afecta hoy al Derecho Internacional General, el mismo que se ha ido desarrollando de manera progresiva, al mismo tiempo que se veía afectado por un proceso de fragmentación en diferentes especialidades, como pueden ser el derecho mercantil, el derecho ambiental, el derecho del mar, los derechos humanos, el derecho de las inversiones, el derecho de los refugiados, etc. Cada especialidad ha ido desarrollándose a velocidades distintas y sin criterios de homogeneidad.

Arbitraje, derechos humanos e inversiones: una relación tormentosa

Respecto de la situación del derecho de inversiones extranjeras y de los derechos humanos, se afirma que el estándar de protección proveído por los instrumentos jurídicos de derechos humanos es más bajo que el estándar contenido en los tratados de inversiones y en los contratos. Por ende, el desarrollo de áreas de experiencia como el derecho internacional de las

inversiones no ha sido uniforme respecto de otras como el derecho internacional de los derechos humanos; además, estos desarrollos se han dado sin un diálogo entre ambas (Echaide, 2014, 19). Esta diferencia en el desarrollo de ambas especialidades del Derecho Internacional permite, por un lado, “encontrar una sumatoria de tratados bilaterales de protección de inversiones y otros que son tratados de libre comercio que incorporan capítulos de inversiones que son asimilables —cuando no idénticos— a los TBIs. Este conjunto de tratados conforma un spaghetti bowl que actúa como red de relaciones jurídicas bilaterales dentro de un marco de cierta multilateralidad otorgada por cláusulas como el de la nación más favorecida. Por el otro lado encontramos al derecho internacional de los derechos humanos, de carácter multilateral y con obligaciones erga omnes que importan a toda la comunidad internacional y no solamente a los Estados parte de las convenciones que lo forman” (Echaide, 2014, 21).

Esta situación de asimetría ha generado también que en el Derecho de Inversiones la preocupación central sea la regulación de las obligaciones de los Estados receptores de inversiones y los derechos de los inversores, pero no las obligaciones correlativas de estos y las potestades de aquellos. Por ello, se ha puesto en evidencia que “[m]ientras que los tratados de inversión imponen ciertos límites al trato que los Gobiernos pueden dar

a los inversores extranjeros o a las empresas pertenecientes a extranjeros, **establecen en contrapartida pocos límites u obligaciones para los inversores**”; claro está que, conforme a lo que señalan algunos analistas, “ciertas responsabilidades básicas están implícitas en los tratados de protección de inversiones habituales” y, por tanto, a manera de ejemplo, “un inversor no puede reivindicar haber sufrido un trato injusto o no equitativo a manos del Gobierno anfitrión si él mismo está comprometido en actividades abusivas como, por ejemplo, engañar a los funcionarios gubernamentales sobre sus propias actividades o experiencia comercial” (Peterson, 2009, 14). En ese sentido, puede apreciarse que en el campo del Derecho de las Inversiones el desarrollo “ha sido un sistema de protección de inversiones de carácter vinculante, coercitivo y eficaz que encuentra en los laudos de los tribunales del CIADI resoluciones inapelables que los Estados partes —generalmente condenados— tienen la obligación de acatar”. Por su parte, “el derecho internacional de los derechos humanos, que aun siendo anterior a los mecanismos de protección de inversiones, avanza a un paso mucho más lento y menos coercitivo. Sus normas todavía se encuentran con un peso relativo en tanto a su aplicación coercitiva: la mayor parte de ellas se tratan de soft law que, aunque siendo derecho positivo, no resultan vinculantes para los Estados” (Echaide, 2014, 21). En el Perú, desde una perspectiva constitucional, se ha planteado que lo

