

Título de la ponencia:

*Protección internacional de las inversiones y derechos humanos: ¿Quién es responsable?*

Autor:

Dr. Javier Echaide

Comisión:

Comisión 1 (Globalización, glocalización: nuevas controversias)

## **PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y DERECHOS HUMANOS: ¿QUIÉN ES RESPONSABLE?**

Por Dr. Javier Echaide<sup>1</sup>

Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales (INSOC), Universidad Argentina de la Empresa  
(UADE). Contacto: [jaechaide@uade.edu.ar](mailto:jaechaide@uade.edu.ar)

### **Resumen**

A partir de la globalización, la actividad del capital privado se ha ido transnacionalizando a través de inversiones internacionales y ocupando sectores del mercado que muchas veces se reservaban para la gestión de los Estados. Ello no ha dejado de presentar inconvenientes desde la relación inversionista-Estado. Muchas de estas fricciones entre obligaciones incumplidas por parte de las empresas y contratos revocados por parte de los Estados han ido a dirimirse a foros internacionales de solución de disputas del derecho internacional, tales como el CIADI, del Banco Mundial. El marco normativo de soporte para estas reclamaciones son los tratados bilaterales de protección de inversiones (en adelante, TBI). Casos paradigmáticos se va sucediendo cada vez más entre intereses públicos que aparentan contraponerse a los privados. Así como Suez (en materia de gestión de agua potable y derechos humanos), Vattenfall (en materia de recursos energéticos y decisiones democráticas), Phillip Morris (sobre comercio y salud), son repetidos los casos en conflicto. La normativa aplicable hasta el momento garantiza intereses específicos sobre una esfera determinada del derecho: la protección de las inversiones. Pero ya se han iniciado debates a nivel académico sobre este régimen de protección, como al mismo tiempo se han iniciado discusiones en el marco del Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas sobre la elaboración de Códigos Vinculantes para empresas relativos a derechos humanos. ¿Hasta qué punto esta iniciativa se distancia del concepto existente de la responsabilidad social empresarial (RSE) y cómo es que se plantea como continuidad teórica de la

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (UBA) y Abogado (UBA). Ex Vicepresidente de la Comisión de Auditoría Integral de Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la Rep. de Ecuador (2013-2015). Docente universitario. Investigador de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Contacto: [jaechaide@uade.edu.ar](mailto:jaechaide@uade.edu.ar) El autor desea agradecer el apoyo institucional otorgado por UADE y le deslinda de cualquier responsabilidad respecto del contenido de la presente ponencia.

responsabilidad internacional del Estado? ¿Cuáles podrían ser los parámetros de estos nuevos Códigos en materia de responsabilidad internacional y cómo podrían aportar al desarrollo y garantía de los derechos humanos y los valores democráticos?

## 1. A modo de introducción

Quien suscribe ha participado de este debate,<sup>2</sup> por lo que sería falso aquí decir que “hay un debate en ciernes” –que es la primera frase pensada para iniciar esta presentación-. El debate ya no está en sus puertas: ya se ha iniciado; y se trata de un debate a nivel internacional que vale la pena abordar, pues involucra lo ético, lo paradigmático, pero también los aspectos más novedosos del Derecho Internacional Público y los más complejos del Derecho Civil (del Derecho de Daños, para ser más precisos). La crisis económica abierta en 2008 ofrece el marco de época en donde este debate se desarrolla. Formalmente, el mismo gira en torno a una serie de TBIs celebrados entre países desarrollados y en desarrollo a nivel global<sup>3</sup> y su impacto en el ámbito de los derechos humanos. Pero la razón material de este debate tiene un trasfondo que va mucho más allá y hace al análisis sociológico del Derecho y su desarrollo contemporáneo: se trata, entonces, de un debate de pleno interés en *nuestro tiempo*. Nunca antes un actor tan influyente en la toma de decisiones a nivel global, como son las empresas transnacionales, había adquirido tamaña envergadura como para influir incluso más que algunos de los Estados más poderosos del mundo. Éste es un fenómeno actual, generado a partir de las décadas de 1970 a 1990 y que configura el capitalismo de nuestra época en donde el sector privado transnacional ha adquirido derechos (fuente formal) y poder (fuente material) a una escala tal de poder moldear las relaciones económicas transnacionalmente, ejerciendo su influencia en la sanción de las legislaciones nacionales e incluso a nivel internacional.

A primera vista, uno puede analizar el fenómeno desde su aspecto más simple: se trata de tratados bilaterales celebrados entre Estados que recíprocamente se comprometen a proteger las inversiones privadas provenientes del otro Estado, entendiendo que ello ha de traer beneficios para dichos capitales tanto como para las sociedades de los países en donde se radican. Para ello, los TBI contienen un puñado de cláusulas estándar que perfilan estos acuerdos de inversión –tales

---

<sup>2</sup> Como Vicepresidente de la Comisión de Auditoría Internacional de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (2013-2015) de la Rep. del Ecuador ([www.caitisa.org](http://www.caitisa.org)), participé de distintas conferencias nacionales e internacionales en materia de inversiones extranjeras, su régimen de protección y sus principales problemáticas.

<sup>3</sup> La UNCTAD estima que al año 2010 ya había más de 3.000 TBIs celebrados alrededor del mundo.

como el trato nacional (TN), la cláusula de la nación más favorecida (NMF), el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, las cláusulas relativas a expropiación, la prórroga de jurisdicción, las cláusulas de ultractividad, etc.- Estos tratados, con estas cláusulas, tienen como finalidad otorgar un marco de protección para una actividad de alto riesgo empresario: las inversiones en el extranjero, en donde el inversionista muchas veces desconoce el derecho aplicable o donde el lugar donde la inversión se realiza puede no ofrecer un sistema jurídico fiable, no obstante el gran potencial de rédito para el inversor. Así, en pos de otorgar una mayor “seguridad jurídica” al capital extranjero es que los Estados celebran TBIs y otorgan esa “confianza” que los empresarios inversionistas requieren para adelantar su capital.

Esta óptica inicial entiende que existen “dudas” o que “es de suponer” que el Estado de acogida (*host State*) de la inversión foránea directamente no posee una estructura jurídica seria como para dar respuestas –cuando no garantías- a las necesidades del capital extranjero. Sin dudas que existen casos en donde la estructura estatal es muy endeble (es el caso de muchos de los denominados “Estados fallidos” en África, por ejemplo<sup>4</sup>), pero si se analizan las Partes que han celebrado TBIs rápidamente se concluye que este supuesto excede en mucho a la generalidad de los acuerdos existentes. Más allá de las dudas que puedan subsistir cuando se caracteriza a la Justicia local, en términos generales no hay mayores objeciones a que –incluso con las críticas válidas que puedan hacerse- vivimos en un Estado de Derecho, con un conjunto de normas y un sistema judicial al cual los abogados acudimos frecuentemente como forma idónea para hacer escuchar reclamos particulares y controversias entre ellos.