inversores, “como personas naturales, nacionales o extranjeras, son a su vez seres humanos que cuentan con derechos fundamentales (ámbito interno) y derechos humanos (ámbito internacional). Es posible que una misma situación fáctica pueda ser caracterizada jurídicamente bajo dos normas”. Es más, “de acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos pueden ser interpretados en conjunto, velando por la primacía de los segundos en caso de conflicto. Igualmente, siguiendo el artículo 31 de la Convención de Viena, las otras normas en vigor para las partes pueden ser utilizadas para interpretar una obligación internacional, contando de esta manera con una interpretación evolutiva y coherente. La reciente práctica arbitral en materia de inversiones también ha demostrado que se pueden integrar otras normas internacionales, como las de los derechos humanos, para resolver casos de inversión” (Higa y Saco, 2013, 243, 244). En esa línea, se ha afirmado que las disputas que se han presentado para arbitraje en virtud de los tratados de inversión, han incluido la invocación de la legislación sobre derechos humanos. Claro que esto se ha dado desde dos perspectivas distintas. “En primer lugar, hay instancias en las que las obligaciones de derechos humanos que se les deben garantizar a los protagonistas comerciales (el derecho a la propiedad y las garantías procesales) se usan para ayudar a

definir las protecciones de los inversores en el tratado de inversión. En segundo lugar, comienzan a surgir en el panorama las obligaciones de derechos humanos que el Estado anfitrión debe a terceras partes en los procesos arbitrales (personas o grupos bajo la jurisdicción estatal). Recientemente, algunos Gobiernos (y a veces organizaciones no gubernamentales) se han referido a estas obligaciones de derechos humanos, en un intento por justificar o defender ciertas acciones gubernamentales o medidas que pueden haber tenido impactos negativos en los inversores extranjeros” (Peterson, 2009, 22). Por tanto, la relación del Derecho Internacional de las Inversiones y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene que apreciarse desde esas dos perspectivas diferentes:

1. Cuando los inversores son comprendidos como sujetos de derechos humanos. En estos casos debe entenderse como inversores tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas que teniendo la categoría de extranjeros realicen inversiones en un Estado distinto a aquel del cual son nacionales. Resulta sumamente controversial que los derechos humanos, propios de las personas naturales o físicas, sean aplicables también a las personas jurídicas, pero jurídicamente eso ha sido establecido y aceptado.

En estos casos, el recurso a los derechos humanos está dirigido a proteger los intereses

y derechos de los inversores y, por regla general, han merecido decisiones favorables de los Tribunales Arbitrales que han sustentado sus decisiones bajo el argumento de la necesaria tutela de los derechos humanos de los inversionistas. Entre los derechos protegidos se encuentran el derecho a la propiedad privada, el derecho al debido proceso, prohibiendo la discriminación, incluso, el derecho a la integridad física y moral, además del derecho a la libertad de expresión (Olarte, 2010, 696, 697, 698); estos derechos han sido la base para establecer diversos estándares que rigen las relaciones jurídicas en el ámbito de las inversiones.

En estos casos “los árbitros internacionales se han referido a esta legislación, en general, en contextos en que los derechos humanos relacionados con la propiedad o las garantías procesales permitían comprender de qué manera había que interpretar las obligaciones de los tratados de inversión o brindaban alguna asistencia para ello. En otras palabras, los derechos humanos a los que se han remitido son aquellos que a veces protegen los negocios o a los protagonistas comerciales, utilizándolos como ayuda para la interpretación en el contexto del tratado de inversión” (Peterson, 2009, 9).

2. Cuando los sujetos de derechos humanos son individuos o colectivos diferentes al inversionista. En estos casos, la relación no resulta pacífica, pues los

tribunales arbitrales han evitado recurrir a los derechos humanos al momento de decidir. Por lo general, el requerimiento de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos en arbitrajes derivados de inversiones extranjeras ha sido formulado por terceros, que participan en algunos casos como *amicus curiae*. Con menos frecuencia, se aprecia que son los propios Estados los que han invocado los derechos humanos como parte de su defensa (el caso de Argentina y los arbitrajes vinculados a inversiones en el sector del agua y saneamiento es un ejemplo claro aquí). No existen muchos casos en los que Tribunales Arbitrales hayan reconocido la validez de los argumentos de protección de los derechos humanos para justificar las afectaciones a los APPRI por cuenta de los Estados (Olarte, 2010, 698).

Un caso muy relevante en este campo es el del Laudo emitido el 8 de julio de 2016 en el Caso CIADI N° ARB/10/7 iniciado por Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra la República Oriental del Uruguay. La reclamación, por un monto de 25 millones de dólares, se presentó sustentando una violación del TBI entre Suiza y Uruguay y se cuestiona las siguientes dos medidas tomadas por el gobierno uruguayo:

- a. Advertencias sanitarias grandes, cubriendo el 80% de la cara frontal y dorsal del paquete de cigarrillos.
- b. Que cada marca de cigarrillo

esté limitada a sólo la variante o el tipo de marca, conocido como el Requerimiento de Presentación Única (RPU).

El Laudo Arbitral establece en su numeral 306 que “Uruguay adoptó las Medidas Impugnadas **con el fin de proteger la salud pública en observancia de sus obligaciones nacionales e internacionales** [...] en la opinión del Tribunal las Medidas Impugnadas se tomaron de buena fe y en forma no discriminatoria. Las medidas fueron proporcionales al objetivo al que aspiraban, muy lejos de su impacto adverso limitado sobre el negocio de Abal. Contrario a los argumentos de las Demandantes, las Medidas Impugnadas no fueron ‘arbitrarias e innecesarias’, sino potencialmente un ‘medio efectivo para la protección de la salud pública’ [...] el hecho es que la incidencia del cigarrillo en Uruguay ha disminuido, en particular entre los jóvenes fumadores, y que estas son medidas de salud pública que apuntaban a este fin y fueron capaces de contribuir a su alcance. En la opinión del Tribunal, esto es suficiente para desestimar el reclamo planteado en virtud del Artículo 5(1) del TBI”.

En el numeral 391 se reitera que dichas medidas **“han sido implementadas por el Estado a los efectos de proteger la salud pública**. La conexión entre el objetivo perseguido por el Estado y la utilidad de las dos medidas es reconocida por los Escritos Amicus de la OMS y de la OPS, los cuales contienen un análisis minucioso de la historia del control de tabaco y de las medidas adoptadas a tal efecto”.

En el numeral 399 el Tribunal establece que la responsabilidad por las medidas de salud pública “recae sobre el gobierno y **los tribunales constituidos en casos de inversión deberían prestar gran deferencia a los criterios gubernamentales, respecto de las necesidades nacionales en cuestiones como la protección de la salud pública. En tales casos debe respetarse al ‘ejercicio discrecional del poder soberano que no se lleve a cabo de manera irracional ni de mala fe...lo que involucra numerosos factores complejos’**”.

El conocido oncólogo peruano, Elmer Huerta, escribió sobre este particular que gracias a este Laudo, “más y más países podrán tomar medidas similares a las que tomó Uruguay **para proteger la salud de sus pobladores**. Philip Morris no podrá aducir que esas medidas de salud pública infringen sus derechos comerciales. En otras palabras, lo que la CIADI ha dicho es que la salud pública es más importante que el derecho comercial”.²

Ahora bien, el Laudo Arbitral comentado debería tener incidencia en casos similares. Claro está que la jurisprudencia arbitral no resulta vinculante.

Vale la pena mencionar que la misma empresa Philip Morris Internacional, a través de su subsidiaria en Hong Kong, inició un arbitraje en 2011 contra el gobierno de Australia, por cuanto este último emitió una serie de normas relativas a los productos del

tabaco, las que podrían generarle pérdidas económicas millonarias. Por ello, solicita una indemnización, toda vez que se trataría de una expropiación indirecta (por cuanto la norma prohíbe el uso de marca o logotipo de la empresa), además de que se habría producido una vulneración de su derecho a un trato justo y equitativo, el mismo que está previsto en el TBI entre Australia y Hong Kong.