Un segundo argumento que frecuentemente justifica la necesidad de los TBI es que ellos tienen por efecto atraer las inversiones extranjeras al otorgar una mayor seguridad jurídica a dichas inversiones. Este era uno de los principales argumentos político-económicos utilizados en los años '90 para la celebración de dichos acuerdos. A veinte años vista, es hoy empíricamente comprobable que los TBI no han causado ese efecto: incluso la UNCTAD –organismo

---

<sup>4</sup> Aunque incluso el concepto genérico de “Estado fallido” tenga fuertes falencias en cuanto a la discrecionalidad política de esta asignación, en términos muy generales se trata de Estados flagelados por décadas de guerras civiles y conflictos armados de índoles complejas que colocan a sus poblaciones en una situación de indefensión que va más allá de las posibilidades concretas de regulación y control por parte del Estado territorial. Son casos en donde la administración de justicia materialmente no puede resolver los principales problemas sociales: matanzas, desplazamientos, refugiados, hambrunas, enfermedades, control territorial efectivo, etc. Ver: Rotberg, Robert I., “El fracaso y el colapso de los Estados-Nación: Descomposición, prevención y reparación”, en *Los Estados Fallidos o Fracasados: Un debate inconcluso y sospechoso*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2007.

internacional que en los '90 promovió la celebración de TBIs bajo este tipo de argumentos- hoy sostiene, gracias a estudios por ella realizados, que los TBI no son finalmente un elemento determinante para la atracción de inversiones extranjeras, sino que funcionan dentro de un conjunto mucho más amplio de factores en donde incluso los acuerdos de cooperación económica, la situación macroeconómica del país, o las tasas de rendimiento, acaban siendo mucho más influyentes.<sup>5</sup> Sostenemos que el fundamento de este contraargumento es simple: ninguna empresa decide invertir en un país extraño esperando que le vaya mal en su negocio para luego poder iniciar una controversia a nivel internacional que le demorará entre 7 y 10 años, le erogará gastos, para recién entonces lograr recoger algún tipo de resultado económico bajo la forma de un resarcimiento. Las empresas invierten con miras al éxito de su inversión, no a su fracaso. Invierten con una expectativa de rédito en el corto plazo: buscan obtener su lucro lo antes posible, no a la espera de 10 años de haber invertido y tras un proceso arbitral complejo... En este punto subsiste entonces la pregunta: ¿qué función cumplen entonces los TBI? Máxime cuando este conjunto de normas limitan el desarrollo de políticas públicas que podrían incluso ser factores favorables para marcos macroeconómicos a largo plazo que den previsibilidad al mundo de los negocios.

Más allá de las razones que pudieron motivar la firma de TBIs –lo cual es también parte del debate más general- hay dos cuestiones que esta discusión no logra resolver en el presente: 1) ¿Qué hacer con los TBI existentes?; y 2) Con o sin TBI: ¿cómo regular el régimen de inversiones?

Ambas preguntas llevan una serie de presupuestos: a) que la inversión extranjera es en algunos casos necesaria para obras estructurales, de gran envergadura, aquellas que dentro de las economías de los Estados territoriales sería inviable costear; b) que las empresas transnacionales (en adelante, ETN) no son un agente cualquiera en términos que pueden ser comparadas, en tanto personas jurídicas, con empresas de muchísimo menor tamaño (pequeñas y medianas empresas – o PyMEs- por ejemplo) dentro de la economía doméstica; y c) que no sólo son atendibles las necesidades del capital extranjero para hablar de "seguridad jurídica" sino también las del capital local y –sobre todo- las de la propia población del Estado huésped de dicha inversión, por lo que

---

<sup>5</sup>UNCTAD; "The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries", Nueva York y Ginebra, 2009: xii; 110-111. Disponible en: [http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf) (consultado el 4/09/2015).

el concepto de “seguridad jurídica” se torna en un objeto mucho más amplio para definir dentro de una comunidad de intereses.

Las preguntas pendientes vinculan una serie de desafíos muy actuales para el derecho internacional que van más allá de lo teórico: el régimen de protección internacional de inversiones dado por los TBI ha generado todo un andamiaje jurídico de reglas con una aplicación concreta en foros internacionales tales como el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativos a Inversiones (CIADI), perteneciente al Banco Mundial. El CIADI –junto con otros foros internacionales tales como la Cámara de Comercio Internacional, la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, las reglas UNCITRAL, etc.- se ha instituido de manera mayoritaria como eje del arbitraje donde las empresas llevan sus reclamos en materia de inversiones. Y son los TBI los que abastecen el marco normativo aplicable para dichas reclamaciones. El régimen de protección opera, por consiguiente, con un tándem: el CIADI provee de la estructura principal de foro *a donde* es pertinente hacer reclamos en materia de protección de inversiones, y los TBI son el “combustible jurídico” que provee de reglas, cláusulas, criterios amplios que determinan *qué* tipo de protección es el que estas inversiones gozan.

## **2. Una perspectiva filosófica: normas disponibles y no disponibles en el derecho internacional**

Siguiendo con el debate que se describía acerca del régimen de protección de inversiones dado por los TBI y los laudos del CIADI, se han suscitado–y de manera creciente- casos en que esta protección parece “contradecir” otro tipo de bienes jurídicos protegidos, también a nivel internacional, como son los derechos humanos. El entrecomillar la noción de “contradicción” entre el régimen internacional de protección de inversiones y el régimen internacional de derechos humanos, no es algo inocente. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas no reconoce una contradicción en términos de colisión de derechos entre un régimen y el otro. En su Informe sobre la Fragmentación del Derecho Internacional del año 2005, la CDI concluyó que no debe haber –en principio- una contradicción formal entre obligaciones libremente asumidas por los Estados dentro de la comunidad internacional: si el Estado ha asumido una obligación, debe cumplirla conforme al *pacta sunt servanda*. Y si eventualmente hubiera tal colisión, entiende que los derechos humanos son obligaciones de carácter *erga*

*omnesque*, si bien no suponen necesariamente una jerarquía superior de carácter imperativo dentro del derecho internacional (*juscogens*), *sí determinan una prioridad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado* en su carácter de obligaciones *erga omnes*; por lo que, ante dicha situación, el Estado debe optar por cumplir primero por la obligación impuesta por los tratados de derechos humanos y luego cumplir también con la obligación impuesta por los TBI.

No obstante, la base sobre la que apoya dicha conclusión es también polémica, incluso desde un racconto más o menos largo de la jurisprudencia de la propia Corte Internacional de Justicia (CIJ). Así, los derechos humanos no solamente funcionan como simples normas en sentido estricto de la concepción normativa, es decir como meras cláusulas obligacionales *inter partes* figuradas en instrumentos jurídicos internacionales, sino como la expresión de un *principio hermenéutico* del Derecho en el sentido de una serie de herramientas que sirven para interpretar esta disciplina así como para dirigir el plexo normativo: son un faro que guían esa dirección. No son pocas las sentencias de la CIJ y otros foros internacionales, regionales e incluso nacionales que van en tal sentido.<sup>6</sup>

Es por ello que, desde un análisis hermenéutico del Derecho, podemos entender que los tratados de derechos humanos no son solamente obligaciones "con prioridad" en el cumplimiento –que lo son-, sino mucho más: a estas alturas de la historia (dos guerras mundiales y más de un centenar de millones de vidas perdidas en conflictos bélicos; campos de exterminio; millones de muertos, desaparecidos, torturados, etc.; prácticas degradantes de la condición humana no sólo para las víctimas, sino aberrantes para la humanidad toda) y dada también la altísima aceptación en materia de ratificaciones del bloque de tratados de derechos humanos<sup>7</sup>, se trata de una *comunidad de valores trascendentes* expresados en textos normativos y a los que un Estado no puede deslindarse a sola voluntad. Podrá denunciar tal o cual tratado de derechos humanos (el 10 de septiembre de 2013 Venezuela denunció la Convención Interamericana de Derechos Humanos,

---

<sup>6</sup>Pinto, Mónica; "El *juscogens* en la jurisprudencia internacional"; *Audiovisual Library of International Law (UN Lecture Series): Courts and Tribunals. Jurisprudence*. Disponible en: <http://www.un.org/law/avl/> (consultado el 1/09/2015).