Hay que precisar que este inversionista formuló su reclamación en vía arbitral de manera paralela a las acciones que desarrollaba ante los tribunales nacionales de Australia; es así que el Tribunal Superior de Canberra sentenció en el año 2012 que las normas cuestionadas por este inversor no constituían una expropiación inconstitucional de la propiedad intelectual de la empresa, por cuanto se trata de una medida política en materia de salud pública totalmente justificada.

Este caso, tomando en consideración lo escrito aquí debería resolverse siguiendo el criterio de la prevalencia de las políticas públicas en materia de salud, respecto a temas estrictamente comerciales. Habrá que estar atentos al desenlace de este caso, máxime cuando Australia decidió retirar de sus TBI la vía arbitral como medio de solución de controversias.

Los Estados latinoamericanos y el arbitraje en inversiones

Es interesante apreciar que, con cifras a 2008, la cantidad de tratados bilaterales de inversión (TBIs) ratificados por los diferentes países latinoamericanos ascendía a 483 (18% del total de TBIs vigentes en el mundo). Sin embargo, los países de esa región recibieron el 35% del total de 318 reclamos arbitrales registrados a ese año. (Bohoslavsky, 2010, 7). Es decir, hay una mayor incidencia de conflictos y arbitrajes relativos a inversiones con países latinoamericanos si se compara con la proporción de los TBIs suscritos por estos países. Por otro lado, desde una perspectiva histórica, puede apreciarse que los Estados latinoamericanos, en relación con las inversiones extranjeras, han sido, normalmente, receptores de capitales exportados por personas naturales o jurídicas de los Estados que antes fueron metrópolis coloniales. Esta situación daba lugar a una dependencia fáctica y, por tanto, a una limitación de su soberanía. Ante esa realidad se desarrolló, por ejemplo, la denominada doctrina Calvo, la misma que más allá de los recursos retóricos, no pudo impedir el ejercicio de la “protección diplomática” por parte de los Estados de los que los inversores eran nacionales; es más, si esta protección diplomática no daba resultados, se llegó incluso a situaciones en las que el Estado receptor fue objeto de intervenciones militares por parte de otros Estados en sus territorios, afectando claramente el Derecho

²Cfr. <http://elcomercio.pe/blog/cuidatusalud/2016/07/uruguay-vence-a-philip-morris-david-vence-a-goliath>

Internacional y la soberanía de esos Estados. Esta realidad política marcó la búsqueda de los Estados latinoamericanos de garantizar el respeto de su soberanía; y en particular lo que se buscaba era lograr una protección de la soberanía de los diferentes países sobre sus propios recursos naturales, lo que de alguna manera permitiría transitar el camino hacia el desarrollo de estos. Incluso a nivel de las Naciones Unidas se aprobó, en 1962, la Resolución N° 1803, que establecía criterios para la "Soberanía permanente sobre los recursos naturales". Sin embargo, en las décadas de los 80 y 90, la situación económica regional atravesaba por una crisis importante, la que agudizó la necesidad de capitales que dinamizaran sus economías, razón por la que los países latinoamericanos orientaron sus políticas nacionales prioritaria y esencialmente hacia la promoción y protección de la inversión extranjera, quedando relegadas y claramente subordinadas las potestades regulatorias del Estado (Olarte, 2010, 684, 685, 686). Esto es lo que se dio luego del denominado "consenso de Washington". Del mismo modo, en el ámbito del Derecho Internacional, el Derecho de las Inversiones tuvo un desarrollo sin precedentes desde los años 80, para lograr la protección de los inversores frente a las conductas de injerencia o arbitrariedad de los Estados receptores de inversiones, adoptando como eje central la defensa de la propiedad de afectaciones directas o indirectas de este derecho, estableciendo con ese objetivo

estándares mínimos. En esa línea, los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones establecen obligaciones para los Estados receptores de dar garantía y protección plenas a las inversiones que alojen; esto incluye el reconocimiento de estándares mínimos entre los que podemos destacar los siguientes:

- Trato nacional. Tiene por finalidad colocar a los inversionistas, en este caso nacionales y extranjeros, en el mismo plano de competencia, en condiciones de igualdad.
- Trato de la nación más favorecida. Asegura al inversionista y a su inversión la igualdad en el plano de competencia, complementando en este caso, el estándar de protección, ya que iguala el tratamiento que el Estado receptor otorga a todas las inversiones (nacionales y extranjeras) en su territorio.
- Trato justo y equitativo: incluye la obligación de no denegar al interesado el acceso a la justicia. Su propósito es integrar los vacíos normativos que dejan otros estándares (Bohoslavsky, 2010, 41).
- Protección contra riesgos no comerciales: expropiación directa y expropiación indirecta. Nada impide que un Estado, por razones de interés público, utilidad pública o necesidad pública, afecte los derechos de propiedad de inversionistas extranjeros, pero el ejercicio de esta facultad

soberana no puede ir en contra del patrimonio de aquéllos, por lo que corresponde proceder al pago de una compensación, indemnización o justiprecio u otra forma de resarcimiento, para precisamente compensar el desbalance patrimonial que se ocasiona al inversionista con esta acción gubernamental soberana (Ampuero, 336, 339, 345).

El Derecho Internacional de las Inversiones y la soberanía estatal

Como un dato empírico se debe tener presente que el derecho de las inversiones, desde su concepción, tiene por objetivo cautelar y generar un marco de promoción y de protección de la inversión extranjera. Además, hay que agregar a ello, tomando en consideración los diversos laudos arbitrales emitidos en diversos procesos desarrollados y que enfrentaron a inversores, por un lado, y Estados receptores, por el otro, que esos Laudos arbitrales han generado como consecuencia la limitación de la soberanía del Estado en cuanto refiere al diseño de sus propias políticas públicas, así como la total limitación de las facultades estatales que permitan un control adecuado del cumplimiento de los compromisos de los inversores (eficiencia de la inversión). Y, por último, esas decisiones arbitrales “no reconocen la protección de los derechos humanos como una justificación válida para actuar en contra de las disposiciones de los

APPRI. Lo anterior compromete directamente la adopción de políticas públicas en escenarios clave para el interés público y el orden interno y, por consiguiente, para los derechos humanos. Es así que el derecho a la salud, al agua, a la vivienda, los derechos de los pueblos indígenas, la libertad de expresión, la prohibición de la discriminación y el derecho a la vida aparecen comprometidos al momento de la protección y promoción de la inversión extranjera” (Olarte, 2010, 698, 699).

En este caso es interesante recurrir a un caso reciente en el que es parte el Perú. Se trata del Caso N° UNCT/13/1, desarrollado bajo el Reglamento de CNUDMI, administrado por el CIADI, de conformidad con el capítulo 10 del Acuerdo de Promoción Comercial entre los Estados Unidos y el Perú. El demandante es The Renco Group Inc y la demandada es la República del Perú. Se trata de la primera controversia sometida a arbitraje al amparo del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos. En este caso, la controversia se relaciona con las operaciones y medidas de remediación ambiental en el complejo metalúrgico de La Oroya, Perú, que Renco adquirió a través de su filial peruana Doe Run Perú S.R.Ltda., mediante un proceso de privatización desarrollado durante el año 1997.