<sup>7</sup> Al 1/09/2015 el sistema más básico de derechos humanos, constituido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales poseen 168 y 164 ratificaciones, respectivamente (<http://indicators.ohchr.org/>); sobre un total de 193 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (<http://www.un.org/es/members/growth.shtml>).

por ejemplo)<sup>8</sup>, pero la norma consuetudinaria que éstos expresan resulta inderogable, imprescriptible y que responden a las necesidades sociales de la comunidad de Estados en su conjunto. Es por ello que los Estados no pueden disponer libremente de ellas<sup>9</sup>.

La duda remanente sobre la clasificación de este tipo de normas que son los derechos humanos es en cuanto a su jerarquía. Para el caso argentino, son ya catorce los tratados de derechos humanos que forman parte del llamado “bloque de constitucionalidad”. Pero ello no es así dentro de la comunidad de Estados o en el derecho internacional. Si bien es claro que estas normas son de altísima importancia, la CIJ no se ha arriesgado aún en decir en sus sentencias que los derechos humanos *son* en efecto normas imperativas del derecho internacional, aunque las ha reconocido con un lenguaje “alternativo” bajo la categoría de obligaciones *erga omnes*<sup>10</sup>.

En este sentido, el Instituto de Derecho Internacional ha definido a las obligaciones *erga omnes* como “[u]na obligación, establecida por el derecho internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas.”<sup>11</sup> La diferencia de estas obligaciones respecto de las de *juscogens* no parece radicarse en su fundamento o su validez, sino en sus efectos: nada menos que en la capacidad de volver nulas normas que les sean oponibles<sup>12</sup>, y también como causal de exclusión de la ilicitud en un hecho que genere responsabilidad internacional –lo cual convierte al acto ilícito en lícito, idea sobre la que volveremos luego.<sup>13</sup> No se trata entonces una diferencia de matiz, pero es claro que tal distinción no obedece a una distancia en su naturaleza filosófica: si el Derecho es un conjunto de reglas, una lectura sistémica de la importancia de las normas de derechos humanos evidencia lo trascendentales que resultan si consideramos además los bienes jurídicos que protegen. Ello es –y

---

<sup>8</sup> Comunicado de prensa de la OEA: “CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela”, 10/09/2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp> (consultado el 3/09/2015).

<sup>9</sup> Pinto, Mónica; Op. Cit. Disponible en: <http://www.un.org/law/avl/> (consultado el 1/09/2015).

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Institut de droit international, “Obligations and Rights Erga Omnes in International Law”, reunión de Cracovia, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005), Art. 1. Citado en: PAGLIARI, Arturo; “Fragmentación del Derecho Internacional. aplicación y efectos.” Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/6%20-%20pagliari.127-184.pdf> (consultado el 2/09/2015).

<sup>12</sup> Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>13</sup> Art. 26 de la Res. 56/83 (2001) de la Asamblea General de la ONU.



sintetizando a la Declaración Universal de los Derechos Humanos-: la libertad y la dignidad de todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna.

Aquí me permito disentir con las escuelas clásicas del derecho internacional como son el iusnaturalismo y el positivismo: la primera entiende que el fundamento para las normas de *juscogens* obedece a una "ley moral" universal;<sup>14</sup> mientras que la segunda sostiene la objetividad de la norma internacional, negando de este modo la condición de moralidad como un fundamento basal de las mismas.<sup>15</sup> Lo que sostenemos es que los derechos humanos, las normas *erga omnes* y el *juscogens* internacional son un producto razonado del desarrollo normativo del hombre en pos de procurar proteger temas sustanciales de la condición humana, tales como la dignidad. Ese poder racional que da lugar a este desarrollo progresivo del derecho no es una "idea moral" sino que surge de una realidad concreta. Lo mismo ocurre con la dignidad del hombre: es porque podemos razonarla y entenderla, que la establecemos para todos y le otorgamos una coraza de protección conformada en normas jurídicas internacionales y nacionales. Con ello decimos que la razón y la dignidad no son "cosas morales" pero tampoco "cosas dadas" (positivas), sino que son construcciones filosóficamente materiales.<sup>16</sup> Se trata de un fundamento extra-jurídico que habilitan al ser humano a plantearse objetivos, cuestiones que son trascendentes: simplemente el desafío de **ser mejores**.

El tema de los derechos humanos importa pues hace a las bases más fundamentales del orden internacional desde la segunda posguerra y vigente al día de hoy. Planteó un fuerte debate en tanto pareció colocar políticamente en tela de juicio a la figura del Estado y su accionar avasallante contra sus súbditos. Sin embargo hoy, este primer momento de la discusión en torno a los derechos humanos parece haber quedado atrás: ya nadie puede seriamente criticar su legitimidad y el rol limitativo que suponen al poder público. Pero un debate interesante ha nacido cuando este tipo de normas ponen en juicio a conductas no sólo del Estado sino de personas del ámbito privado devenidos en actores de tal poder a nivel internacional que son capaces de encarar actividades altamente lucrativas como riesgosas: las empresas transnacionales.

---

<sup>14</sup> Kant, Immanuel; *Crítica de la Razón Práctica (Edición de 1788)*. Losada, Buenos Aires, 2007.

<sup>15</sup> Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica (Primera edición, 1934)*. Trotta, Madrid, 2011. Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho (Última edición de 1960, traducida del francés de 1946)*. Eudeba, Buenos Aires, 2008.

<sup>16</sup> Negt, Oscar; *Kant y Marx: Un diálogo entre épocas*. Trotta, Madrid, 2004.

La protección asumida por los Estados en favor de estos actores privados en los TBI está colocando a ese paralelismo normativo fragmentado del derecho internacional en una situación al menos incómoda. Pues la tensión en casos concretos donde los reclamos de los inversionistas van a contrapelo de decisiones democráticas tomadas por la población<sup>17</sup><sup>18</sup>, reclamos genuinos por parte de comunidades de afectados por contaminación causada por determinada empresa<sup>19</sup>. También se pone en riesgo la capacidad del Estado de legislar en materia de salud<sup>20</sup>, o cuestiones

---

<sup>17</sup> En el Caso CIADI “**Vattenfall c/ Alemania (I)**” la empresa sueca de energía Vattenfall planeaba construir y operar una planta de energía a carbón en Hamburgo. La planta produciría electricidad y calefacción. Los habitantes de la ciudad se opusieron al establecimiento de la planta haciendo hincapié en su impacto sobre el cambio climático y sobre el río Elba. Según la empresa, esta oposición contribuyó a las demoras en la emisión de los permisos requeridos para el control de las emisiones y el uso del agua, así como de la eventual denegación de un permiso de uso de agua para la producción de la planta. El proceso de aprobación se llevó a cabo junto con las elecciones locales en las que la planta fue un tema importante de la campaña electoral, donde ganó el Partido Verde alemán, quien tomó las demandas sociales y transformó al rechazo de la instalación de la planta en una posición de gobierno en Hamburgo. Después de un litigio en los tribunales nacionales, los permisos fueron emitidos a Vattenfall con restricciones. Vattenfall presentó entonces un aviso de intención de llevar el tema a arbitraje bajo la Carta de Energía Europea en busca de US\$ 1,9 mil millones en concepto de indemnización. Este fue el primer arbitraje de inversión conocido contra Alemania y planteó preguntas sobre el impacto de arbitraje de inversión en la capacidad de los gobiernos para adoptar o modificar las medidas ambientales, en especial después de las elecciones.

<sup>18</sup> Caso CIADI “**Vattenfall c/ Alemania (II)**”: En mayo de 2012, la misma empresa volvió a demandar a Alemania por al menos US\$ 1.000 millones más. Este nuevo caso tuvo como eje principal el atacar una medida de política pública tomada por Alemania de revertir su plan de energía nuclear tras el desastre de Fukushima, Japón, en 2011. Ante los reclamos de vastos sectores de la sociedad alemana, finalmente decidió revertir su política, lo cual significó revertir una decisión tomada en 2010 de extender la cantidad de años de los permisos de funcionamiento de las plantas vigentes. La transnacional sueca Vattenfall nuevamente se sintió afectada por dicha política pública de iniciar un cambio hacia un régimen alternativo, más puro y seguro de fuentes de energía, y decidió presentar su segunda demanda contra el Estado alemán.

<sup>19</sup> Casos CIADI como “**Burlington Resources c/ Ecuador**” sobre la explotación petrolera en Ecuador afectó derechos de pueblos indígenas de la Amazonia ecuatoriana radicados históricamente en las zonas sujetas a las concesiones petroleras, así como también se vieron involucrados la salud pública, la protección del medio ambiente, la gestión de recursos naturales (petróleo), contratación pública, y el orden público por conflictos violentos por la explotación de petróleo. La empresa es fuerte en la industria extractiva y tiene sede en EE.UU., con intereses en varias áreas de explotación en la selva tropical. Las participaciones en estas áreas fueron otorgadas por el gobierno ecuatoriano en la década de 1990 como parte de los programas de ajuste estructural impulsados por los organismos financieros internacionales. La empresa inició su demanda contra Ecuador alegando un incumplimiento por parte del gobierno para proteger sus operaciones de la oposición indígena local. La demandante también se opuso a las medidas del gobierno para aumentar los niveles de participación pública bajo contratos de producción compartida. En una decisión inicial sobre su jurisdicción, el tribunal redujo su autoridad a las reclamaciones de expropiación bajo el TBI EE.UU.-Ecuador. El caso plantea importantes cuestiones acerca de las consecuencias sociales y ambientales de gran escala la explotación de recursos. Esta demanda involucra disputas similares a las que iniciaron otras empresas, como por ejemplo en el conocido caso “**Chevron c/ Ecuador (I y II)**” y que ha motivado una campaña internacional por parte de la empresa contra Ecuador y viceversa, siendo que la justicia ecuatoriana condenó a la petrolera a pagar US\$ 9.000 millones por daños probados al ambiente en el país con la mayor biodiversidad del planeta.

<sup>20</sup> Caso CIADI “**Philip Morris c/ Uruguay**”: En 2010 Uruguay sancionó una nueva legislación aumentando la regulación en materia de salud pública sobre el sector del tabaco y adoptando altos estándares en materia de salud para desincentivar el consumo de tabaco en el país. Ello lo hizo no sólo con una ley interna sino también dentro de los márgenes del Convenio Marco para el Control del Tabaco celebrado internacionalmente en el ámbito de la

referidas a la segregación racial<sup>21</sup>, el acceso al agua potable y saneamiento<sup>22</sup>, etc. Todas ellas hacen alusión directa a cuestiones relativas a los derechos humanos. Este tipo de tensiones ocurre

---

Organización Mundial de la Salud (OMS), en vigor desde 2005 y adoptado por 168 países.<sup>20</sup> La nueva regulación uruguaya obliga a ocupar el 80% del paquete de cigarrillos con publicidad anti-tabaco e impide que una misma empresa pueda comercializar más de una marca. Frente a esta nueva legislación, Philip Morris presentó una demanda contra Uruguay en el CIADI por “expropiación indirecta”, aun cuando el Convenio Marco de la OMS determina que frente a una controversia son los Estados los capaces de poder presentar un reclamo dentro de los parámetros que la Conferencia de Países Partes determine (Art. 27 del Convenio Marco OMS). En este caso, la transnacional norteamericana Philip Morris accionó directamente contra Uruguay y no según los mecanismos de arbitraje establecidos por la norma sobre salud de la OMS sino que invocó el TBI Uruguay-Suiza, utilizando para ello a sus filiales en el país europeo para que aparecieran como demandantes formales, puesto que Uruguay no tiene un TBI con EE.UU. para justificar la demanda. A pesar de todas estas circunstancias el CIADI aceptó su jurisdicción en el caso y el mismo se inició encontrándose actualmente en curso (Caso CIADI Nro. ARB/10/7). Tanto Uruguay como Suiza son Estados parte del Convenio Marco de la OMS y hoy intentan cerrar una declaración conjunta sobre los parámetros interpretativos sobre el fondo del Acuerdo Marco y, específicamente, sobre el mecanismo de solución de controversias en él establecido, de modo de hacer un llamado directo de atención sobre el caso presentado por la tabacalera estadounidense, que es además la primera demanda contra Uruguay en el CIADI.

<sup>21</sup>Caso CIADI “**Foresti c/ Sudáfrica**” utilizando el TBI Italia-Sudáfrica: Se trata de un grupo de inversores que demandó a Sudáfrica debido al impacto de su legislación “Empoderamiento Económico Negro” sobre sus activos. La legislación destinada a combatir la discriminación racial del pasado que surge de *apartheid* en Sudáfrica. Requería empresas mineras a desprenderse de una parte de sus activos con el fin de aumentar la propiedad indígena. Finalmente, el caso se resolvió en términos que eran favorables a los reclamantes. Sudáfrica acordó reducir sustancialmente la participación en la propiedad que se requiere para la desinversión por los reclamantes. Este caso indica que una demanda tratada de inversión puede afectar la aplicación de medidas de derechos humanos. Se plantea la posibilidad de que los gobiernos se verán disuadidos de la adopción de tales medidas, debido al riesgo de reclamaciones de los inversores. Además, se plantea la cuestión de si otros inversores en Sudáfrica, que previamente aceptado los requisitos para la desinversión, podrían exigir una abaja de riesgo de los requisitos para que coincida con el trato recibido por los demandantes en este caso.