El 15 de julio de 2016, el Tribunal Arbitral internacional constituido para el caso emitió un Laudo Parcial a favor del Perú, concluyendo que “las reclamaciones de Renco deben

ser desestimadas por falta de jurisdicción”. Se trata, entonces, de una decisión basada fundamentalmente en cuestiones formales, tan es así que Renco calificó de “insignificante” la victoria de Perú en el CIADI y dijo que el fallo favorable responde solo a defectos técnicos de su demanda. Además, anunció que presentará nuevamente su demanda. En ese sentido, correspondería que el Estado peruano afronte su defensa en los ámbitos internacionales del arbitraje no solo desde una perspectiva “técnica”, sino también desde el enfoque de políticas públicas que resguardan el medio ambiente y los derechos fundamentales de la sociedad y los ciudadanos peruanos, que son superiores a los temas restrictivamente utilitarios y comerciales de la empresa. Para ello, deberían impulsarse alianzas con otros Estados e incluso actores de la sociedad civil a nivel global.

Soberanía, políticas públicas y arbitraje

Los Estados receptores de inversiones que buscan establecer regulaciones a través de políticas públicas, ven limitado su accionar, pues la protección a los inversores afecta muchas veces justamente esas facultades. Se ponen en evidencia en estos casos la desigualdad, la pobreza de grandes sectores de la sociedad, el desarrollo desigual, la afectación del medio ambiente, en países que, al mismo tiempo, recurren a capitales extranjeros para promover su desarrollo. En esa relación entre inversores y estados

receptores de inversiones, los inversionistas “se orientan por el lógico interés por generar utilidades teniendo una clara expectativa económica en lo que implica preservar e incrementar dichas utilidades, a efectos de asegurar la rentabilidad de sus negocios. En tal sentido y en la lógica capitalista, el inversionista nacional o extranjero espera cumplir con obligaciones tributarias y regulatorias ‘razonables’ y ‘predecibles’, que en todo caso no perjudiquen su expectativa de lucro” (Kundmüller, 2014, 19). Desde la Organización de las Naciones Unidas esta mirada eminentemente lucrativa de las inversiones se está modulando, poniendo énfasis en la necesidad de mayor inversión pública, a fin de poder alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Por ello, incluso se plantea ahora que las autoridades políticas “tienen que encontrar un justo equilibrio entre la creación de un clima propicio para la inversión y la eliminación de las barreras a la inversión, por un lado, y la protección de los intereses públicos mediante la regulación, por otro lado. Deben elaborar mecanismos para proporcionar rendimientos suficientemente atractivos a los inversores privados, al tiempo que garantizan la accesibilidad y asequibilidad de los servicios para todos los ciudadanos. Y el impulso a la inversión privada debe complementarse con un impulso paralelo a una mayor inversión pública” (CNUCED, 2014, xii). Ya en esa línea, once años antes, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2003), afirmó que

“una inversión bien administrada no sólo debe promover el desarrollo del país que la aloja sino también la vigencia de los derechos humanos. De manera correlativa, una administración y fiscalización inadecuadas de servicios públicos pueden generar serios problemas en una sociedad, puesto que se afectan sus nervios mismos: estándares mínimos de vida” (Bohoslavsky, 2010, 53).

En esa línea, y considerando los ODS, resulta más clara hoy la necesidad de llevar a cabo una regulación que debe lograr compatibilidad y hasta complementariedad entre las inversiones y los derechos humanos. De ese modo, derechos humanos como los derechos a la vida, a la libertad de expresión, a la información y a la libertad de reunión, a la salud, al agua, a la adecuada alimentación, entre otros, están siendo incorporados en el debate de los procesos arbitrales; tal es el caso del arbitraje comentado entre Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra la República Oriental del Uruguay, en el que el Tribunal Arbitral consideró fundamental la potestad estatal de determinar políticas públicas que protejan la salud de su población.