<sup>22</sup>Caso CIADI “**Aguas del Tunari c/ Bolivia**”: Una empresa boliviana eludió la jurisdicción nacional y demandó al Estado boliviano ante el CIADI invocando el TBI entre Bolivia y Países Bajos a pesar de que la controlante en última instancia de la empresa era una empresa norteamericana: Bechtel. El fondo del caso trató sobre el servicio de agua potable y saneamiento de la zona metropolitana de la ciudad de Cochabamba, una de las más pobladas del país. El caso adquirió notoriedad por el alzamiento de la población de Cochabamba entre enero y abril del año 2000 tras el aumento de entre un 115% y más de un 300% de las tarifas del suministro de agua tras la privatización del servicio en manos de la empresa Aguas del Tunari S.A. (AdT). Tras un proceso licitatorio sospechado de corrupción, se concertó la concesión la cual estaba estipulada para un período realmente extenso: 40 años, dentro de los cuales la empresa AdT gozaría de una “rentabilidad negociada” como producto de su actividad económica. Adquirida la concesión, hubieron manifestaciones de protesta social que motivó a que las empresas dueñas de AdT “mudaran” (tal fue la expresión utilizada por la empresa) su domicilio legal y bajo una denominación societaria nueva: se trasladaron de las Islas Caimán (con quien Bolivia no tenía un TBI) a Holanda (con quien Bolivia sí tenía un TBI vigente), otorgándole así *iusstandi* a las compañías demandantes alegando ahora el TBI y aun contando con el expreso rechazo del Estado boliviano, ya que la operación debía tener el consentimiento estatal según el contrato de concesión firmado por la empresa. Las subas unilaterales de las tarifas –que comprometían el acceso a agua potable a gran parte de la población de Cochabamba– motivaron una movilización social sin precedentes, y las irregularidades de las operaciones de la empresa originaron protestas formales de las autoridades bolivianas a nivel local e incluso dentro de su defensa en el CIADI. En el año 2000 el Tribunal laudó favoreciendo a la empresa en la totalidad de sus reclamos, lo cual resultó en un escándalo tanto a nivel jurídico como social. El caso acabó en 2006 con el retiro de la subsidiaria de Bechtel del consorcio en el que habían ingresado, creado en un paraíso fiscal con un capital ficticio de sólo US\$ 2.000 que aparentó justificar el reclamo. Tras el laudo y para asegurar el retiro de la empresa, se acordó un pago simbólico en concepto de indemnización por un monto total de 2 bolivianos, el

en una cantidad cada vez mayor de casos, y ello se refleja en una preocupación creciente por parte de la Academia a nivel internacional,<sup>23</sup> algunas organizaciones internacionales y ciertos Estados a fin de hacer un seguimiento hasta el momento descoordinado y de ensayar posibles soluciones a este problema.

### 3. Un mundo sin CIADI...

El CIADI funciona de forma problemática por dos cuestiones principales: la concentración decisoria de laudos en un puñado de árbitros; y la reiteración y uso *de facto* del criterio del precedente, propio del *commonlaw* pero no del derecho internacional. Desde hace ya varios años, los argumentos más fuertes en contra del CIADI esgrimen que se trata de una organización de la que hay que apartarse<sup>24</sup>. Si se analizan estos dos motivos centrales de las críticas más serias al CIADI, se corrobora que en efecto más de la mitad de los laudos han sido decididos por un grupo no mayor a quince de un total de varios cientos de árbitros citados en total para resolver controversias dentro de este organismo<sup>25</sup>. La concentración funciona en lo regional y en lo nacional: todos salvo uno de estos quince miembros son del “norte global”<sup>26</sup>, y en términos planetarios más de los dos tercios de los árbitros elegidos en las controversias presentadas son de Europa Occidental (47%), de EE.UU. o de Canadá (22%)<sup>27</sup>.

---

equivalente a 30 centavos de dólar... Esto terminó de redundar en lo absurdo del reclamo ante este mecanismo de arbitraje internacional.

<sup>23</sup> “Declaración Pública sobre el Régimen de Inversión Internacional” del 31/08/2010, firmada por académicos de cerca de 55 universidades alrededor del mundo. Disponible en: <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/> y en versión en español en: <http://www.osgoode.yorku.ca/wp-content/uploads/2014/11/Declaraci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf> (consultado el 4/09/2015).

<sup>24</sup> Shorr, Martin; “Los límites externos”; revista Le Monde Diplomatique (ed. Cono Sur), agosto 2015. Echaide, Javier; “CIADI y soberanía”; revista Le Monde Diplomatique (ed. Cono Sur), enero 2013. “El Gobierno quiere irse del CIADI para evitar nueva embestida de acreedores”; diario El Cronista, s/f, disponible en: <http://www.cronista.com/economiapolitica/El-Gobierno-quiere-irse-del-CIADI-para-evitar-nueva-embestida-de-acreedores-20130125-0041.html>. “El Gobierno planea abandonar el CIADI, ratificó el abogado Barcesat”; diario IProfesional, 21/03/2013, disponible en: <http://www.iprofesional.com/notas/153103-El-Gobierno-planea-abandonar-el-CIADI-ratific-el-abogado-Barcesat>. Dinatale, Martín; “Impulsan la creación de un Ciadi para la Unasur”, diario La Nación, 24/01/2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1548469-impulsan-la-creacion-de-un-ciadi-para-la-unasur>. “Piden que Argentina también salga del CIADI”; Economía Crítica, 30/08/2012, disponible en: <http://www.economiacritica.com/2012/08/30/piden-que-argentina-tambien-salga-del-ciadi/>. Echaide, Javier; “El Ciadi a la orden del día”, diario Página 12, 20/04/2012, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-192295-2012-04-20.html>. Todo consultado el 4/09/2015.

<sup>25</sup> Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia; *Cuando la injusticia es negocio*. CorporateEuropeObservatory&TransnationalInstitute, Bruselas y Amsterdam, 2012: 42-43. Disponible en: [https://www.tni.org/files/download/cuando\\_la\\_injusticia\\_es\\_negocio-web.pdf](https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf) (consultado el 4/09/2015).

<sup>26</sup> La única excepción es Francisco Orrego Vicuña, de nacionalidad chilena; *Ibidem*.

<sup>27</sup> CIADI; “Carga de casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2015-1)”. Washington, 2015: 18.

La reacción evidente es retirarse del CIADI, algo que hasta el momento se ha dado en sólo tres casos: Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012). Esta posible solución es unilateral: que los Estados que así lo resuelvan políticamente decidan aplicar las cláusulas previstas de denuncia del Convenio de Washington de 1965 y salirse de ese organismo. Resuelve el problema puntual. Sin embargo, este desafío no obstaculizaría la continuidad de la utilización de las mismas reglas de protección de inversiones (que son dadas por los TBI y no por el CIADI) y significaría una decisión unilateral (sólo afectaría a Estados individuales) por lo que sería radical en cuanto al efecto de un sujeto puntual (un Estado) pero de un alcance global modesto: el CIADI seguiría con su trabajo con los restantes miembros y sin demasiados problemas. Además el CIADI, como dijimos, no es el único foro que entiende sobre estas cuestiones, por lo que el abanico de alternativas seguiría presente incluso con las mismas reglas de funcionamiento dadas por los tratados bilaterales. Por ende, el cuestionamiento respecto del CIADI debe ser dividido en dos aspectos que son totalmente diferentes como para hacer realmente pertinente las críticas (muy válidas en algunos casos). Una cuestión se refiere a los funcionamientos internos del CIADI, cuya transparencia y legitimidad no siempre queda del todo clara. Algunas de estas cuestiones (reglas para la recusación de árbitros) responden a temas específicos del organismo, pero otros se refieren a una noción más "sistémica" en cuanto a la relación sucesivamente alternada de roles y que exceden a la especificidad del CIADI (aunque no lo excluyen). Éste último caso se da en la capacidad dada en los hechos de que una misma persona pueda ser abogado de parte hoy en un determinado caso y árbitro mañana en otro caso similar, incluso con una o las dos Partes repetidas. También puede involucra a ciertas posiciones en la academia que obtura el desarrollo de visiones alternativas. Desde ya que esta situación de alternancia son más criticables que otros: la dogmática jurídica bien puede ser una sincera interpretación de opiniones libres, pero a veces también resulta clave en la consulta bibliográfica y como fuente de derecho para resolver casos concretos, por lo que no siempre queda claro cuándo un doctrinario cumple genuinamente con su rol como librepensador y cuando, en cambio, se sirve para establecer criterios que esa misma persona luego aplicará en resoluciones de casos. En otras situaciones, la crítica sí es más clara: el de las "puertas giratorias como juez y parte, y que constituyen en situaciones que merecen ser observadas. Pero exceden al sólo caso del CIADI, pues bien pueden aplicarse a otros foros donde pueda ocurrir lo mismo. Aquí, nuevamente, la crítica especial al CIADI no resolvería el problema de fondo, pues se trata de algo más genérico: involucra al "sistema" de cómo el

funcionamiento de los tribunales *ad hoc* en materia de inversiones no garantizan una justicia transparente.

Tales observaciones, legítimas a nuestro entender, bien podrían ser resueltas con el establecimiento de cortes especiales relativas a inversiones, con jueces estables, con exclusividad en el desempeño de su cargo, honorarios fijos y no dependientes de su auto-regulación y seleccionados con criterios estables con mayor objetividad que la forma en que una parte (sea la empresa como también el Estado) elige a su árbitro: por la cercanía de posiciones a los criterios de la Parte que lo designa en el rol.

Pero la preocupación que no logra resolverse es la que atañe a las reglas *de fondo* en materia de la regulación y protección de las inversiones. Dichas reglas no las establece ni el CIADI ni otro foro similar, sino que son establecidas por la normativa aplicable, que son los TBI. La denuncia del CIADI, incluso una disolución de dicho organismo, no acabaría por atender esta cuestión.

#### 4. Un mundo sin TBIs...

Los TBI no han sido el marco más adecuado para la regulación de inversiones a nivel internacional bajo los esquemas de valores sostenidos en los tratados de derechos humanos. Sencillamente porque no fueron pensados con ese propósito, y ese ha sido un verdadero problema. No fueron celebrados teniendo en cuenta los posibles efectos contraproducentes de los derechos contenidos, y no han contemplado reales contrapartidas obligacionales para los beneficiarios de las garantías acordadas. El resultado ha sido un conjunto entrecruzado de normas sin contrapesos: suponen garantías a las inversiones pero sin requerir nada a cambio. El solo hecho de que ningún TBI (ni siquiera las normas de procedimiento del CIADI) prevea un simple depósito o tasa de inicio porcentual al reclamo que se inicia mediante la controversia, es un ejemplo prosaico pero muy claro a la vez de esto.

Es recurrente la referencia jurídica de que con todo derecho va aparejado a una obligación, pero también es cierto que no siempre la obligación es asumida por quien ejerce ese derecho. En materia de derechos humanos, por ejemplo, éstos son establecidos para el goce de los seres humanos, pero es el Estado el que ha asumido el compromiso de su cumplimiento: el derecho establecido (ej: la libertad individual) es para la persona física, pero la obligación aparejada (el deber de cumplimiento) en principio es asumido por el Estado. No obstante ello, los derechos humanos no son obligaciones asumidas en cabeza del Estado *exclusivamente*: el marco de

“*proteger, respetar y remediar*”<sup>28</sup> relativo a los derechos humanos aprobado por el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de la ONU<sup>29</sup> contempla específicamente que el deber de *respetar* los derechos humanos atañe inicialmente a los Estados, pero también hay cierto nivel de responsabilidad que atañe a personas jurídicas que por su actividad acarrear cierto riesgo<sup>30</sup> y, por ende, posee vinculación no solamente con las obligaciones civiles genéricas, sino también con las obligaciones *erga omnes anquejuscogens*, como son los derechos humanos.

En materia de inversiones, los TBI poseen cláusulas que obligan a los Estados a proteger las inversiones provenientes del otro Estado. Ello significa un efecto beneficioso para terceras partes del tratado, más directamente para los inversionistas que podrán tener ciertas garantías de estabilidad con los efectos de dichas cláusulas. Jurídicamente no resulta conclusivo decir si estos tratados efectivamente generan *derechos* a las empresas transnacionales. Ha habido ya casos

---

<sup>28</sup> Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Consejo de Derechos Humanos (CDH) 17º período de sesiones, 21 de marzo de 2011, A/HRC/17/31. Disponible en: <http://www.global-business-initiative.org/wp-content/uploads/2012/07/GPs-Spanish.pdf> (consultado el 9/09/2015). Rulli, Mariana y Justo, Juan B.: *Guía de derechos humanos para empresas: proteger, respetar y remediar: todos ganamos* –1a ed.- Programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Red Argentina Pacto Global, Buenos Aires, 2012.

<sup>29</sup> Resolución 17/4. *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. Consejo de Derechos Humanos (CDH) 17º período de sesiones, 6 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/4. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement> (consultado el 9/09/2015).

<sup>30</sup> Dentro del derecho civil, la Teoría del Riesgo en materia de daños ha ganado amplísima aceptación a lo largo de los últimos 50 o 60 años. Dentro de las manifestaciones de la teoría del riesgo creado se encuentra el “riesgo beneficioso” o “riesgo provecho”, entendiendo a “aquellas actividades que puedan considerarse riesgosas, pero que, además, le permitan a su titular obtener algún beneficio de cualquier naturaleza –aun carente de contenido patrimonial- (...). Esta concepción amplia de la teoría del riesgo nos lleva a abarcar en ella al llamado riesgo de empresa. Ello resulta mera aplicación del principio “ubi molumentum, ibi et onus esse debet” (“allí donde se encuentra el beneficio, allí también debe encontrarse la carga”). (...) la sociedad moderna es contundentemente testigo del surgimiento de grandes organizaciones económicas, muchas de ellas multinacionales (v. gr., empresas de telefonía, automotrices, de transporte, etcétera), que si bien acarrear beneficios para el conjunto de la sociedad, mucho más beneficiosas son en particular para los sujetos que las crean y dirigen. Pero, así como traen aparejados múltiples beneficios, son al mismo tiempo fuente inevitable e inagotable de daños (para los obreros, para los transportados, y para los terceros en general). Estimamos que resulta a todas luces socialmente justificado vincular el riesgo que crean –es decir, el potencial perjuicio que pueden causar- con los beneficios extraídos de la misma actividad que lo origina, y obligar a las empresas a reparar el daño que ocasionan como contrapartida del provecho que la actividad dañosa les procura. Así, resultará responsable del potencial daño aquel que se beneficia con la actividad dañosa ejercida en su provecho; éste, en definitiva, es quien conoce y puede dominar la fuente del riesgo.” (los destacado, en el original): Calvo Costa, Carlos: *Derecho de las obligaciones 2. Derecho de daños*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010: 331-335. Ver también: Compagnucci de Caso, Rubén; Wierzba, Sadra M.; Rua, María Isabel: *Obligaciones Civiles y Comerciales. Temas fundamentales. Responsabilidad Civil. Teoría y Práctica*. Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010: 180.

concretos donde esto se ha analizado y las opiniones han sido divergentes<sup>31</sup>. Empero, el efecto de estas cláusulas es innegable: sí brindan un beneficio directo a los inversionistas extranjeros. Establecido esto, no queda claro de igual modo cuando se trata del establecimiento de obligaciones para con el beneficiado directo: ¿qué "contraprestación debida" asume el inversionista, en la letra de los TBI? No se trata aquí de negar la iniciativa privada, sino de analizar lo que significaría el ejercicio de derechos de una manera equilibrada, lo cual se hace estableciendo contraprestaciones jurídicas entre derechos y obligaciones, como ocurre en cualquier estado de derecho. Si la relación resulta desbalanceada, ¿acaso no estamos frente a un caso de *abuso de derecho*? El derecho internacional tampoco es concluyente al respecto, dado que el abuso de derecho como instituto es propio del derecho interno, mas no del derecho internacional.