Poblaciones originarias y arbitraje

Un tema de alta relevancia en países como el nuestro es el de los derechos de los pueblos indígenas, que se encuentran en una relación tensa y hasta conflictiva con

inversiones, especialmente en los sectores extractivos (Olarde, 2010, 700, 701). Sobre este particular, puede presentarse el caso de gobiernos que aprueban medidas políticas o preferencias concebidas para estimular las perspectivas de ciertas personas, o ciertos grupos marginados o desfavorecidos, ya sean pueblos indígenas, minorías (o mayorías) étnicas, mujeres u otros. “A primera vista, dichas políticas podrían entrar en conflicto con algunas de las protecciones acordadas a los inversores extranjeros en los tratados de inversión, particularmente en casos en los que estos, o las empresas extranjeras, deban respetar ciertos deberes o ciertas responsabilidades, o en los que ciertos beneficios o preferencias les sean denegados.

Sin embargo, en este contexto es inhabitual que los gobiernos formulen reservas o excepciones en las protecciones de los tratados de inversión. En raras ocasiones, algunos tratados incluyen excepciones para garantizar que los inversores extranjeros no puedan cuestionar las medidas de discriminación positiva a favor de ciertos grupos designados, alegando que se trata de una violación de la garantía de no discriminación del tratado de inversión (o trato nacional)” (Peterson, 2009, 39). El Perú, tomando en cuenta la presencia de poblaciones indígenas kechuas, aymaras y amazónicas, debería considerar este tipo de medidas; sin embargo, eso no se da de esa manera, pues en la lectura que se hace desde las esferas

de decisión, esto ahuyentaría las inversiones.

Hay que destacar que en el Perú se aprobó la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, su aplicación no se está cumpliendo, también bajo el argumento de que se desincentivarían las inversiones.

No obstante, se puede citar el caso de la protección a las poblaciones maoríes en Nueva Zelanda, lo que muestra la posibilidad real de regular esto de manera equilibrada. “Un caso notable es el tratado entre Nueva Zelanda y Tailandia, donde se incluye una excepción general amplia que deja en claro que ninguna de las protecciones de las que gozan los inversores puede invalidar la capacidad del Gobierno para acordar un trato favorable o especial al pueblo indígena maorí” (Peterson, 2009, 39).

Si bien es cierto se han emitido ya algunas decisiones arbitrales en las que se incluye en la fundamentación cuestiones relativas a derechos humanos, no deja de ser cierto “concebir a los TBIs como artífices de un espacio de inaplicabilidad de las convenciones sobre derechos humanos comportaría una clara contradicción con la firme decisión que desde fines de la segunda guerra mundial ha orientado el desarrollo de esos pactos y que en el caso latinoamericano encontró su expresión

en la [Convención Americana sobre Derechos Humanos] CADH” (Bohoslavsky, 2011, 23). Por ello, una adecuada relación entre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos permitiría ayudar a generar el equilibrio que demandan Naciones Unidas para alcanzar los ODS; contrariu sensu, “considerar que la actividad de los inversores se encuentra exenta de las potestades regulatorias implicaría plantear que en ese ámbito el Estado ve limitada su capacidad de protección, lo cual contradiría este rasgo esencial de las obligaciones internacionales en juego. En igual medida, postular que el Estado puede invocar cualquier propósito para modificar sin límite alguno las condiciones jurídicas prima facie amparadas en el TBI implicaría ubicar al inversor en una condición más desventajosa a la que ostenta cualquier persona sometida a la jurisdicción, es decir, incurrir en un trato discriminatorio” (Bohoslavsky, 2011, 29).

Conclusiones:

1. El Derecho Internacional ha tenido un desarrollo sin precedentes como parte de los procesos que se han producido con la última globalización. Este desarrollo ha sido diverso y se han generado una serie de ramas y especialidades dentro de este ámbito jurídico general. Dos de esas ramas son, primero, los Derechos Humanos, y, segundo, el Derecho de las Inversiones, cuya

evolución ha contribuido al protagonismo del individuo en la sociedad internacional.