En el largo plazo, los TBI han sido aplicados poniendo en tensión la aplicación de los derechos humanos y hasta del régimen democrático, como se ha visto en los casos de *Vattenfall v. Alemania*. Paralelamente, 20 años de aplicación masiva de los TBI han demostrado que no resultan determinantes para la atracción de las inversiones. Regresa entonces la pregunta de por qué siguen regulando el régimen de inversiones si no son el principal motivo de la atracción de la inversión extranjera y si despierta más riesgos normativos en general que las seguridades que brinda.

Tres posibles soluciones podrían pensarse: 1) Que los TBI permanezcan en su actual situación, es decir vigentes y sin modificación, lo cual podría disparar demandas internacionales a fin del resarcimiento de daños ocasionados por las empresas mientras al mismo tiempo éstas demandan por los mismos hechos a los mismos Estados alegando falta de protección de sus inversiones. Esto ya se ha visto en casos como *Burlington y Chevron v. Ecuador*, por US\$ 1.139,1 millones y US\$

---

<sup>31</sup>El voto separado del árbitro Pedro Nikken en el laudo sobre responsabilidad del caso "Suez c/ Argentina" trata exactamente sobre los límites necesarios a las interpretaciones amplísimas de los tribunales del CIADI al momento de aplicar los TBI. ejemplos como la diferenciación de las "expectativas legítimas" –concepto no contemplado en los TBI pero sí aplicado por los tribunales- respecto del "trato justo y equitativo" son elocuentes. Menciona también la Doctrina Calvo recordando que la misma fue incorporada en la Carta de Declaración y Deberes Económicos de los Estados de 1974, y entendiéndolo que no es del todo exacto decir que la misma haya sido abandonada con la firma masiva de los TBI. Sostuvo que: "Los TBI contienen una lista de obligaciones del Estado sobre sus inversiones, no una declaración de derechos para los inversionistas", como también que "Las expectativas de los inversores no son el instrumento apropiado para mensurar cuándo un gobierno actuó correctamente o no de acuerdo con los cánones de un gobierno bien organizado".



9.000 millones, respectivamente. 2) Una terminación<sup>32</sup> masiva de los TBI, algo poco viable en el sentido práctico, pues requeriría una voluntad común e indubitable de todos los Estados con TBIs firmados de decidir terminarlos por mutuo acuerdo, algo que dudamos que ocurra en la práctica. 3) Tratados (esto es, vinculantes) multilaterales que fijen las obligaciones que los TBI carecen.

## 5. A modo de conclusión: ¿Un mundo sin responsabilidad? ¿Un mundo sin derechos?

Como se desprende del párrafo anterior, incluso un mundo sin TBIs no significa un mundo sin responsabilidad o garantías, ni para los Estados ni para las empresas. Los Estados poseen un marco amplio de responsabilidades en materia internacional respecto a la observancia y promoción de los derechos humanos, y tal observancia incluye también a las personas físicas y jurídicas que habitan sus territorios. No obstante ello, la comunidad internacional ya ha comenzado a advertir las dificultades de un régimen internacional de protección de inversiones cuya operatoria ocurre de manera encapsulada y aislada del resto de normas del derecho internacional general. Esta manifestación del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, plantea las contradicciones ya advertidas parcialmente por la CDI, pero en una dimensión que va más allá, pues plantea posibles controversias con las normas que son simientes del propio sistema jurídico internacional.

Está claro que el funcionamiento del CIADI y la aplicación de los TBI están siendo fuertemente criticados por la opinión pública internacional, organizaciones especializadas y Estados afectados<sup>33</sup>. Esta clase de preocupaciones llevaron a la iniciativa en el marco de la ONU para

---

<sup>32</sup> Hablamos aquí de “terminación” en sentido genérico, lo cual incluye la denuncia de estos tratados, pero sin por ello dejar de considerar la posibilidad de que los mismos sean nulos al encontrarse contradictorios respecto de normas internacionales de jerarquía superior como el *juscogens* internacional al contraponerse en sus efectos a las obligaciones vigentes en materia de derechos humanos.

<sup>33</sup> I y II Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos Afectados por Intereses Transnacionales: Guayaquil, Ecuador, el 22 de abril de 2013 y Caracas, Venezuela, el 10 de septiembre de 2014: <http://es.southcentre.int/question/declaracion-de-la-i-conferencia-ministerial-de-estados-latinoamericanos-afectados-por-intereses-transnacionales/> y [http://omal.info/IMG/pdf/ii\\_conferencia\\_ministerial\\_estados\\_afectados\\_intereses\\_transnacionales.pdf](http://omal.info/IMG/pdf/ii_conferencia_ministerial_estados_afectados_intereses_transnacionales.pdf), respectivamente (consultados el 11/09/2015).

celebrar una Convención sobre Empresas y Derechos Humanos, que celebre Códigos vinculantes sobre la materia y así acercar los caminos que por el momento se hallan algo dispersos<sup>34</sup>.

No sólo eso. La propia UE es consiente del tema y lo ha tomado, formando un proyecto de investigación y elaboración de propuestas para avanzar de cara a una solución<sup>35</sup>. El sector privado ya ha avanzado en materia de responsabilidad, aunque mediante una norma autorreferencial y no vinculante, como la ISO 26.000, vigente desde el 2010<sup>36</sup>. El Capítulo 6.3 de dicha norma específicamente trata sobre derechos humanos y los abarca desde la perspectiva de la Responsabilidad Social Empresaria (RSE), que aunque difiere de las iniciativas en ONU más recientes, es sin dudas un antecedente a considerar.

Es evidente que la balanza entre la protección de inversiones y el régimen internacional de los derechos humanos se encuentra desequilibrada. Reformular el régimen de inversiones a nivel global y enmarcarlo de acuerdo a las normas *juscogens / erga omnes* se halla lejos de la aparente “amenaza” de desproteger al capital privado, sino de que éste brinde mayores y mejores formas de responsabilidad en un marco jurídico adecuado a los nuevos desafíos del milenio. Pues, como siguiendo el principio latino: donde se halla el beneficio ha de hallarse también la carga.

Los cánones de una buena gobernanza global implican una responsabilidad acorde con las reglas más básicas del derecho internacional, y ello incluye obligaciones mutuas tanto para el sector público (los Estados) como para el privado (los inversionistas), y que no siempre se hallan tan en sintonía dentro de los acuerdos firmados para la garantía y la promoción de las inversiones. No ver esto es negar una realidad, y es necesario encarar el tema de manera franca para adelantarse al debate a nivel global.

---

<sup>34</sup>“El camino hacia una convención sobre empresas y derechos humanos” del 14/07/2014. Disponible en: <http://ridh.org/news-and-events/news-articles/el-camino-hacia-una-convencion-sobre-empresas-y-derechos-humanos> (consultado el 11/09/2015).

<sup>35</sup> Para más información, ver: <http://humanrightsinbusiness.eu/> (consultado el 11/09/2015).

<sup>36</sup> Sobre la norma ISO 26.000, ver: [http://www.iso.org/iso/iso\\_26000\\_project\\_overview-es.pdf](http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf)(consultado el 11/09/2015). Para ver la Norma ISO 26.000 completa: <http://www.conseser.com.ar/images/news/iso-26000.pdf>(consultado el 11/09/2015).

## Bibliografía

- "Declaración Pública sobre el Régimen de Inversión Internacional" del 31/08/2010. Disponible en: <http://www.osgoode.yorku.ca/wp-content/uploads/2014/11/Declaraci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf> (consultado el 4/09/2015).
- "El camino hacia una convención sobre empresas y derechos humanos" del 14/07/2014. Disponible en: <http://ridh.org/news-and-events/news-articles/el-camino-hacia-una-convencion-sobre-empresas-y-derechos-humanos> (consultado el 11/09/2015).
- "El Gobierno planea abandonar el CIADI, ratificó el abogado Barcesat"; diario IProfesional, 21/03/2013, disponible en: <http://www.iprofesional.com/notas/153103-El-Gobierno-planea-abandonar-el-CIADI-ratific-el-abogado-Barcesat> (consultado el 4/09/2015).
- "El Gobierno quiere irse del CIADI para evitar nueva embestida de acreedores"; diario El Cronista, s/f, disponible en: <http://www.cronista.com/economiapolitica/El-Gobierno-quiere-irse-del-CIADI-para-evitar-nueva-embestida-de-acreedores-20130125-0041.html> (consultado el 4/09/2015).
- "Piden que Argentina también salga del CIADI"; Economía Crítica, 30/08/2012, disponible en: <http://www.economiacritica.com/2012/08/30/piden-que-argentina-tambien-salga-del-ciadi/> (consultado el 4/09/2015).
- Art. 26 de la Res. 56/83 (2001) de la Asamblea General de la ONU.
- Calvo Costa, Carlos: Derecho de las obligaciones 2. Derecho de daños. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- Caso CIADI "Aguas Argentinas SA, Suez, AGBar SA y Vivendi Universal SA c/ Argentina" (Caso CIADI Nro. ARB/03/19).
- Caso CIADI "Aguas del Tunari c/ Bolivia" (Caso CIADI Nro. ARB/02/3).
- Caso CIADI "Aguas Provinciales de Santa Fe SA, Suez, AGBar SA e Interaguas SA c/ Argentina" (Caso CIADI Nro. ARB/03/17).
- Caso CIADI "Burlington Resources c/ Ecuador" (Caso CIADI Nro. ARB/08/5).
- Caso CIADI "Chevron c/ Ecuador (I y II)" (UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23).
- Caso CIADI "Foresti, Piero c/ Sudáfrica" (Caso CIADI Nro. ARB(AF)/07/1).
- Caso CIADI "Philip Morris c/ Uruguay" (Caso CIADI Nro. ARB/10/7).
- Caso CIADI "Vattenfall c/ Alemania (I)" (Caso CIADI Nro. ARB/09/6).
- Caso CIADI "Vattenfall c/ Alemania (II)" (Caso CIADI Nro. ARB/12/12).
- CIADI; "Carga de casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2015-1)". Washington, 2015.
- Compagnucci de Caso, Rubén; Wierzba, Sadra M.; Rua, María Isabel: Obligaciones Civiles y Comerciales. Temasfundamentales. Responsabilidad Civil. Teoría y Práctica. Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.

- Comunicado de prensa de la OEA: "CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela", 10/09/2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp> (consultado el 3/09/2015).
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.
- Dinatale, Martín; "Impulsan la creación de un Ciadi para la Unasur", diario La Nación, 24/01/2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1548469-impulsan-la-creacion-de-un-ciadi-para-la-unasur> (consultado el 4/09/2015).
- Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia; Cuando la injusticia es negocio. Corporate Europe Observatory & Transnational Institute, Bruselas y Amsterdam, 2012: 42-43. Disponible en: [https://www.tni.org/files/download/cuando\\_la\\_injusticia\\_es\\_negocio-web.pdf](https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf) (consultado el 4/09/2015).
- Echaide, Javier; "CIADI y soberanía"; revista Le Monde Diplomatique (ed. Cono Sur), enero 2013.
- Echaide, Javier; "El Ciadi a la orden del día", diario Página 12, 20/04/2012, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-192295-2012-04-20.html> (consultado el 4/09/2015).
- Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Consejo de Derechos Humanos (CDH) 17º período de sesiones, 21 de marzo de 2011, A/HRC/17/31. Disponible en: <http://www.global-business-initiative.org/wp-content/uploads/2012/07/GPs-Spanish.pdf> (consultado el 9/09/2015).
- Institut de droit international, "Obligations and Rights Erga Omnes in International Law", reunión de Cracovia, Annuaire de l'Institut de droit international (2005), Art. 1. Citado en: PAGLIARI, Arturo; "Fragmentación del Derecho Internacional. aplicación y efectos." Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/6%20-%20pagliari.127-184.pdf> (consultado el 2/09/2015).
- Kant, Immanuel; Crítica de la Razón Práctica (Edición de 1788). Losada, Buenos Aires, 2007.
- Kelsen, Hans; Teoría Pura del Derecho (Última edición de 1960, traducida del francés de 1946). Eudeba, Buenos Aires, 2008.
- Kelsen, Hans; Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica (Primera edición, 1934). Trotta, Madrid, 2011.
- Negt, Oscar; Kant y Marx: Un diálogo entre épocas. Trotta, Madrid, 2004.
- Norma ISO 26.000: <http://www.conseser.com.ar/images/news/iso-26000.pdf>  
[http://www.iso.org/iso/iso\\_26000\\_project\\_overview-es.pdf](http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf) (consultado el 11/09/2015).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Consulta en: <http://www.un.org/es/members/growth.shtml> (consultado el 1/09/2015).

- Pinto, Mónica; “El iuscogens en la jurisprudencia internacional”; Audiovisual Library of International Law (UN Lecture Series): Courts and Tribunals. Jurisprudence. Disponible en: <http://www.un.org/law/avl/> (consultado el 1/09/2015).
- Programa de la Unión Europea sobre Derechos Humanos y Empresas: <http://humanrightsinbusiness.eu/> (consultado el 11/09/2015).
- Resolución 17/4. Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Consejo de Derechos Humanos (CDH) 17º período de sesiones, 6 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/4. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement> (consultado el 9/09/2015).
- Rotberg, Robert I., “El fracaso y el colapso de los Estados-Nación: Descomposición, prevención y reparación”, en Los Estados Fallidos o Fracasados: Un debate inconcluso y sospechoso. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2007.
- Rulli, Mariana y Justo, Juan B.: Guía de derechos humanos para empresas: proteger, respetar y remediar: todos ganamos –1a ed.- Programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Red Argentina Pacto Global, Buenos Aires, 2012.
- Shorr, Martin; “Los límites externos”; revista Le Monde Diplomatique (ed. Cono Sur), agosto 2015.
- UNCTAD; “The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries”, Nueva York y Ginebra, 2009: xii; 110-111. Disponible en: [http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf) (consultado el 4/09/2015).