2. Atendiendo a los compromisos y obligaciones que los diferentes Estados han asumido a partir de Convenciones o Tratados Internacionales de las que son signatarios, ven comprometida su responsabilidad internacional en los frentes, lo que en ocasiones demandaría conductas contrapuestas, toda vez que el cumplimiento de una obligación propia de uno de esos ámbitos, podría generar el incumplimiento de una obligación originada en el otro ámbito jurídico.

3. El desarrollo asimétrico de estas dos ramas del Derecho Internacional en desmedro de los Derechos Humanos ha dado lugar a que los tratados de inversión impongan ciertos límites a los Gobiernos para evitar la arbitrariedad en sus decisiones, protegiendo así a los inversores extranjeros, pero establecen pocos —y a veces nulos— límites u obligaciones para los inversores.

4. Los Tribunales Arbitrales han tomado en consideración los Derechos Humanos desde dos perspectivas. Una primera referida al hecho de que se apliquen a favor de los propios inversores (el derecho a la propiedad y las garantías procesales), como un elemento de protección de las inversiones. Una segunda, cuando se invoca la consideración de los derechos humanos a favor de terceras partes en los procesos arbitrales (personas o grupos

bajo la jurisdicción estatal), algunas veces como justificación de determinadas medidas por parte del Estado receptor de las inversiones.

5. La tendencia predominante en la jurisprudencia arbitral ha sido la de establecer la prevalencia del Derecho de las Inversiones aun a costa de derechos humanos o de la soberanía estatal para establecer políticas públicas que garanticen determinados derechos fundamentales de su población. Esto ha generado la limitación de la soberanía del Estado en cuanto refiere al diseño de políticas públicas e incluso la limitación de la potestad estatal de exigir a los inversores el cumplimiento de obligaciones o compromisos (eficiencia de la inversión).

6. Resulta indiscutible la necesidad de una regulación equilibrada que permita la compatibilidad y complementariedad entre el Derecho de las inversiones y el Derecho de los derechos humanos. No puede seguirse concibiendo los TBIs como artífices de un espacio de inaplicabilidad de las convenciones sobre derechos humanos.

Bibliografía

AMPUERO MIRANDA, Ana. Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Ana_A_Ampuero_Miranda.pdf.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). CEPAL, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, GTZ, Chile, 2010. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3769/S2010545_es.pdf?sequence=1

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista. Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión. CEPAL, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, GTZ, Chile, 2011. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3839/S2010980.pdf;jsessionid=1526A470EF89D1D9039FF39F13AE0132?sequence=1>

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI). Laudo Arbitral del Caso CIADI N° ARB/10/7 iniciado por Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra la República Oriental del Uruguay. Disponible en: https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/laudo_spa1.pdf

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (CNUCED o UNCTAD). Informe sobre las inversiones en el mundo. Panorama General. Invertir en los objetivos de desarrollo sostenible: Plan de acción. 2014. Disponible en: http://CNUCED.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf.

ECHAIDE, Javier. Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho (UBA), 2014. Disponible en: <http://web.isanet.org/Web/Conferences/FLACSO-ISA%20BuenosAires%202014/Archive/0439ce08-a8af-42c0-a793-08e98f775992.pdf>

HIGA, César y SACO, Víctor. Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo. En Revista Derecho PUCP N° 71, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, pp. 213-256

KUNDMÜLLER, Franz. El Derecho Internacional de las Inversiones y el Arbitraje entre Inversionistas y Estados, una intersección en el camino que conduce al Desarrollo Económico, 2014, Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2618514

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (MINJUS). Guía de arbitraje internacional de inversiones. Guía para asesores jurídicos del Estado. Minjus, Lima, 2016.

OLARTE BÁCARES, Diana Carolina. El Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: el reencuentro con los Derechos Humanos, en Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, Tomo VI, Derecho Público, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2010, pp. 683-712

PETERSON, Luke Eric. Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje inversores y Estados. Derechos y Democracia, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. Canadá, 2009. Disponible en: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales-de-inversion-peterson-2009.pdf>